

CONSEJO DE PRESIDENCIA DE LA DELEGACION BAHIA BLANCA DE LA ASAMBLEA
PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Sentencia definitiva. Concepto y generalidades.

La sentencia que recae en un juicio de amparo es asimilable a definitiva cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

DELEGACION DE ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS.

Si bien en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos, en otros el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que complete el cuadro legal y condicione el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle por anticipado, la conducta que necesariamente debe seguir.

DELEGACION DE ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS.

Superada la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal -por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad- se ha admitido que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándola como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma.

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquella no resulte fiscalizable.

PODER JUDICIAL.

El control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto, se traduce así en un típico control de legitimidad ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Procedencia del recurso. Defectos en la consideración de extremos conducentes.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta a fin de que se ordene reponer un espacio semanal utilizado por una entidad radial si otorgó a la ausencia de una negativa expresa por parte de ésta el efecto a que hace referencia el art. 356, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial, toda vez que la carga que impone al Estado el art. 8º de la ley 16.986 es sustancialmente distinta a la de la contestación de la demanda.

ACCION DE AMPARO: Actos u omisiones de autoridades públicas. Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.

No procede la acción de amparo interpuesta a fin de que se ordene reponer un espacio semanal utilizado por una entidad radial pues no se ha acreditado en debida forma la arbitrariedad manifiesta exigida por el art. 1º de la ley 16.986, máxime cuando su apreciación debe resultar especialmente cuidadosa en supuestos en que el derecho cuya revocación se cuestiona fue otorgado a título precario y, como tal, resultaba susceptible de ser dejado sin efecto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 de la ley 19.549).

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Libertad de expresión.

El derecho constitucional a la libertad de expresión de las ideas sin censura previa (arts. 14 y 31 de la Constitución Nacional y 13 de la ley 23.054) implica la posibilidad con que cuentan todos los habitantes de la Nación de expresar libremente sus ideas -cualquiera sean ellas- sin restricciones irrazonables previas o posteriores y en igualdad de condiciones con los restantes habitantes de la república.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Principios generales.

Es inadmisibile el recurso extraordinario (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial) deducido contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta fin de que se ordene reponer un espacio semanal utilizado por una entidad radial (Disidencia de los Dres. Mariano Augusto Cavagna Martínez, Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 23 de junio de 1992.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca en la causa Consejo de Presidencia de la Delegación de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/ acción de amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca de fs. 78/82 que -al revocar el pronunciamiento del juez de primera instancia de fs. 61/65- hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por el Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos a fin de que se ordenara a LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca reponer el espacio radial semanal utilizado por la actora, LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca dedujo el recurso extraordinario de fs. 96/100 cuya denegación motiva la presente queja.

2º) Que en ocasión de pronunciarse sobre la apelación deducida contra el pronunciamiento de fs. 61/65, el *a quo* consideró acreditados en la *sub examine* los hechos denunciados por el Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos al señalar que "se encuentra probado en autos que la Delegación local de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos tenía un programa radial titulado 'Por la vida y la libertad' que se emitía por LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca los días sábado de 20,30 a 21, que fue levantado por decisión del director de la emisora sin expresión de causa ni aviso previo; que sólo el día 7 de abril del corriente año los encargados del programa tuvieron conocimiento de tal medida al concurrir a la emisora para emitirlo; y que el subsiguiente día 9 dicho funcionario les manifestó que había resuelto el levantamiento del programa porque consideraba llegado el momento de pacificar y el contenido del mismo resultaba irritativo para mucha gente (fs. 55 vta./56, declaración testimonial que corrobora la presunción emergente del silencio de la demandada, arg. art. 356, inc. 1º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" (fs. 78 vta.).

En esas condiciones, la cámara justificó la procedencia elegida por los actores al considerar que mediante una vía de hecho administrativa se había vulnerado el derecho constitucional a la libertad de expresión de las ideas sin censura previa (arts. 14 y 31 de la Constitución Nacional y 13 de la ley 23.054). Consideró finalmente, que la posterior invocación por parte de la dirección de la emisora de "razones de programación" que no fueron explicitadas ni surgían de las constancias de la causa, demuestra la existencia -en el caso de que el acto administrativo se hubiera perfeccionado- de falsa causa y desviación de poder, vicios estos que tornarían al acto nulo de nulidad absoluta (art. 17 de la ley 19.549) sin que obste para ello la circunstancia de que el espacio radial fuera concedido a título precario, en forma gratuita y sin plazo.

3°) Que contra esa decisión se agravia la recurrente por considerar -al tachar de arbitrario al pronunciamiento impugnado- que: 1) no se ha demostrado la arbitrariedad imputada al obrar administrativo, circunstancia especialmente relevante por tratarse en el caso de la revocación de un derecho acordado a título precario; 2) el carácter precario de ese derecho -reconocido por los propios actores- permitía su revocación en forma discrecional y sin necesidad de indemnización alguna por simples razones de oportunidad, mérito o conveniencia; 3) la decisión del tribunal *a quo* lleva al reconocimiento de un derecho mayor al otorgado originariamente, traducándose de ese modo en "una suerte de super derecho"; 4) el pronunciamiento recurrido encuentra sustento en afirmaciones con asidero esencialmente dogmático, desconociendo la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos estatales (art. 12, ley 19.549), de lo que resultaría que corresponde a la Administración demostrar la inexistencia de desviación de poder; 5) el acto administrativo impugnado es perfectamente válido en tanto no puede exigírsele un purismo técnico superior a aquél que revocó; 6) las razones de oportunidad, mérito y conveniencia no resultan revisables judicialmente; 7) se omitió considerar el problema de la falta de agotamiento de la instancia administrativa, aplicándose, por el contrario, la presunción del art. 356, inc. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al oficio a que hace referencia el art. 8° de la ley 16.986, lo que demostraría la existencia de una violación al principio de igualdad procesal entre las partes.

4°) Que si bien los agravios vertidos por la apelante remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba ajenas, en principio, a esta instancia extraordinaria, corresponde hacer excepción a esa regla con base en la doc-

trina de la arbitrariedad cuando la decisión impugnada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa. No resulta óbice para ello el hecho de que aquella haya recaído en un juicio de amparo toda vez que si bien los pronunciamientos relativos a procesos de esta naturaleza no revisten, como regla, el carácter de sentencia definitiva exigido por el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a ese principio cuando se demuestra que lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (Fallos: 254:377; 310:324, considerando 8°, entre otros).

5°) Que, reconocida por ambas partes la naturaleza discrecional del acto impugnado, corresponde examinar brevemente los límites que presenta en tales supuestos el obrar administrativo a fin de evaluar, posteriormente, si ellos se han visto efectivamente violados en el *sub examine*.

6°) Que se ha de recordar, en primer lugar, que mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos -reemplazando así el criterio del órgano estatal al pre-determinar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir sus actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática)-, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional).

7°) Que, superada en la actualidad la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal -por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de legalidad-, se ha admitido hace ya largo tiempo que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma (confr. doctrina que emana del capítulo IV, apartado 3°, párrafo 6° de la exposición de motivos de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa española del 27 de diciembre de 1956).

8°) Que la aceptación de esta idea -fundada esencialmente en el principio de legalidad anteriormente mencionado- ha llevado, entre otras consecuencias, a que la tradicional distinción formulada por prestigiosos autores como Vivien y Serrigny entre potestades regladas y discrecionales pierda en importante medida su interés original ante el reconocimiento de la existencia de elementos reglados aun en aquellos supuestos considerados tradicionalmente como actos no vinculados. A ello ha contribuido significativamente la comprensión de que la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable. En otras palabras, que aun en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que "la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba" (D.M.K. Realty Copr. v. Gabel, 242 N.Y.S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar - como bien se ha señalado- "una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos" (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, "Curso de derecho administrativo", I. Civitas, Madrid, 4a ed., 1984, pág. 433).

9°) Que, en ese sentido, se admitió -siguiendo las enseñanzas vertidas en Francia por Edouard e Laferriere (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2eme edition, Berger-Levrault et Cie., París, 1888/1896, vol. II, pág. 424) y recogidas por el Consejo de Estado galo a partir de la decisión emitida en el caso "Grazietti" el 31 de enero de 1902- el abandono de la idea del acto administrativo reglado o discrecional en bloque, el consecuente reconocimiento de la existencia de elementos reglados en todo acto administrativo, y la fiscalización de aquellos considerados anteriormente como discrecionales mediante el examen de sus elementos reglados (confr. voto del juez Belluscio en la causa L.268. XXII "Leiva, Amelia Sesto de c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca", sentencia del 19 de septiembre de 1989).

10) Que, en esas condiciones, y frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciables, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si

se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad -imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino-, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto (*Rivero, Jean, Droit administratif*, 12a ed., Dalloz, París, 1987, pág. 98).

11) Que, admitido el control de los elementos reglados en actos donde se ejercitan potestades discrecionales, tal como ocurre con aquel frente al que se persigue la protección judicial en el *sub examine*, cabe examinar si -como señala el *a quo*- se ha acreditado debidamente la existencia de los vicios de causa y "desviación de poder" (defecto en la finalidad del acto administrativo) denunciados por los actores.

12) Que un examen exhaustivo de las constancias de la causa no permite concluir que los extremos mencionados hayan sido debidamente constatados en el *sub examine*. Ello es así pues no se ha acreditado en el expediente que el levantamiento del programa radial titulado "Por la vida y la libertad" se haya debido a razones distintas a las de programación invocadas o que semejante medida haya respondido a una finalidad -pública o privada- diferente de la proclamada, vicios estos cuya presencia resultaba imprescindible demostrar a fin de desvirtuar la presunción de legitimidad que reconoce al acto impugnado el art. 12 de la ley de procedimiento administrativo federal.

13) Que, en este aspecto, resulta imprescindible recordar que la naturaleza eminentemente subjetiva del vicio de desviación de poder exige un esfuerzo para su acreditación, admisible, sin embargo, aun por vía de presunciones en tanto condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del defecto referido, en una verdadera "prueba diabólica", ausente en el *sub examine*. Ello es así, pues la gravedad del vicio invocado -cuya acreditación se ve dificultada en procedimientos tales como la acción de amparo ante el limitado debate y prueba permitido en él- impide considerarlo configurado únicamente sobre la base de la declaración de un testigo ligado profesionalmente a la actora, como ocurre en el caso del escribano González Rouco (fs. 55 vta./56).

14) Que, a ese fin, también resulta manifiestamente inadmisibile el razonamiento efectuado por el tribunal *a quo* al haber otorgado a la ausencia de una negativa expresa a cada uno de los hechos por parte de LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca el efecto a que hace referencia el art. 356, inc. 1º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ello es así toda vez que la única obligación impuesta en ese aspecto al Estado por la ley 16.986 -cuya aplicación resulta indiscutida en el *sub examine*- es la de emitir "un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada" (art. 8º de la mencionada ley), carga sustancialmente distinta -tanto en sus formas como en sus efectos- de la contestación de demanda a que alude en el Libro II, Título II, Capítulo IV, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

15) Que, en esas condiciones, asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que no se ha acreditado en debida forma la arbitrariedad manifiesta exigida en el obrar administrativo por el art. 1º de la ley 16.986 para la procedencia de la acción de amparo. Máxime cuando su apreciación debe resultar especialmente cuidadosa en supuesto en que -como en el presente- el derecho cuya revocación se cuestiona fue otorgado a título precario -sin contraprestación alguna ni duración convenida previamente- y, como tal, resultaba susceptible de ser dejado sin efecto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (art. 18 de la ley 19.549). Lo contrario llevaría a reconocer en los actores la existencia de un derecho mayor del atribuido originariamente, conclusión carente de respaldo en las normas constitucionales y legales que regulan el obrar administrativo.

16) Que, por último y frente a la presunta violación del derecho constitucional a la libertad de expresión de las ideas sin censura previa (arts. 14 y 31 de la Constitución Nacional y 13 de la ley 23.054) invocada por los demandantes, cabe señalar que resulta imposible deducir de él la existencia de un derecho adquirido a un espacio periodístico -cuyo costo debía, en el caso, solventar el Estado- en tanto ello obligaría a garantizar a todas aquellas personas o asociaciones con cometidos sociales, políticos, jurídicos o religiosos un espacio equivalente al reclamado en el *sub examine* por el Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, pretensión esta que -por más loable que fuera la labor de la persona o entidad solicitante- resultaría materialmente imposible de satisfacer.

La garantía constitucional invocada -propia y esencial en sociedades democráticas como la argentina- implica, por el contrario, la posibilidad

con que cuentan todos los habitantes de la Nación de expresar libremente sus ideas -cualesquiera que sean ellas- sin restricciones irrazonables previas o posteriores y en igualdad de condiciones con los restantes habitantes de la República. Y, en este aspecto, el Tribunal no observa que se haya producido en el *sub examine* lesión alguna a la garantía constitucional señalada que merezca la protección judicial perseguida.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la acción de amparo deducida (art. 16, 2a. parte de la ley 48). Con costas. Agréguese la queja a los autos principales. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LEVENE (H) - MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ (*en disidencia*) - RODOLFO C. BARRA - CARLOS S. FAYT (*en disidencia*) - AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (*en disidencia*) - JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINÉ O'CONNOR - ANTONIO BOGGIANO.

DISIDENCIA DEL SEÑOR VICEPRESIDENTE PRIMERO DOCTOR DON MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales al tribunal de origen.

MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTÍNEZ - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.
