

CAUSA: "Fiscalía Federal N° 1 con competencia electoral s/formula denuncia por presunta violación del art. 29 bis de la ley 23.298"(Expte. N° 3596/02 CNE) - CAPITAL FEDERAL.-

FALLO N° 3181/2003

///nos Aires, 17 de julio de 2003.-

Y VISTOS: Los autos "Fiscalía Federal N° 1 con competencia electoral s/formula denuncia por presunta violación del art. 29 bis de la ley 23.298" (Expte. N° 3596/02 CNE), venidos del juzgado federal con competencia electoral del distrito Capital Federal en virtud del recurso de apelación deducido a fs. 66 contra la resolución de fs. 55/59 vta., y

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 2 el señor fiscal actuante ante el juzgado federal con competencia electoral del distrito Capital Federal solicita a la señora juez de primera instancia que se libre oficio a todos los medios de comunicación -televisivos, radiales y gráficos- ordenando que se abstengan de difundir publicidad "vinculada a la campaña de las elecciones internas convocadas para el día 15 de diciembre de 2002". En sustento de su requerimiento explica que ha tomado conocimiento de la emisión de avisos de campaña -algunos realizados por el candidato José Manuel de la Sota- en diversos medios televisivos, que indica, y que ello infringe las disposiciones establecidas en los párrafos 2º y 3º del artículo 29 bis de la ley N° 23.298 (incorp. por ley 25.611).-

Al proceso originado por tal presentación se acumularon, por identidad de objeto (cfr. fs. 52), los siguientes: **a)** el iniciado por el señor apoderado del partido Unión Por Todos -distrito Capital Federal- a fin de que se ordene a los canales de televisión abierta y por cable el cese de la difusión de cualquier aviso publicitario que dé a conocer imágenes o ideas del precandidato presidencial del Partido Justicialista, Sr. José Manuel De la Sota (cf. fs. 9/10); **b)** el promovido por los señores Edgardo R. M. Grosso, Silvina Leonelli, Luis Molinari Romero y Teresa Foglia -en el carácter de diputados nacionales- con el objeto de que se apliquen las sanciones correspondientes al nombrado precandidato, y se lo intime a suspender la publicidad desplegada (cf. 13/15); y **c)** el iniciado por el señor José Manuel De la Sota, promoviendo acción en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de que se declare que "la difusión televisiva, radial, gráfica y de vía pública de planes, ideas y proyectos que estoy efectuando y que seguiré realizando hasta la oficialización de las candidaturas de las fórmulas presidenciales que competirán en las elecciones abiertas [...] está encuadrada y amparada por la legislación vigente y no es violatoria de las disposiciones contenidas en el

art. 29 bis de la ley 25.611 ni en ninguna otra limitación legal” (cf. fs. 38/42).-

Al fundar su pretensión, el señor De la Sota invoca el derecho a la libre expresión que garantiza el artículo 32 de la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-. Afirma, por otra parte, que mientras no oficialice su candidatura, no pueden calificarse como actos de campaña electoral los anuncios que efectúa.-

Sostiene que ello se desprende de lo establecido en el artículo 64 bis del Código Electoral Nacional, según el cual “se entenderá por campaña electoral el conjunto de actividades realizadas con el propósito de promover o desalentar expresamente la captación del sufragio a favor o en contra de candidatos oficializados a cargos públicos electivos nacionales”.-

Refiere que, en virtud del art. 22 del decreto N° 1578/2002, tanto en ocasión de los comicios generales cuanto de los partidarios, “los plazos de las restricciones se empiezan a contar desde la oficialización” de las candidaturas. Podría afirmarse -expresa- que “antes de la oficialización no hay campaña electoral”.-

Agrega finalmente que si no se considerase esa circunstancia, la libertad de expresión se vería severamente restringida, pues impondría suponer que la “campaña electoral” es permanente.-

A fs. 53/54 emite dictamen el señor fiscal electoral. Expresa que si bien es cierto que literalmente la norma en cuestión se refiere a candidatos oficializados y que no se ha “oficializado” candidatura alguna, no lo es menos que “hay una evidente instalación de candidatos [...] entre los que se encuentra el Dr. De la Sota”; y que “la publicidad que se desarrolla rompe la igualdad, limpieza y transparencia que han fundamentado la sanción legal” (cf. fs. 54).-

A fs. 55/59 vta. la señora juez de primera instancia dicta sentencia.-

Deja sentado que los avisos publicitarios en cuestión se encuentran, de modo evidente, destinados a la captación del sufragio en favor del candidato que promocionan, en el marco del proceso electoral que culminará con los comicios del 30 de marzo de 2003, y que aquéllos han sido emitidos fuera de los plazos previstos por los artículos 64 bis y 64 ter del Código Electoral Nacional.-

Señala, por otra parte, que resulta desacertada la invocación de las normas de aplicación a las elecciones internas pues éstas fueron dejadas sin efecto en virtud de la declaración de inconstitucionalidad que se resolviera en la causa “Salvatierra, José Luis s/promueve acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional”.-

Destaca, finalmente, que no se verifica el estado de incertidumbre exigido en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la

Nación.-

Resuelve, por todo ello, desestimar la acción declarativa interpuesta por el señor De la Sota, y hacer saber al Comité Federal de Radiodifusión que deberá poner en conocimiento de los medios de comunicación que no podrán emitir avisos publicitarios de campaña electoral fuera de los plazos previstos en los artículos 64 *bis* y 64 *ter* del Código Electoral Nacional.-

Esta decisión es apelada por el señor José M. De la Sota, quien expresa agravios a fs. 67/79.-

Sostiene que la resolución es arbitraria pues no contiene un examen acerca de los requisitos de admisibilidad de la acción interpuesta por su parte y se limita a negar el estado de incertidumbre sin fundamento alguno. Añade que dicho estado no ha cesado, porque “el quid de la cuestión [...] consiste [...] en determinar cuándo comienza a regir el plazo de las restricciones previstas” (cf. fs. 72), lo cual no fue resuelto por el a quo.-

Refiere, por otra parte, que lo resuelto en autos “Salvatierra, José Luis s/promueve acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional” no tiene efectos *erga omnes* y que por ello no pudo el a quo sostener que su invocación del artículo 29 bis de la ley 23.298 y del decreto N° 1578/2002 es desacertada.-

Se agravia, asimismo, de la interpretación que la sentencia apelada le atribuye a las normas que rigen la cuestión planteada.-

Afirma que el artículo 64 *bis* del Código Electoral Nacional define claramente qué es y cuándo hay campaña electoral, y que ello fue ignorado por el a quo.-

Reitera, en tal sentido, que “la legislación, además de definir qué es campaña, establece un límite temporal ... [que] está dado desde la oficialización. Antes de ella no puede hablarse de campaña electoral” (cf. fs. 74). Añade que “no podría pregonarse de alguien que sea candidato si todavía no oficializó su condición de tal” (cf. fs. cit.) y que la solución legal es la correcta pues se concilia con el derecho de todo ciudadano de dar a conocer sus ideas por la prensa. Reitera que, de no tenerse en cuenta esa circunstancia, la libertad de expresión se vería seriamente limitada, pues se podría considerar que siempre se está en campaña electoral.-

A fs. 93/95 contestan agravios los señores Edgardo R. Grosso, Luis Molinari Romero, Silvina Leonelli y Teresa B. Foglia.-

A fs. 109 y vta. emite dictamen el señor fiscal electoral actuante ante esta instancia, quien estima que los argumentos planteados por el recurrente son insuficientes para revocar la sentencia apelada.-

2°) Que en primer término corresponde delimitar la cuestión

que habrá de regir la intervención del tribunal en el caso, pues -más allá del acierto o error de la invocación a lo decidido en torno al sistema de elecciones internas abiertas previsto en la ley 25.611- debe advertirse que el gravamen que funda el recurso en examen resulta de la subsistencia del estado de incertidumbre (cfr. fs. 71/72) acerca del momento en que debe considerarse iniciada la campaña electoral en los términos del artículo 64 bis del Código Electoral Nacional (incorp. por ley 25.610).-

Así lo explica el recurrente en su memorial de fs. 67/79, al afirmar que “el *quid* de la cuestión que se está ventilando en los presentes autos consiste precisamente en determinar cuándo comienza a regir el plazo de las restricciones previstas” (cfr. fs. 72) sosteniendo que el art. 64 bis es claro al establecer que ello sólo acontece luego de que las candidaturas se encuentran debidamente “oficializadas”.-

Tal es entonces el interés que -en este singular caso- actualiza la necesidad de un pronunciamiento, aun cuando, como es sabido, haya sido suspendida la aplicación de la ley N° 25.611 y se ha dejado sin efecto la convocatoria electoral en la cual se enmarcó el proceso judicial en la instancia de grado (cf. ley N° 25.684, B.O. N° 30.060, del 3 de enero de 2003).-

En efecto, ya ha sido dicho que en supuestos como el sometido a examen “la virtualidad de la pretensión se mantiene frente a la realización periódica de otros actos electorales sucesivos, y a la vigencia de las normas que los rigen” (cf. Fallos CNE 3054/2002 y 3060/2002 y sus citas). En el *sub lite*, la vigencia de los artículos 64 bis y 64 ter del Código Electoral Nacional, cuya interpretación contraria a la pretensión del accionante motiva el recurso en examen, impide considerar inoficioso un pronunciamiento y exige del Tribunal el tratamiento de ese específico punto.-

3°) Que a lo expuesto cabe añadir que el agravio según el cual debió admitirse la invocación del art. 29 bis de la ley 23.298 y del decreto N° 1578/2002 carece de relevancia para la resolución del presente caso, pues con ello no pretende acreditarse que los mensajes televisivos cuestionados se hallaban comprendidos dentro del plazo previsto por esas normas para el desarrollo válido de una campaña electoral. Tampoco se intenta, con tal planteo, controvertir la afirmación según la cual aquéllos mensajes “se encuentran destinados a la captación del sufragio en favor del candidato que promocionan” en el marco del proceso electoral que culminará con los comicios presidenciales, respecto de lo cual -vale destacarlo- nada dice el recurrente.-

4°) Que el artículo 64 bis incorporado al Código Electoral Nacional mediante ley n° 25.610 (B.O. N° 29.936, del 8 de julio de 2002) dispone -en cuanto aquí interesa- que “se entenderá por campaña electoral al conjunto de actividades realizadas con el propósito de promover o desalentar expresamente la captación del sufragio a favor, o en contra de candidatos oficializados a cargos públicos nacionales”. Asimismo,

establece que “cuando se trate de la elección de presidente y vicepresidente, la campaña sólo podrá iniciarse noventa (90) días antes de la fecha fijada para el comicio”.-

Por su parte, el art. 64 ter prohíbe “la emisión y publicación de avisos publicitarios en medios televisivos, radiales y gráficos con el fin de promover la captación de sufragio para candidatos a cargos públicos electivos nacionales antes de los treinta y dos (32) días previos a la fijada para el comicio”.-

5°) Que el recurrente sostiene que, en virtud de lo establecido en el art. 64 bis, antes de la oficialización de las candidaturas “no hay campaña electoral”. Afirma que esa es la única interpretación posible para considerar las limitaciones como una reglamentación razonable de la libertad de expresión consagrada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considera que interpretar que “los plazos de restricción no contienen ningún límite temporal, es decir que no hay una fecha de inicio para la campaña, equivaldría a suponer que permanentemente habría campaña” (cfr. fs. 77), lo cual importaría una restricción tal que desnaturalizaría el derecho a la libre expresión y tornaría inconstitucionales las previsiones que rigen la materia.-

6°) Que la cuestión radica, entonces, en determinar -en primer término- la interpretación y el alcance que corresponde asignarle a la norma contenida en el artículo 64 bis del Código Electoral Nacional; y luego, de arribarse a la solución contraria a la sostenida por el recurrente, dilucidar si, en tal inteligencia, la norma del art. 64 ter constituye una reglamentación razonable a la libertad de expresión e información, esto es, si configura una limitación compatible con el lugar eminente que el derecho de expresarse tiene en el régimen republicano.-

7°) Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en reiteradas oportunidades que “la inconsecuencia o falta de previsión jamás se supone en el legislador, y por esto se reconoce como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos 1:300; 278:62; 303:578, 1041, 1776; 311:193; 312:111, 1614, 1849 y 1913; 316:27, 1927 y 2390; 319:68, entre otros). Aclaró que “es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso” (Fallos 302:1611).-

Ha sostenido también reiteradamente que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos 299:167; 300:687; 301:958), pero que además, la misión judicial no se agota en ello, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la intención del legislador y del

espíritu de la norma (Fallos 290:56; 302:1284); todo esto, a su vez, de manera que las conclusiones armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 297:142; 299:93; 301:460, 1149 y 302:1600).-

En tal sentido, ha dejado sentado que no siempre es recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; debe buscarse en todo tiempo una valiosa interpretación de lo que las normas jurídicamente han querido mandar (Fallos 300:417; 303:248; 306:940, 1322).-

8°) Que el artículo 60 del Código Electoral Nacional admite la oficialización de las listas de los “candidatos públicamente proclamados”, “hasta cincuenta días anteriores a la elección”.-

Como primera conclusión, se extrae de allí que el argumento según el cual “no podría pregonarse de alguien que sea candidato si todavía no oficializó su condición de tal” (cfr. fs. 74) no resulta atendible. Ello es así, pues como surge de la norma aludida y del artículo que le sigue, la condición de “candidato” es previa a la resolución judicial “respecto de la calidad de los candidatos” (cf. art. 61 CEN), es decir, es anterior a la “oficialización”.-

Empero, lo que debe ponerse de relieve a la luz de aquella norma es que de seguirse el criterio que propone el recurrente -admitiéndose que antes de oficializarse la candidatura no pueden considerarse como campaña electoral los mensajes publicitarios que se efectúen- se les negaría valor y efecto a las disposiciones cuya interpretación aquí se debate. Ello, toda vez que el plazo previsto para el registro de los candidatos -hasta 50 días antes de los comicios- es menor a los estipulados en el artículo 64 bis para el inicio válido de las campañas electorales -60 y 90 días, según el caso, antes de las elecciones- la aplicación de las disposiciones de este último -y sus concordantes- sería ciertamente remota, o inalcanzable. Es decir, sólo cobraría virtualidad respecto de aquellas agrupaciones políticas que voluntariamente registren sus listas de candidatos con una anticipación sobradamente mayor a la exigida por la ley.-

El cumplimiento de tales disposiciones, y de los fines que las informan quedaría, así, supeditado a la discrecionalidad de los sujetos a los que se dirigen.-

Por otra parte, aquella interpretación configuraría un factor de desigualdad entre quienes obtengan la aprobación judicial de sus candidaturas en diferentes momentos, en beneficio de aquellos que lo hagan en el tiempo más cercano a la celebración de los comicios.-

9°) Que del debate parlamentario que precedió la sanción de la ley n° 25.610 -modificatoria del Código Electoral Nacional- se desprende que mediante

ésta se ha buscado “garantizar que quienes ejerzan responsabilidades de gobierno tengan como prioridad fundamental dedicarse al trabajo institucional para el que fueron elegidos o para el que tienen responsabilidad de gobierno” (cf. dictamen del señor diputado Urtubey). Asimismo, se procuró “fijar claramente cuáles son los tiempos que los dirigentes de la política ocupan en sus campañas electorales” (cf. cit.).-

Desde otro ángulo, se explicó que mediante la norma del artículo 64 ter se tiende a disminuir los elevados gastos de las campañas electorales.-

Se dijo también que era un objetivo “poner en igualdad de oportunidades a quienes cuentan con pocos recursos y a aquellos que poseen grandes aparatos [...] y abultados fondos [...] con los que durante un año o un año y medio pueden desarrollar sus campañas electorales”. Lo importante, se explicó, es “que la democracia genere los mecanismos de corrección necesarios -a través de este tipo de leyes- para que el sistema se desarrolle en un marco de competitividad real”. En tal sentido, se aclaró: “cuando disponemos que se puede hacer publicidad solamente por treinta días [...] buscamos [...] que compitan en un marco de mayor igualdad de oportunidades los partidos que tienen más fuerza política y, por ende, económica, con aquellos que tienen menos” (cf. op. cit.).-

De otro modo -se dijo- “pueden afectarse las condiciones mismas de la competencia y, por ende, el sistema partidario. Lo peor de todo es que la propia credibilidad y legitimidad de la democracia son las que pueden quedar profundamente dañadas” (cf. intervención de la señora diputada Garré).-

Las razones reseñadas inspiraron, entonces, la sanción de los artículos 64 bis y 64 ter cuyos textos se han transcritos más arriba, y a los que cabe remitirse para evitar repeticiones innecesarias.-

10°) Que en consecuencia, examinadas esas normas a la luz de las opiniones de los legisladores y desde la perspectiva expuesta en los considerandos 7° y 8°, resulta que si se las interpreta en el sentido de que sólo puede imputarse a un candidato el desarrollar “campaña electoral” después de contar con la aprobación judicial firme de su candidatura, se les negaría valor y efecto a las limitaciones temporales que a aquélla se imponen, prescindiéndose así del espíritu que las inspira, y tornándose estéril -de ese modo- la voluntad del legislador. Si por el contrario, se computan directamente los plazos de campaña tal como están previstos, teniendo en cuenta el propósito -de captación o no del sufragio (cf. arts. 64 bis; 64 ter y cc.)- de la actividad desarrollada en el marco de un proceso electoral -determinado por la convocatoria pertinente- no se contraría ni destruye disposición alguna de la legislación vigente, sino más bien, se atiende a su real entidad, haciendo efectiva la intención del legislador, a la que ya se ha hecho alusión, y respetando el espíritu de las normas en cuestión.-

11°) Que, por otra parte, se equivoca el recurrente al afirmar

que “los plazos de las restricciones se empiezan a contar desde la oficialización” de las candidaturas (cfr. fs. 76). En efecto, las normas disponen que “la campaña electoral para la elección de diputados y senadores nacionales sólo podrá iniciarse sesenta (60) días corridos antes de la fecha fijada para el comicio. Cuando se trate de la elección de presidente y vicepresidente, la campaña sólo podrá iniciarse noventa (90) días antes de la fecha fijada para el comicio” (cf. art. 64 bis) y que “queda prohibida la emisión y publicación de avisos publicitarios en medios televisivos, radiales y gráficos con el fin de promover la captación de sufragio para candidatos a cargos públicos electivos nacionales antes de los treinta y dos (32) días previos a la fecha fijada para el comicio” (cf. art. 64 ter).-

Como se desprende de la sola lectura de tales disposiciones, los términos previstos se computan atendiendo únicamente a la fecha de los comicios.-

12°) Que en atención a que la conclusión que se impone es aquella que el recurrente considera excesiva a la luz de la libertad de expresión que la Constitución Nacional ampara, corresponde dilucidar entonces, si la norma del art. 64 ter constituye una reglamentación razonable de tal derecho.-

13°) Que no puede dejar de señalarse, ante todo, que la forma republicana de gobierno consagrada en el art. 1° de la Constitución Nacional supone la disparidad de opiniones y la libertad para expresarlas.-

A partir de la reforma constitucional de 1994, las referencias en el texto de la ley fundamental a libertad de expresión se extienden más allá de lo establecido en los artículos 14 y 32. Así, se incluyen las alusiones del art. 75 a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento (inc. 19, 1° párr.); a la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales (inc. 19, 4° párr.); y la garantía que el art. 43, 3° párr. establece respecto del secreto de las fuentes de información periodística.-

El artículo 38, por su parte, garantiza expresamente a los partidos políticos el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

Se ha destacado el valor instrumental de la libertad de expresión, de manera que -se ha dicho- 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).-

14°) 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, 1º 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).-

Puede decirse que por medio de la palabra y de la prensa, el pueblo hace efectiva y mantiene la suma de soberanía no conferida a los poderes creados por él en la Constitución. Así, pues, la libertad de prensa es la garantía de todas las demás. “Si el individuo no es libre para publicar de palabra o por escrito [...] sus quejas, o las usurpaciones del gobierno o de los particulares sobre derechos y libertades, está privado de su libertad, no es un hombre libre” (Joaquín V. González, “Manual de la Constitución Argentina”, Ed. Estrada, Bs. As., 1897, p. 167 y sig.).-

15º) Que, sobre esa base, se ha puesto de relieve:

a) que “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada y puramente nominal” (cf. Fallos 248:291, consid. 25; 257:308, voto del juez Boffi Bogero, consid. 6º; 311:2553 y 315:1943, entre otros);

b) 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 Nº 73, sentencia del 5 de febrero de 2001, cons. 64º y su cita);

c) 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-); y

d) que el ejercicio de la libertad de expresión debe resultar compatible con la preservación de otras libertades esenciales para una democracia (“Dennis y otros vs. United States”, 341 US 544).

¿Hasta dónde debe llegar el límite de la libertad de expresión y hasta dónde es menester restringirla o acotarla, teniendo en mira la protección de los valores sociales? En la doctrina norteamericana se ha destacado la existencia de los llamados “contravalores” que en cada caso concreto confrontan buscando equilibrar libertad con igualdad (Owen Fiss “La ironía de la libertad de expresión” Alfaguara, pág. 27).-

Una interpretación honesta de un principio liberal como la

libertad de expresión no es plausible desde una visión conservadora, por el contrario, si su fundamento se encuentra entre las exigencias del debate democrático, un criterio interpretativo coherente debe sostener al máximo el debate y la exposición de las ideas pero sin desconocer los valores fundamentales de una sociedad abierta.-

16°) Que la especial trascendencia del ejercicio de la libertad de expresión por parte de los partidos políticos, garantizada expresamente **-conforme se ha expresado supra-** por el art. 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).-

Las libertades de expresión e información actúan como instrumentos que hacen posible la participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos, al mismo tiempo que ese contexto de participación política en el que se ejercen delimita o califica el contenido y alcance de dichas libertades (Tribunal Constitucional español, sentencia n° 136/1999, del 20 de julio de 1999).-

Por ser ello así, se ha afirmado que cuando aquéllas operan como instrumentos de los derechos de participación política “debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es [...] el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia” (cf. *ibid.* y sus citas).-

En esa misma línea interpretativa, 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. 46°, caso Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía).-

17°) Que lo expuesto hasta aquí no empece que deba observarse la circunstancia -por todos conocida- de que los medios al servicio de la comunicación electoral son enormes y no está al alcance del ciudadano común contrarrestar un mensaje de estas características. El derecho a la libertad de expresión se convierte en inutilizable para aquellos que no tienen a su alcance los elementos materiales para explotarlo. Se dijo alguna vez que “la concentración es tan destructiva de la libertad como la dictadura; sólo que lo es en forma más insidiosa, y, en cierto sentido, más segura” (Jacques Driencourt, “La propaganda, nueva fuerza política”, Ed. Huemul, Bs. As., 1964, p. 385).-

En términos generales puede entonces afirmarse que la libertad absoluta reconocida a algunos individuos desemboca en la absoluta negación de la libertad para otros. La limitación de la libertad, paradójicamente, es el medio para asegurar

la libertad de todos los individuos, forjando una convivencia armónica, donde las potestades naturales de cada uno no pueden proyectarse hasta el extremo de desconocer las libertades de los demás miembros de la sociedad, ni de impedir el desenvolvimiento y bienestar de la comunidad (Badeni, Gregorio, ob. cit., p. 184).-

18°) Que, con particular atinencia a la materia *sub examine*, desde hace ya varios años se advierte sobre “la posible perversión de la libertad política en virtud de la desigualdad en el acceso a los medios de comunicación de masas” (Karl Loewenstein, ob. cit., p. 420).-

La libertad política, explica el citado autor, se encuentra hace un siglo en una encrucijada. “Está puesta en peligro por la concentración del poder que forma la opinión pública en las manos de algunos pocos que están en situación de pagar los gastos necesarios” (cf. ob. cit. p. 421).-

“En nuestra sociedad pluralista, el Leviatán habla con muchas lenguas. El que hable más alto y más tiempo, y en las horas apropiadas de la televisión y de la radio, tendrá la seguridad de que su mensaje será oído por el mayor número de potenciales consumidores” (cf. ob. cit. p. 417).-

19°) Que, por otra parte -y atento al alcance de las normas cuya interpretación se debate en la presenta causa- debe recordarse 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).-

20°) 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).-

Es incuestionable que 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, *ibid.*, p. 343/4).-

Por ello, y como mecanismo tendiente a conjurar la problemática descrita, se han desarrollado -en la mayoría de las legislaciones- normas y pautas de actuación que “garanticen y permitan la igualdad de los competidores, la limpieza y transparencia del proceso electoral y la neutralidad de los poderes públicos” (cf.

Diccionario Electoral cit., p. 121).-

Las disposiciones más frecuentes -en lo que aquí interesa- suelen señalar límites en la emisión de propaganda, un tope a los gastos que pueden realizarse y la prohibición impuesta a los medios de comunicación de discriminar a determinados candidatos a la hora de comprar o emitir su propaganda política (cf. ob. cit., p. 124).-

21º) Que, como surge de lo que ya se ha expuesto, la garantía de la libre expresión está destinada a evitar que el control de la autoridad estatal pueda constituirse en un mecanismo de coerción ideológica, pero no a erigir esa libertad en potestad absoluta aún en desmedro de otros valores que el ordenamiento jurídico también está interesado en proteger.-

Cabe recordar que el equilibrio para la manifestación armónica de la libertad y la igualdad en una democracia constitucional se concreta mediante la aplicación del principio de razonabilidad (cf. Badeni, Gregorio, ob. cit., p. 22).-

Pues bien, de las reflexiones vertidas en los precedentes considerandos y en el debate parlamentario que parcialmente se ha transcripto, se sigue que la limitación temporal a la emisión y publicación de mensajes destinados a la captación de votos no puede considerarse como una reglamentación irrazonable del derecho de expresarse libremente que la Constitución Nacional ampara.-

En efecto, el artículo 64 ter del Código Electoral Nacional no está destinado, en modo alguno, a coartar el derecho a la libre expresión de pensamientos y opiniones, sino que se limita a establecer la oportunidad en la que pueden emitirse determinados “avisos publicitarios” -esto es, aquéllos que tengan por finalidad promover la captación de votos- en medios de comunicación también determinados -televisivos, radiales y gráficos-.-

Restricción que reconoce su razón de ser en la protección dispensada por el Estado a la igualdad de oportunidades -de lo cual da cuenta el art. 31 de la ley 25.600, que les reconoce a las agrupaciones políticas la utilización gratuita de espacios en los medios de radiodifusión para la transmisión de sus mensajes de campaña- y cuya razonabilidad aparece clara si se repara en las circunstancias descriptas en los considerandos 18º a 20º y en que -en definitiva- tiende al objetivo preambular de “asegurar los beneficios de la libertad”.-

22º) Que no escapa a la consideración del Tribunal que -materialmente- las campañas electorales se extienden más allá de lo regulado en los arts. 64 bis y 64 ter del Código Electoral Nacional. Es sabido que “la parte esencial de cualquier campaña electoral es la [...] que se desarrolla en los medios de comunicación [...] que ni siquiera es interpretada como tal por la mayoría de los votantes porque se desarrolla en

forma de proceso continuo” (cf. Radunski, Peter, “La campaña electoral como forma de comunicación política”, en “Partidos Políticos en la Democracia”, Konrad-Adenauer-Stiftung, Ed. CIEDLA, 1995, p. 524).-

Tal especie de comunicación, que también tiene lugar entre elecciones constituye “el marco y la condición para todas las actividades de la lucha electoral y caracteriza el estilo moderno de las campañas cuyo medio más destacado es la televisión [...] Los votantes consideran campaña fundamentalmente a los afiches, avisos, cortos publicitarios, folletería y material publicitario menor [...] [que] en sentido estricto es la campaña publicitaria [y en la cual] se traduce lo que los partidos ya vinieron ofreciendo para la campaña política en los medios de comunicación” (cf. Radunski, Peter, *ibid.*, p. 525). La “campaña partidaria”, que es la continuación y complemento de las otras dos, constituye la motivación política para los seguidores y afiliados. “Los tres niveles de la campaña electoral están íntimamente ligados entre sí [...] La campaña publicitaria y la campaña partidaria sólo pueden ser exitosas cuando se mueven en el marco fijado por la campaña política en los medios de comunicación” (cf. Radunski, Peter, *ibid.*, p. 526).-

Sin embargo, estas consideraciones -que ciertamente podrían generar alguna reflexión en torno al efectivo logro de los principios tenidos en mira por el legislador al sancionar las normas cuya interpretación está en juego en el caso- en nada pueden alterar la conclusión a la que se ha arribado, pues, en definitiva, encontrar en la limitación temporal de las campañas publicitarias un medio para evitar la desigualdad en la competencia electoral es una clara opción de política legislativa cuya oportunidad, mérito y conveniencia no le corresponde a un tribunal de justicia evaluar.-

23°) Que, por otra parte, cabe recordar 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)), y su ejercicio sólo se justifica frente a la comprobación de la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía invocada por el recurrente (Fallos 303:397). En el caso, las manifestaciones que el apelante vierte en su memorial de fs. 67/79 son insuficientes para demostrar que su libertad de expresión sufra tal menoscabo.-

24°) Que, finalmente, y teniendo en consideración que no se ha controvertido lo dicho por el a quo acerca de las características de los mensajes emitidos por el recurrente -esto es, que estaban evidentemente destinados a captar votos- cabe señalar que sería no sólo impropio sino también vano intentar definir aquí, a “priori” y en forma abstracta, qué mensajes o qué comunicaciones tienen entidad para “promover la captación del sufragio”. Esta es una cuestión que deberá examinarse en cada caso, teniendo

particularmente en cuenta la existencia de un cronograma electoral nacional y admitiendo -de inicio- la dificultad de medir la capacidad de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus 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.-

En mérito de lo expuesto, oído el señor fiscal actuante ante la instancia, la Cámara Nacional Electoral RESUELVE: confirmar, por los fundamentos de la presente, la resolución apelada en cuanto no hace lugar a la declaración de certeza en la forma pretendida por el accionante.-

Regístrese, notifíquese y vuelvan los autos al Tribunal de origen. RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA - FELIPE GONZALEZ ROURA (Secretario).-