

CAUSA: “Asociación por los Derechos Civiles y otros s/acción de amparo c/Estado Nacional” (Expte. Nº 5307/12 CNE)
CAPITAL FEDERAL

FALLO Nº 5053/2013

///nos Aires, 6 de agosto de 2013.-

Y VISTOS: Los autos “Asociación por los Derechos Civiles y otros s/acción de amparo c/Estado Nacional” (Expte. Nº 5307/12 CNE), venidos del juzgado federal con competencia electoral de Capital Federal en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 422/440 contra la resolución de fs. 407/412 vta., obrando la contestación de agravios a fs. 444/454, el dictamen del señor fiscal actuante en la instancia a fs. 458, y

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 407/412 vta. la señora juez de primera instancia resuelve “[n]o hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por la Asociación por los Derechos Civiles” (fs. 412 vta.), pues considera que la cuestión planteada excede su ámbito de conocimiento.-

Contra esa decisión, Álvaro Herrero -director ejecutivo y apoderado de la organización accionante- apela y expresa agravios a fs. 422/440.-

Sostiene que una “de las razones de la necesidad de un control judicial estricto [...] encuentra respaldo justamente en la falta de respuestas dada a la problemática del mal uso de la publicidad estatal por los poderes políticos” (fs. 432 vta./433) y que “la intervención del Poder Judicial [...] resulta imperiosa a fin de [] garantizar que no se desvirtúe -mediante la publicidad estatal- el principio de igualdad impulsado por el Congreso de la Nación [...] [y] activar mecanismos institucionales que permitan que los distintos

poderes del Estado se adecuen a los estándares internacionales sobre el uso de la publicidad oficial” (fs. 433).-

Asimismo, considera que *“el artículo 64 quáter [...] deb[e] interpretarse armónicamente con los derechos y garantías en juego, en el sentido de que el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra impedido de emitir publicidades que contengan elementos que promuevan expresa o implícitamente la captación del voto” (fs. 426 vta.). Por ello, y en caso de que “dicho artículo se interpretase de modo que permita la publicidad que implícitamente tiende a captar el sufragio [...] plantea[] en forma subsidiaria su inconstitucionalidad” (fs. 427).-*

A fs. 444/454 contesta agravios el director de la Delegación Legal de la Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en representación del Estado Nacional, y peticiona que se desestimen los agravios expresados por el amparista.-

A fs. 458 emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia, quien considera que debe rechazarse el recurso interpuesto.-

2º) Que, en primer lugar -y con relación a la legitimación procesal de la asociación accionante- corresponde destacar que la reforma constitucional llevada a cabo en 1994, además de incorporar expresamente al texto de la Ley Fundamental la acción de amparo como uno de los *“nuevos derechos y garantías”* (cf. artículo 43), amplió el espectro de sujetos legitimados para accionar, que tradicionalmente se hallaba circunscripto a aquellos que fuesen titulares de un derecho subjetivo individual (cf. artículo 5º, ley de facto 16.986 y artículo 321, inc. 2º, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).-

Así, el citado artículo 43 de la Constitución Nacional *“reconoce expresamente, como legitimados para interponer la acción expedita y rápida de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma*

directa -entre los que se encuentran las asociaciones- por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley; entre otros, los de incidencia colectiva” (cf. Fallos 325:524, dictamen cit.).-

En este sentido, se ha explicado que la mencionada reforma importó una *“modificación trascendente en relación a la acción de amparo, otorgándole una dinámica desprovista de aristas formales que obstaculicen el acceso a la jurisdicción cuando están en juego garantías constitucionales, y ampliando la legitimación activa de los pretenses potenciales en los casos de incidencia colectiva en general, legitimando en este aspecto a las asociaciones” (cf. Fallos 326:2150).*-

Ello es así pues, aquellas juegan un rol preponderante en todo lo concerniente a la protección de los intereses colectivos, en tanto aseguran un mejor resguardo de dichos intereses (cf. Luft, Marcelo Enrique, *“Asociaciones: legitimación procesal”*, La Ley Rev. D.F. y P. Septiembre 2010, pág. 241).-

En tales condiciones, y toda vez que la pretensión formulada en la presente causa encuadra entre los propósitos de la entidad y que la acción se promueve en defensa de un derecho de incidencia colectiva, *“categoría en la que cabe incluir a los nuevos derechos incorporados [...] [en] 1994” (cf. Fallos 325:524, dictamen del Procurador General de la Nación)*, corresponde concluir que –tal como se señaló en el precedente que se registra mediante Fallos CNE 4816/12- la asociación recurrente se encuentra legitimada para presentar el amparo objeto del *sub examine*.-

3°) Que, sentado ello, es preciso destacar que el fondo de la cuestión debatida en estos autos se vincula, según alega el recurrente, fundamentalmente, con el hecho de que *“los contenidos y enfoques*

que se presenta[n] en las publicidades de organismos de gobierno [son] similar[es] a[] [los] utilizado[s] en las publicidades de la campaña del partido” (cf. fs. 429 vta.), quien añade, que mediante la utilización de la “publicidad de actos de gobierno que [...] cont[ienen] elementos que implícitamente o encubiertamente convo[can] al apoyo de los candidatos que pertenecen a[] [dicho] partido” (cf. fs. 430) se vulnera el derecho de “libre expresión, en condiciones de equidad, de las demás fuerzas políticas [...] en época electoral” (cf. fs. 61 vta.) y se “dificulta[] el acceso a [...] cargos [electivos] por parte de [...] personas o fuerzas políticas [...] [distintas] de aquellos que actualmente ocupan cargos” (cf. fs. 62).-

En este sentido, cabe destacar, que el adecuado tratamiento del caso, -en la medida en que se cuestiona la utilización de la publicidad oficial por parte del Poder Ejecutivo Nacional- aconseja recordar la naturaleza de los derechos en juego, y armonizar los preceptos de nuestro ordenamiento constitucional y los principios que aquí se encuentran involucrados.-

En ese orden de ideas, deben ser consideradas la exigencia republicana de dar publicidad a los actos de gobierno, la garantía a la libre expresión de las ideas y la igualdad del sufragio que requiere ciertas condiciones de equidad en la participación electoral.-

4º) Que, en cuanto al primer aspecto, corresponde señalar, que el principio republicano da dar publicidad a los actos de gobierno, importa que *“todos los actos emanados de cualquier órgano del Estado [...] deben ser comunicados a la opinión pública, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de aquéllos, de su contenido, de su gestación y de su concreción, para ejercer el control del poder que les compete”* (cf. Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, Ed. Depalma, 2000, pág. 152).-

Así, se ha dicho, que en el sistema republicano, *“la publicidad es la regla [y] el secreto la excepción”* (cf. Oliveira, Alicia B., *“La importancia de la publicidad de los actos de gobierno”*, Congreso Internacional sobre Derechos y Garantías en el Siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires), pues aquélla constituye *“el anticuerpo que, mediante el conocimiento y la crítica pública, permite develar lo oculto”* (cf. Oliveira, Alicia B., ob. cit.).-

Con criterio análogo, se ha señalado que *“no se puede concebir un régimen republicano en el cual este principio cardinal no sea respetado inexorablemente, ya que los derechos de participación y de control son inviables si no están acompañados de un eficaz derecho a la información”* (cf. Ekmekdjian, Miguel Ángel, ob. cit., págs. 152/153) pues, este último aparece como una condición necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.-

5°) Que respecto a la garantía de la libre expresión, no puede dejar de señalarse que el régimen político republicano supone la disparidad de opiniones y la libertad para manifestarlas.-

De esta manera, se ha destacado el valor instrumental de la libertad de expresión, de manera que el amplio debate de las ideas puede permitirnos corroborarlas y controvertirlas, de modo que la búsqueda de la verdad debe permitir la exposición de aquellas que consideramos *“incorrectas”* y -aún- de las que producen el rechazo o la repulsa de la mayor parte de los ciudadanos y que no podemos considerar si una idea es verdadera o correcta hasta tanto la misma no haya sido expuesta (John Stuart Mill, *“On Liberty”*, Oxford University Press, página 18).-

6°) Que el reconocimiento legal de la libertad natural de expresión del pensamiento constituye una de las conquistas más importantes que el hombre obtuvo en su permanente lucha por la dignidad.

(Badeni, Gregorio, Tratado de Libertad de Prensa, 1° ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 17).-

Sin tal libertad -se ha dicho- resultaría prácticamente imposible la existencia de la opinión pública, la crítica y el control de la actuación de los gobernantes (Segundo V. Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo III, Ed. Alfa, 1956, p. 600).-

7°) Que, sobre esa base, se ha puesto de relieve que *“la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”* (Corte I.D.H., serie C N° 73, sentencia del 5 de febrero de 2001, cons. 64° y su cita).-

Así, tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones e ideas es imprescindible no solamente como instancia esencial de autoexpresión y desarrollo individual, sino como condición para ejercer plenamente otros derechos fundamentales —el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho de petición o el derecho a votar y ser votado— y como elemento determinante de la calidad de la vida democrática en un país, pues si los ciudadanos no tienen plena seguridad de que el derecho los protege en su posibilidad de expresar y publicar libremente ideas y hechos, será imposible avanzar en la obtención de un cuerpo extenso de ciudadanos activos, críticos, comprometidos con los asuntos públicos, atentos al comportamiento y a las decisiones de los gobernantes, capaces de cumplir la función que les corresponde en un régimen democrático (cf. Tesis 1a. CCXV/2009. Registro No. 165760. “Libertad de expresión y derecho a la información. Su

importancia en una democracia constitucional” Serie comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral, Edición 2012, México).-

Por consiguiente, cuando un tribunal decide un caso de libertad de expresión, imprenta o información no sólo afecta las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado en que en un país quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, condiciones todas ellas indispensables para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa (cf. cit.).-

En tal sentido, se ha señalado que existe un consenso casi universal en que uno de los propósitos principales de la libertad de expresión es proteger la libre discusión de los asuntos gubernamentales (“Mills vs. Alabama”, 384 US 214, 218 -1966-).-

8º) Que la especial trascendencia del ejercicio de la libertad de expresión por parte de los partidos políticos, garantizada taxativamente por el artículo 38 de la Constitución Nacional, aparece como incuestionable si se repara en que los sistemas políticos y sus instituciones se extienden, en primera línea, por la divulgación de las ideologías que los sostienen y promueven (Karl Loewenstein, “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, p. 413).-

En esa misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado que *“la libertad de expresión, preciosa para todos, lo es particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos”* (sentencia del 30 de enero de 1998, consid. 46º, caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía).-

9º) Que, por lo demás, no puede dejar de señalarse que *“en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión [...] constituye un bastión fundamental para el debate durante el*

proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos” (cf. Corte I.D.H., caso Canese, Ricardo c. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 88).-

En este sentido, se ha destacado que en la actualidad “[l]os medios de comunicación [...] han [...] anul[ado] la distancia que históricamente separaba [...] a los dirigentes de los dirigidos, a los gobernantes de los gobernados” (Fayt, Carlos S., “Sufragio, representación y telepolítica”, Buenos Aires, Ed. La ley, 2008, pág. 149) y “como espejo de los acontecimientos y eco de los sucesos y de cuanto interesa [...] tiene[n] gravitación y significativa influencia” (Ibid., pág. 152). En efecto, “todo sistema social se halla condicionado por la naturaleza de los medios de comunicación” (cf. Kenneth, en “Mc Luhan: caliente y frío”, Ed. Sudamericana, 1973, pág. 96, en Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad social de los medios masivos de comunicación. La sociedad mediática”, LL, 1998-B-1272), pues “[e]n la formación de las sociedades, los medios han sido siempre más importantes [...] [en tanto] [...] [e]l medio es en sí mismo un mensaje” (cf. Mc Luhan, “El medio es el mensaje”; en Poviña, Alfredo, “Tratado de sociología”, Astrea, Buenos Aires, 1977, pág. 287).-

Por ello, resulta “indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. [...] El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión y brindar información” (cf. Corte I.D.H., caso cit., párrafo 90).-

10) Que en lo atinente a la igualdad de sufragio, debe recordarse, ante todo, el rol fundamental que tienen las elecciones en los sistemas democráticos. Mediante ellas, el pueblo pone en ejercicio su soberanía a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación. Se ha definido a la democracia como el *“régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados, por medio de elecciones sinceras y libres”* (Maurice Duverger, *“Los partidos políticos”*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 376).-

En ese orden de ideas, se señaló que uno de los aspectos fundamentales de la realización de *“elecciones libres y democráticas”* es que se verifiquen una serie de prácticas que permitan asegurar igualdad de oportunidades y equidad electoral. Lo que ocurre en una campaña electoral mostrará efectivamente si una elección es libre y justa (cf. Diccionario Electoral, IIDH, Costa Rica, 2000, T. I, p. 123).-

Al respecto, el politólogo italiano Giovanni Sartori, ha dicho que las elecciones deben ser libres, pero las opiniones también, y esto implica que sean libremente formadas, si éstas son impuestas las elecciones no pueden ser libres (Sartori, Giovanni. 2009. *La democracia en 30 lecciones*. México: Taurus/Pensamiento, P, 31). Para lograr esto, el Estado debe cumplir con este mandato de imparcialidad y así poder garantizar elecciones verdaderamente equitativas (cf. Patricia Villa Berger, cit.).-

11) Que, para cumplir con estas prácticas, uno de los aspectos esenciales del sistema republicano es la periodicidad en el ejercicio de los mandatos representativos, pues *“[s]i no fuesen renovables los cargos, [ello] equivaldría a un sistema hereditario, en el cual el pueblo sólo podría influir en su gobierno de manera muy lenta e ineficaz”* (cf. González, Joaquín V., *“Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)”*, Ed. La Ley, Bs. As., 2001, página 285). A ello se agregó, que la República reconoce la soberanía del pueblo como base de todo

gobierno, pero el principio de la representación como única forma de ejercicio; es, por lo tanto, limitado en la acción y en el tiempo (cf. González, Joaquín V., ob. cit., página 230).-

Por lo demás, no puede pasarse por alto que *“la relación entre la existencia de elecciones libres, periódicas [...] y la posibilidad real de alternancia en el mando es evidente. Sin elecciones periódicas [...] a las que puedan concurrir candidatos de todos los partidos políticos sin discriminación de ningún tipo, es imposible concebir una verdadera alternancia en el [g]obierno, que tenga sentido en el [e]stado [d]emocrático moderno”* (cf. Gros Espiell, Héctor, *“Alternancia en el gobierno”* en Diccionario Electoral, Tomo I, IIDH, Costa Rica, 2000, pág. 36).-

12) Que, asimismo, resulta indispensable que exista competitividad entre candidatos, entre partidos, entre diversas concepciones plurales de la vida política; que se impida que entre las reglas del juego electoral existan mecanismos de perpetuación de la mayoría y que se de una igualdad real de oportunidades de llegar al electorado por parte de los candidatos durante la campaña (cf. Martino, Antonio, *“Sistemas Electorales”*, Ed. Advocatus, 1999, págs. 25/26).-

Con relación a este último aspecto, corresponde resaltar que -tal como se ha destacado en reiteradas ocasiones-, la desigualdad entre los partidos y entre los candidatos a la hora de hacer uso de medios económicos para la campaña electoral es la regla. De allí que la desigualdad en el uso de los medios de comunicación tiene una importancia decisiva para el resultado de una elección (cf. Karl Loewenstein, ob. Cit., p. 343/344).-

Al respecto, cabe destacar que *“[e]l tema de los medios de comunicación está ligado a dos principios democráticos-electorales básicos como son la equidad y el derecho a la información. [...] [Sin embargo, dado que] [e]n los hechos, el principio de equidad resulta difícil de garantizar”* (cf.

Carrillo, Manuel; Lujambio, Alonso; Navarro, Carlos y Zovatto, Daniel, “Dinero y contienda político-electoral. Reto de la democracia”, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pág. 75), es crucial que el marco legal garantice que todos los partidos políticos y candidatos tengan acceso a los medios de comunicación y sean tratados en igualdad de condiciones (cf. IDEA Internacional en sus “Normas Electorales Internacionales: directrices para revisar el marco legal de las elecciones”, punto 10).-

13) Que, en ese orden de ideas, y como mecanismo tendiente a conjurar la frecuente desigualdad entre las agrupaciones -en lo que respecta al uso de medios económicos para la campaña electoral-, en nuestro país se establecieron límites a la duración de las campañas (artículo 64 *bis*, Código Electoral Nacional y artículo 31, ley 26.571), a la emisión de avisos publicitarios en medios de comunicación (artículo 64 *ter*, Código cit. y artículo 31 cit.) y a la publicidad de actos de gobierno (artículo 64 *quáter*, Código cit.).-

La ley 26.215 restringe, asimismo, el monto de los recursos que las agrupaciones pueden recibir (artículo 44) y destinar a la campaña electoral (artículo 45), y -recientemente- prohíbe los aportes privados de personas jurídicas (art. 44 *bis*).-

De igual manera, se incorporaron algunas disposiciones vinculadas, de algún modo, con la materia objeto de esta litis -cuya constitucionalidad no ha sido objeto de cuestionamiento hasta el momento-, mediante las cuales se prohíbe la contratación de espacios de publicidad privada en medios masivos de comunicación (artículo 43) y se prevé la distribución de espacios gratuitos en los medios de comunicación audiovisual televisiva y sonora, para la transmisión de publicidad electoral (artículo 43 cit.).-

14) Que, al respecto, no puede pasarse por alto que del debate parlamentario que precedió la sanción de la ley 26.571 se desprende -entre otros aspectos- que “*en relación con [...] la publicidad en los medios de*

comunicación sonora y de televisión de aire o de cable[,] [e]l Estado se hace cargo [...] para todas las agrupaciones políticas en forma igualitaria [...] con miras a que todas las agrupaciones puedan participar en condiciones de equidad e igualdad” (Cámara de Diputados de la Nación, reunión 18°, sesión ordinaria 12°, 18 de Noviembre de 2009, intervención del diputado por la provincia de Buenos Aires).-

En ese sentido, se señaló que “[a]quel candidato que tiene [...] mayor cantidad de recursos es el que puede hacer más campaña por radio y televisión [...] [y] es por todos conocida la incidencia que tienen en la opinión pública las campañas por radio y televisión a la hora de determinar el sentido del voto y de comunicar las ideas de los candidatos. Por eso [...] una distribución más equitativa respecto del uso de los espacios en radio y televisión, favorece[] a quienes tienen menores posibilidades, a los partidos emergentes y a quienes disienten de los oficialismos partidarios” (cf. Sesión Ordinaria cit., intervención del diputado Rossi).-

Desde otro ángulo, se explicó que “[l]a circunstancia de que, efectivamente, se dé participación igualitaria en la idea del financiamiento equitativo es un salto cualitativo y, también, tiene vinculación con una mayor participación de los distintos sectores. [...] [Al] prohibir la contratación de pautas publicitarias de las que se va a hacer cargo el Estado, [...] todos van a tener oportunidad de contar cuáles son sus propuestas, pero lo más importante es que la gente va a tener la posibilidad de conocerlas” (Cámara de Senadores de la Nación, 20° reunión, 15° sesión ordinaria, 2 de diciembre de 2009, intervención del senador Fernández).-

Por lo demás, se destacó que “[e]n el Capítulo [...] sobre la publicidad electoral, [...] se garantiza, justamente, equidad, igualdad de condiciones y resultados para cada una de las fuerzas políticas de las dos instancias, primarias, abiertas y simultáneas y elección general” (cf. Sesión Ordinaria cit., intervención de la senadora Perceval).-

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que allí también se puso de resalto que *“los países que instrumentaron esta clase de reformas [-con respecto a la publicidad durante la campaña-] la complementaron con otra, al establecer que durante la campaña electoral no puede haber publicidad oficial[,] [y en ellos] [d]urante la campaña electoral [...] existe un riguroso control en la utilización de los recursos del Estado”* (cf. Sesión Ordinaria cit., intervención del diputado Pérez).-

15) Que, con respecto a este último punto, es menester reiterar, como ya se dijo, que la publicidad oficial constituye uno de los medios para hacer efectivo el mandato republicano de dar publicidad a los actos de gobierno. En los hechos, fue definida como toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte (cf. Informe anual 2010 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, pág. 379).-

En consonancia, se torna imprescindible que los poderes públicos consideren la publicidad oficial como una herramienta para afianzar el interés general y un cauce para la comunicación entre los individuos, los grupos y las instituciones. Se trata de un instrumento de legitimación de lo público y de los organismos gubernamentales, con diferentes finalidades, tales como: la mejora legítima no propagandística de la imagen de la institución, la transparencia y rendición de cuentas, el fomento de la participación ciudadana, así como el aumento de la eficacia de los servicios administrativos (cf. Villanueva, Ernesto, “Publicidad oficial”, ps. 462/472, Diccionario de Derecho de la Información, t. II, 3ª ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ed. Jus, México DF, 2010.).-

Ahora bien, no son desconocidas las complejas interrelaciones entre la difusión de los actos de gobierno, mediante publicidad oficial, y los otros principios constitucionales antes señalados, de libertad de

expresión e igualdad de oportunidades en las contiendas electorales. En particular, se destaca la cuestión relativa a la asignación de dicha publicidad y a la definición de su contenido en períodos electorales.-

16) Que en relación al primero de los mencionados aspectos, la doctrina ha señalado que *“cuando para hacer efectiva la publicidad oficial se acude a los medios de prensa de propiedad privada [...] [su] distribución [...] se realiza [muchas veces] con una finalidad de política agonal destinada a castigar económicamente a los medios de prensa adversos al gobierno de turno, o para fomentar el desarrollo o subsistencia de aquellos que están dispuestos a ofrecerle su apoyo editorial”* (cf. Badeni, Gregorio, “Publicidad oficial y derecho a la información”, LL, 2007-E-590).-

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en la causa “Editorial Río Negro S.A.” (Fallos 330:3908), y luego también en “Editorial Perfil” (Fallos 334:109)- ha señalado que si bien *“no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial [...], el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables”* (cf. Fallos 330:3908) y que *“el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado”* (cf. Fallo cit.).-

Asimismo, ha explicado que *“[e]xiste un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición*

muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones” (cf. Fallo cit.)-.

Resulta imprescindible señalar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destacó que lo allí resuelto por la Corte -en el sentido de que la Provincia de Neuquén debía presentar un esquema de distribución de publicidad oficial que se ajustara a los parámetros expuestos por el máximo tribunal (cf. Fallo cit.) y, asimismo, dictar el instrumento normativo que le brindara obligatoriedad (cf. Fallo 333:1130)- *“puede ser una herramienta fundamental para avanzar hacia la reforma legal en esta problemática de un modo efectivo”* (cf. Informe Anual 2010, pág. 378).-.

17) Que, por otra parte, y con relación al segundo de los aspectos mencionados -que constituye, en rigor, el objeto de esta litis-, es menester recordar que este Tribunal ya ha destacado la dificultad que representa determinar la posible influencia de un mensaje sobre la voluntad de los destinatarios y el consiguiente desafío de trazar la forzosamente lábil línea divisoria entre los mensajes prohibidos por la ley y aquellos que no lo están (cf. Fallos CNE 3181/03 y 4734/11). Asimismo, ha señalado que no se desconoce la influencia directa que las campañas de difusión de *“actos de gobierno”* o *“campañas institucionales”* pueden proyectar sobre el ánimo y la voluntad política del electorado (cf. caso *“Fútbol para Todos”*, Fallos CNE 4734/11).-.

Criticando su uso indebido, se ha dicho al respecto, que en diversas ocasiones *“tanto a nivel nacional, provincial y municipal [...], la publicidad oficial no refleja la obra del Estado sino del gobierno y con clara finalidad de propaganda política”* (cf. Badeni, ob.cit.)-.

En relación a este tipo de situaciones, se ha advertido que *“[l]os Estados deben utilizar la pauta o publicidad oficial para*

comunicarse con la población [...] [y brindar] información de interés público que tenga por objeto satisfacer los fines legítimos del Estado y no debe utilizarse con fines discriminatorios [...] o con fines electorales o partidarios” (cf. Informe Anual 2010, pág. 379).-

Asimismo, se señaló que “la información que transmitan los avisos oficiales debe ser clara y no puede ser engañosa [...] ni ser utilizada para fines distintos de la comunicación legítima y no discriminatoria [...], [t]ampoco deb[e] inducir a confusión con los símbolos, ideas o imágenes empleadas por cualquier partido político y organización social, y deberí[a] identificarse como publicidad oficial, con mención expresa del organismo promotor de la misma” (cf. Informe Anual 2010, pág. 380).-

En afín orden de ideas, ha quedado sentado como principio rector en materia de publicidad oficial, que “la publicidad estatal no puede ser propaganda encubierta de quienes controlan el gobierno o de sus intereses, ni debe ser utilizada para la estigmatización de sectores opositores o críticos del gobierno” (cf. Informe Anual 2010, pág. 354 y doctrina del Fallo 4734/11 CNE).-

Por lo demás, se advirtió que en época de elecciones aumenta la utilización propagandística de la pauta estatal, por lo que se consideró necesario “que la legislación específica sobre la materia establezca mecanismos que impidan que las campañas que deben servir al interés comunitario sean utilizadas como herramientas de captación del sufragio, ya que la utilización de recursos públicos con ese fin vulneraría el principio de equidad e igualdad de condiciones que deben regir una contienda electoral” (cf. Informe Anual 2010, nota al pie n° 54 y doctrina de Fallo cit.).-

18) Que, ahora bien, tal como se puso de resalto “[l]os Estados deben adoptar reglas legales específicas sobre publicidad oficial en cada uno de sus niveles de gobierno, [...] [con] lineamientos legales claros y

concretos” (cf. Informe anual 2010, págs. 378/379), en tanto resulta indispensable que existan marcos regulatorios que definan parámetros básicos – tales como los enunciados en el considerando que antecede- que de algún modo impidan que la comunicación institucional del Estado sea utilizada con fines electorales (cf. Informe Anual 2010, pág 374).-

En igual sentido, algunos tribunales electorales han destacado que las restricciones a la divulgación de actos de gobierno durante los procesos electorales tienen el propósito de “impedir trasgresiones a los principios de neutralidad gubernamental y equidad en los procesos electorales, evitando así que el Gobierno y las instituciones públicas difundan sus logros para favorecer las candidaturas del partido político en el Gobierno o perjudicar las candidaturas de otras organizaciones partidarias inmersas en la contienda electoral” (cf. Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, Caso 3540-E-06).-

19) Que, en este orden de ideas, y en lo que específicamente atañe a los procesos electorales, se recomendó que los Estados establezcan normas que regulen la suspensión de la publicidad por un tiempo razonable durante las campañas políticas y los comicios, salvo en casos en los que exista un deber legal de informar o una emergencia sobre la cual es necesario comunicar cierto mensaje (cf. Informe Anual 2010, pág. 380 y doctrina de Fallo cit.).-

Así, algunos países han establecido parámetros y restricciones a las campañas institucionales más intensas que la vigente en nuestro medio y con independencia de que su contenido pueda o no promover la captación del sufragio (cf. Fallo 4734/11 CNE).-

Es el caso de España, por ejemplo, que optó por prohibir la difusión de *"campañas institucionales"* por parte de los poderes públicos, durante todo el período que media entre la convocatoria electoral y la celebración de los comicios, con las únicas excepciones previstas en relación con

la información sobre la inscripción en las listas del censo electoral, la fecha de la votación, el procedimiento para votar, así como las que puedan resultar imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos (cf. Ley 29/2005, art. 10 y ley 5/1985, art. 50.1, y cf. Fallo cit.).-

También Italia prohibió a todas las administraciones públicas desarrollar actividades de comunicación desde la convocatoria a los comicios hasta la culminación de la jornada electoral, con excepción de las que se realizaran de modo impersonal y que fueran indispensables para la consecución de sus funciones (cf. César Astudillo, “El nuevo sistema de comunicación política en la reforma electoral de 2007”, en “Estudios sobre la reforma electoral 2007”, TRIFE, México, 2007, p. 142) (cf. Fallo cit.).-

Por su parte, el Reino Unido de Gran Bretaña, en la ley de Comunicaciones (Communications Act 2003) expresamente prohíbe la utilización de publicidad política en radio y televisión en períodos electorales cuando la misma es contratada por, o en representación de, un órgano que persigue total o parcialmente fines de naturaleza política. Asimismo, las restricciones a las campañas políticas establecidas en la Ley de Comunicaciones son extensivas a la publicidad oficial del gobierno (cf. Informe “Legislación comparada sobre regulación de publicidad oficial”, elaborado por Charney John, Fanucci Francesca, Laborde Francisco y Rabinovich Eleonora, agosto 2008, IIIADC).-

En lo que se refiere a nuestro continente, México, en su última reforma constitucional incorporó a la ley fundamental una previsión según la cual *"durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental, tanto de los poderes federales y estatales, como de los*

municipios, órganos de gobierno del distrito federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público. Las únicas excepciones a lo anterior serán las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en casos de emergencia" (art. 41, fracción III, apartado C).-

Respecto de la necesidad de introducir esa previsión en la Constitución mexicana, se explicó que *"la intensidad con que los gobiernos difundían este tipo de comunicación en el período de campaña electoral profundizaba [la iniquidad] [...] de la contienda"* (cf. César Astudillo, ob. cit., p. 166).-

El propio Tribunal Electoral rescata la finalidad de esta disposición en una de sus sentencias y hace referencia a la jurisprudencia, que interpreta que las disposiciones constitucionales en la materia, buscan salvaguardar los principios de imparcialidad y equidad de la contienda, razón por la cual la propaganda gubernamental debe limitarse en su contenido (evitando influir en las preferencias), así como en su temporalidad (desde la precampaña hasta el final de la jornada); lo contrario atentaría en contra de la obligación de imparcialidad del gobierno, propio de un Estado democrático (cf. SUP-RAP-57/2010, 10-11).-

Por su parte, en el caso de Perú, específicamente se prohibió que los fondos públicos fueran destinados a apoyar una candidatura a un puesto de elección popular o a un partido político, y que los funcionarios a cargo de las dependencias que realizaran campañas publicitarias aparecieran en los anuncios que se difundieran en los medios de comunicación (cf. art. 5, Ley 28.874, 14 de agosto de 2006).-

Por último, en Canadá, la posibilidad de usar publicidad en época electoral se encuentra regulada por la Sección 23 de la Política de Comunicaciones, en su párrafo 9º, y también establece que "las

instituciones deben suspender su publicidad durante las elecciones generales del Gobierno de Canadá”, salvo en los casos en que existan obligaciones legales de informar, peligros a la salud pública, seguridad o medio ambiente, o cuando se trate de publicaciones de avisos de empleos (cf. Informe “Legislación comparada sobre regulación de publicidad oficial”, cit.).-

20) Que, sin embargo, *“la problemática de la publicidad oficial [...] persiste en muchos países de la región [...] [pues] en la mayoría de los países de las Américas subsiste una falta de regulación”* (cf. Informe Anual 2010, pág. 372).-

Tal situación es precisamente la que se presenta en la legislación nacional, que no regula especialmente la pauta publicitaria estatal para épocas de elecciones ni prohíbe cualquier publicidad oficial -institucional o de actos gubernamentales- durante el período de campañas electorales. Solo existe una limitación al tipo de mensaje que puede darse a publicidad, en tanto la única regulación vigente se limita a señalar que *“[d]urante la campaña electoral, la publicidad de los actos de gobierno no p[uede] contener elementos que promuevan; expresamente la captación del sufragio a favor de ninguno de los candidatos a cargos públicos electivos nacionales”* (cf. art. 64 quáter CEN).-

A este respecto, el recurrente plantea que si se entendiera que dicha norma permite la publicidad de actos de gobierno que en forma no expresa, pero sí implícita, busque captar el sufragio debería declararse su inconstitucionalidad (cf. fs. 427).-

Sin embargo, es sabido que la primera fuente de interpretación de una ley es su letra, de la que no cabe apartarse cuando ella es clara (Fallos 308:1745, 315:1256 y 330:2286), por lo que no corresponde realizar interpretaciones extensivas ni tampoco efectuar distinciones cuando el legislador pudo haberlo hecho y claramente no lo hizo (Fallos CNE 3289/04, entre otros).-

En el caso, el término “expresamente” establecido en la norma transcripta, no admite margen alguno en favor de la interpretación que propone el recurrente. Y aun cuando el Tribunal comparta que la solución legal no resuelve una gran cantidad de supuestos que pueden significar una ventaja para los candidatos del partido en ejercicio del gobierno –nacional, provincial o municipal- lo cierto es que una hipotética declaración de inconstitucionalidad de lo que el artículo 64 quáter dispone –más allá de los reparos que pudieran señalarse respecto de la configuración del caso concreto y de la competencia del Tribunal para admitirla (cf. arts. 133 bis y 146 CEN)- no generaría la solución que con ella se pretende.-

En efecto, es bien sabido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma autoriza a los tribunales a dejar de aplicarla al caso concreto (Fallos 311:1937, 319:2151), pero mal podría el Poder Judicial modificar los términos de una disposición legal, para expandir sus alcances a supuestos claramente excluidos –menos aun cuando, como en el caso, reviste naturaleza penal (art. 133 bis CEN)- que es lo que en concreto pretende el recurrente.-

Por lo demás, debe recordarse que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como "ultima ratio" del orden jurídico” (Fallos 303:248, 1708 y 1776; 304:849, 892 y 1069; 307:531 y 1656). En ese orden de razonamiento también se ha señalado que “la declaración de inconstitucionalidad no debe practicarse en términos genéricos o teóricos” (Fallos 243:177; 260:83; 264:364). Por ello, “el interesado en tal declaración debe demostrar claramente de qué manera la norma atacada contraría la Constitución Nacional” (Fallos: 307:1656 y 1983).-

En el caso, la genérica afirmación según la cual “[una] interpretación contraria [a la ensayada] no sólo colisionaría con las normas [...] del Código Nacional Electoral, sino también con [] normas y principios constitucionales” (cf. fs. 73 vta.), no alcanza a satisfacer las exigencias mencionadas.-

21) Que en otro orden de cosas, cabe a todo evento señalar que no escapa al Tribunal que el artículo 64 quáter también prohíbe temporalmente –por quince días- la “realización de actos inaugurales de obras públicas, el lanzamiento o promoción de planes, proyectos o programas de alcance colectivo y, en general, la realización de todo acto de gobierno que pueda promover la captación del sufragio a favor de cualquiera de los candidatos a cargos públicos electivos nacionales” (art. 64 quáter del Código Nacional Electoral). Sin embargo, como resulta de su sola lectura, aunque esta disposición se encuentra vinculada con la cuestión planteada en el caso, lo que además queda evidenciado con su invocación en el marco de cuestionamientos -de público conocimiento- que se dirigen a algunas actividades que el Poder Ejecutivo Nacional viene llevando adelante en la marcha del proceso electoral actualmente en curso, lo cierto es que no está referida a la asignación, distribución o uso de la publicidad oficial, que es lo que constituye el objeto de esta litis.-

No puede dejar de destacarse, a este respecto, que en el presente caso no se plantea el examen de las violaciones en las que pudieran haber incurrido funcionarios públicos en el marco de la norma transcrita, para lo cual es necesaria la instrucción de un trámite que debe resguardar las garantías propias del debido proceso (cf. art. 146 CEN).-

También advierte el Tribunal que frente a situaciones que podrían justificar el inicio de acciones de esa naturaleza, el Ministerio Público Fiscal debe evaluar la pertinencia de ejercer el control de

legalidad que corresponde a su rol institucional (art. 120 de la Constitución Nacional).-

Así lo ha señalado esta Cámara, al requerir a la Procuración General de la Nación en ocasión del último proceso electoral nacional *“la participación activa de los señores fiscales actuantes ante el fuero electoral, en el control de legalidad de las distintas etapas del cronograma [electoral]”*, solicitando, en particular, que se adoptaran *“las medidas conducentes a efectos de que sean promovidos ante los jueces federales con competencia electoral, los procedimientos dirigidos a hacer observar las normas vigentes en materia de campañas electorales (cf. art. 31 ley 26.571, art. 43 de la ley 26.215, arts. 64 bis, 64 ter y 64 quater del Código Electoral Nacional), especialmente en cuanto prohíben su desarrollo fuera de los plazos que ellas prescriben”* (cf. oficio N° 1137, del 9 de marzo del 2011).-

22) Que sobre la base de lo expuesto, esta Cámara no puede dejar de advertir que hacer lugar a la pretensión del recurrente en cuanto considera que *“[l]a intervención judicial se justifica [...] por la falencia de los demás poderes en dar solución a una situación”* (cf. fs. 433)-, no sólo importaría desconocer las potestades propias del Poder Legislativo sino que conllevaría, además, a entorpecer y obstruir su ámbito de actuación, con el consecuente quebrantamiento del principio de división de poderes e intervención en temas propios de los estados provinciales.-

Al respecto, se ha dicho en otras ocasiones que *“en la organización político-democrática, cada uno de los tres poderes del Estado está dotado de facultades privativas, aunque coordinadas. Es la esencia de tales facultades, su limitación, es decir, que sus alcances no pueden exceder los señalados en los respectivos preceptos, y, de los poderes, como órganos tendientes a los fines escogidos por el pueblo, la inexistencia de superioridad alguna de uno con respecto a los otros; lo que significa la exclusión de*

interferencias recíprocas” (Carré De Malberg, Raymond, “*Teoría General del Estado*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 741 y ss.).-

Por ello, la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (cf. Fallos 1:36; 53:420; 155:248; 311:2580; 321:1187; 323:4130; 324:2315 y 3358; 326:2004; 328:3573; 329:1675, entre muchos otros).-

Dentro del sistema republicano, el accionar de los tres poderes del Estado debe ser armónico y coordinado pues, aunque cada uno de ellos tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado (Fallos 319:2641 y Fallo 4195/09 CNE, entre muchos otros).-

23) Que, no obstante ello, es menester resaltar que -tal como lo señaló la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (cf. consd. 16)- *“[e]l mantenimiento de competencia por parte de los jueces que intervienen en estos casos, para promover y controlar la sanción de un marco jurídico adecuado, puede ser una herramienta fundamental para avanzar hacia la reforma legal en esta problemática de un modo efectivo [...] [aunque] responde de mejor manera [...] la elaboración, desde el poder legislativo, de un marco regulatorio adecuado”* (cf. Informe Anual 2010, pág. 378).-

Por ello, y en la evidencia de la complejidad señalada en los considerandos que anteceden, en torno a la insuficiente regulación de la publicidad oficial durante el desarrollo de procesos electorales, esta Cámara considera indispensable -tal como lo hizo en otra ocasión en la causa "Mignone, Emilio Fermín s/Promueve Acción de Amparo" (cf. Fallos CNE 2807/00) en la que resultaba necesario el dictado de una reglamentación- poner en conocimiento del Congreso de la Nación el contenido de la presente, con el objeto de requerirle que extreme los recaudos necesarios a fin de revisar -a la mayor brevedad posible- la regulación vigente en la materia para darle una mejor organicidad que asegure la relación armónica entre la vigencia de la publicidad de los actos de gobierno, la libertad de expresión y la equidad electoral.-

Esta decisión no supone una intromisión en la esfera legislativa, sino -por el contrario- constituye el ejercicio de una competencia propia del Tribunal dirigida a la coordinación y complementación del accionar de los poderes del Estado, en resguardo del juego armónico del sistema constitucional (cf. consd. 22, último párrafo).-

Por lo demás, no puede soslayarse, que -aun cuando lo cuestionado en el *sub examine* es la actuación del Poder Ejecutivo Nacional- similares situaciones se plantean en la órbita de los gobiernos locales, en la medida en que generan una proyección sobre las candidaturas federales, y por ello, resulta necesario, además, que el Poder Legislativo Nacional -siguiendo lo reseñado- actúe en coordinación con las legislaturas provinciales.-

Finalmente, corresponde también poner en conocimiento de la presente a la Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional, en atención a la responsabilidad que tiene a su cargo en materia de planificación y ejecución de la política de comunicación pública; la divulgación de las actividades del Estado; la planificación y ejecución de la publicidad oficial y la administración de los medios

de difusión que se encuentran bajo responsabilidad del Poder Ejecutivo (cf. Decreto 22/2011).-

En mérito de lo expuesto, oído el señor fiscal actuante en la instancia, la Cámara Nacional Electoral RESUELVE:

1°) Confirmar la resolución apelada en cuanto rechaza el planteo de inconstitucionalidad deducido;

2°) Requerir al Congreso de la Nación que -en coordinación con las legislaturas provinciales- extirpe los recaudos necesarios a fin de revisar y armonizar la regulación vigente en la materia cuestionada en estos autos, a la mayor brevedad posible;

3°) Requerir a los integrantes del Ministerio Público Fiscal, por intermedio de la Procuración General de la Nación, el ejercicio de su competencia en los términos del considerando 21 de la presente.-

Regístrese, notifíquese, ofíciase al Congreso de la Nación, a las legislaturas provinciales y a la Procuración General de la Nación; comuníquese a la Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional y a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.-

Fdo: ALBERTO RICARDO DALLA VIA –RODOLFO EMILIO MUNNÉ – SANTIAGO H. CORCUERA – Ante mí: HERNÁN GONÇALVES FIGUEIREDO (Secretario de Actuación Judicial).-