

CAUSA: "Fernando O. Rozas Apoderado de la Alianza Unión para el Desarrollo Social Distrito Buenos Aires Interpone Recurso 71 bis ley 26.215. Solicita Medida Urgente" (Expte. N° 5125/11 CNE) - Buenos Aires (DINE).-

FALLO N° 4629/2011

///nos Aires, 5 de agosto de 2011.-

Y VISTOS: los autos "Fernando O. Rozas Apoderado de la Alianza Unión para el Desarrollo Social Distrito Buenos Aires Interpone Recurso 71 bis ley 26.215. Solicita Medida Urgente" (Expte. N° 5125/11 CNE), venidos de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, en virtud del recurso directo deducido y fundado a fs. 29/43, obrando su contestación a fs. 162/171, el dictamen del señor fiscal actuante en la instancia a fs. 173, y

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 29/43 el señor Fernando O. Rozas, en su carácter de apoderado de la alianza "Unión para el Desarrollo Social" del distrito Buenos Aires, interpone recurso directo en los términos del artículo 71 bis de la ley 26.571, dirigido a cuestionar la actividad de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior en materia de distribución de espacios de publicidad electoral, y con el objeto de que este Tribunal "arbitre las medidas necesarias para que cesen los efectos de los comportamientos que impiden el acceso a los espacios y, complementariamente, garantice el funcionamiento operativo del sistema de acceso a los medios audiovisuales" (cf. fs. 29).-

En tal sentido, alega que desde el sorteo de espacios en los medios de comunicación se han sucedido "comportamientos y omisiones" por parte de las autoridades de la Dirección Nacional Electoral (DINE) y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) que causan perjuicios irreparables a la agrupación que representa, en tanto "importan la pérdida de más de dos días completos de difusión de sus propuestas" (fs. 30 vta.).-

En sustento de su planteo, sostiene -en síntesis- el recurrente: a) que la clave de usuario y contraseña necesarias para utilizar el "Sistema Integrado de Distribución de Publicidad Electoral", respecto de las categorías de gobernador y legisladores provinciales, le fue entregada en forma extemporánea (fs. 32 vta. / 33 vta.); b) que los datos de contacto brindados por la DINE y la AFSCA para la entrega del material publicitario presentaron problemas serios, en tanto, por ejemplo, "muchos de ellos han desaparecido o no responden al contacto o bien la información suministrada [...] es manifiestamente errónea o inútil" (fs. 34); c) que no se informó claramente sobre el formato en que se debía entregar el material a los diversos medios audiovisuales (fs. 35); d) que resulta virtualmente imposible llevar adelante la logística con todos los medios a los que debe contactarse en la provincia de Buenos Aires (fs. 35 vta.); e) que el sistema web para la registración de los espacios a utilizar estuvo fuera de servicio durante doce horas entre el sábado 23 y el domingo 24 de julio (fs. 36); f) que se produjeron "modificaciones totalmente extemporáneas e ilegales a la cantidad y calidad de los medios cargados en el sistema" (fs. 36), agregándose medios en los que podían pautar y también eliminándose otros en los que ya tenían publicidad pautada; g) que las mencionadas modificaciones a la nómina de medios demuestra que el "Sistema Integrado de Distribución de Publicidad Electoral" no solamente no resulta seguro sino que además tampoco tiene un mínimo grado de confiabilidad que permita continuar con su uso (fs. 38).-

Afirma luego el apelante que las irregularidades reseñadas implican una afectación a la equidad del proceso electoral, violatoria de los principios sostenidos en el propio título de la ley 26.571 (fs. 38). Añade que las limitaciones impuestas de facto a la actividad de los partidos políticos vulneran la libertad de expresión política y constituyen una virtual censura en los medios de comunicación (fs. 39).-

Solicita finalmente, entre otras medidas, que se suspenda la vigencia del sistema de distribución estatal de la publicidad electoral y se libere la contratación en los medios para todas las fuerzas políticas (fs. 43).-

A fs. 162/171 el representante del Estado Nacional contesta el recurso, acompañando informe de la Dirección Nacional Electoral.-

A fs. 173 y vta. emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia.-

2º) Que, previo a todo, debe considerarse el planteo formulado por el representante del Estado Nacional, en cuanto afirma que el recurso directo previsto en el artículo 71 bis de la ley 26.571 no constituye la vía idónea para someter al conocimiento de este Tribunal los reclamos que motivan la presente causa.-

Al respecto, corresponde recordar que dicha norma prevé -en lo que aquí interesa- que "[l]as resoluciones de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior tanto para las elecciones primarias como para las elecciones generales, sobre distribución o asignación a las agrupaciones políticas de aportes públicos o espacios de publicidad electoral son apelables por las agrupaciones en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional Electoral".-

En el caso, aun cuando el recurrente no ataca una resolución determinada de la Dirección Nacional Electoral, se advierte claramente que los hechos que denuncia se refieren de manera directa a la asignación y distribución de espacios de publicidad electoral a cargo de ese organismo. En particular, la cuestión relativa a la modificación de la nómina de medios en los cuales se asignaron los espacios por sorteo, representa indudablemente un cuestionamiento al modo de asignación de los espacios. De manera que la vía prevista en el artículo 71 bis de la ley 26.571 resulta de incuestionable aplicación.-

3º) Que, por otra parte, no es ocioso recordar que -como el Tribunal ha señalado en otras ocasiones- el propósito que subyace en todo sistema de financiamiento público radica sustancialmente en hacer frente a una doble exigencia histórica. Por un lado, la de mantener a los partidos, en la medida de lo posible, "protegidos frente a las presiones Corporativas que podrían derivarse de su dependencia financiera", y por el otro, la de "garantizar, también en la medida en que ello fuera factible por medio de mecanismos de tipo financiero, el principio de igualdad de oportunidades de

todos los partidos" (Blanco Valdés, Roberto L., "La problemática de la financiación de los partidos políticos en España: regulación jurídica y propuestas de reforma", Rev. de Estudios Políticos Nueva Época, N° 87, Enero-Marzo, 1995)"(cf. Fallo CNE 4174/09).-

Estas exigencias imponen que la distribución y asignación estatal de los espacios de publicidad electoral deba ser eficazmente controlada a través de los mecanismos de fiscalización y transparencia, así como que dicho control deba ser ejercido en cada una de las distintas etapas que configuran el proceso publicitario (arg. de Fallo 4174/09 CNE).-

La vigencia de un Estado de Derecho presupone que toda violación de la legalidad, debe ser susceptible de cuestionamiento ante un tercero imparcial que tenga a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que, cuando quienes violan esa legalidad son las autoridades públicas, de no ser la situación reparada por la propia estructura administrativa, debe existir la posibilidad de un control externo a la administración e independiente de ella, donde pueda pretenderse el restablecimiento del ejercicio del poder en el marco del Derecho (cf. Buján, Néstor H. "Reflexiones sobre los requisitos procesales de admisibilidad de la pretensión administrativa y la habilitación de la instancia judicial a la luz de las reforma de la ley 25.344", en Proceso administrativo - II, Revista de Derecho Público 2003-2, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 246).-

Sobre esa base, lo alegado por el representante del Estado Nacional respecto de que el recurso previsto en el art. 71 bis de la ley 26.571 "es para la impugnación judicial de actos y no para recurrir al Poder Judicial ante la alegación de la existencia de vías de hecho" (fs. 164 vta.) no es atendible, pues lo que aquí se pretende es un control judicial expedito respecto de la distribución y erogación de los recursos públicos en las campañas electorales, a fin de salvaguardar la transparencia y la equidad en materia electoral.-

Por lo expuesto, también desde este ángulo resulta admisible el recurso impetrado, teniendo en consideración que se cuestiona el funcionamiento integral del

sistema para hacer efectivo el acceso de las agrupaciones políticas a los medios de comunicación durante la campaña electoral.-

4º) Que corresponde entonces, considerar ahora la cuestión sustancial planteada en el caso.-

En tal sentido, y con respecto a la entrega de las claves de usuario y contraseña a las que alude el apelante, el Decreto 445/11 establece que la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior entregará a los apoderados partidarios dichas claves a los efectos de que la agrupación política pueda completar el formulario electrónico en el sistema web de distribución de publicidad electoral de esa Dirección, para generar así el vínculo con el servicio de comunicación que permite hacer efectivo el uso del espacio publicitario asignado (cf. art. 16).-

En el caso, la DINE afirma que para las categorías provinciales cumplió con esa disposición entregando las claves a la Junta Electoral Permanente de la Provincia de Buenos Aires el 18 de julio (fs. 154) y que dicha junta las informó a la agrupación el día 22 de julio.-

Al respecto, basta con señalar que más allá de la colaboración que la DINE pueda requerir a otros organismos para el cumplimiento de las tareas a su cargo, la comunicación fehaciente de las claves de usuario y contraseña a las agrupaciones políticas es de su propia responsabilidad - según lo previsto en el art. 16 inc. a, del Dto. 445/11- por lo que asiste razón al apelante en cuanto se agravia de la demora en tomar conocimiento de aquellas claves. No puede dejar de advertirse que la campaña de publicidad audiovisual tuvo inicio el 25 de julio de 2011 (art. 31, ley 26.571); es decir, a solo tres días de la comunicación de los datos necesarios para hacer uso de los espacios asignados, y que la agrupación debía presentar el material a emitir hasta 48 horas antes del horario establecido para la emisión del mensaje (cf. art. 16, 1er párr., Dto. 445/11).-

Corresponde dejar establecido, entonces, que en lo sucesivo esa Dirección deberá adoptar los recaudos que fueran menester para que la entrega de los datos que prevé el art. 16 inc. "a" del decreto 445/11 se produzca de modo fehaciente y en los más breves plazos.-

5º) Que respecto de los errores advertidos en los datos de contacto de los servicios de comunicación -necesarios para que las agrupaciones políticas se comuniquen para instrumentar la utilización de los espacios asignados- la Dirección Nacional Electoral refiere que esos datos fueron obtenidos de la información aportada por los propios titulares de los servicios audiovisuales (fs. 150).-

Sin embargo, esta explicación no exime a la DINE de la responsabilidad de corroborar que los datos que pone a disposición de las agrupaciones son correctos e idóneos para el cumplimiento de su finalidad. Por lo tanto, ese organismo deberá -en lo sucesivo- verificar que los datos de contacto de los servicios audiovisuales sean precisos.- Igualmente, con relación al formato de presentación del material publicitario, a cuyo respecto informa la DINE que "los formatos más usados son BETACAM o DVD" (fs. 157) cabe requerir a esa Dirección que arbitre los medios para que las agrupaciones puedan consultar mediante un procedimiento sencillo cuál es la modalidad utilizada por cada servicio incluido en la nómina de espacios asignados.- 6º) Que en lo que concierne a las denunciadas modificaciones a la nómina de medios respecto de los que se ha asignado espacios a la agrupación recurrente, el señor Director Nacional Electoral admite, por una parte, que -en razón de haberse detectado errores- se han producido correcciones al listado originariamente sorteado (fs. 149/150). Por otra parte, señala que la diferencia en la cantidad de espacios asignados para días diferentes obedece al sistema de alternancia que se ha establecido para el caso de los servicios de comunicación con alcance interjurisdiccional, según el cual -para la categoría de gobernador- dichos servicios aparecen disponibles un día y no al siguiente (fs. 153).-

Sobre el punto, se advierte que además del reconocimiento de la existencia de modificaciones a la nómina de medios originariamente sorteada, la respuesta basada en la alternancia de los medios inter-jurisdiccionales no es suficiente para descartar la existencia de otros cambios en dicha nómina, toda vez que según resulta del acta notarial de constatación agregada a fs. 2/3, las modificaciones que denuncia el recurrente no se produjeron entre días alternados, sino que se detectaron en la cantidad de medios disponibles para un mismo día. En efecto, según consta en aquel instrumento público, la

consulta fue efectuada sobre el listado de espacios asignados para el día 28 de julio de 2011 y habiéndose formulado con diferencia de horas, un acceso -a las 12.30 hs.- mostró un total de 566 medios disponibles; el segundo -a las 15.30 hs- consignó un total de 540 medios y el último -a las 19.30 hs.- informó la existencia de 541 medios asignados.-

Ello impone hacer saber a la Dirección Nacional Electoral que las modificaciones que eventualmente sea imperioso efectuar a la nómina de espacios sorteados deben estar debidamente fundadas y fehacientemente comunicadas a los interesados.-

7º) Que llegado a este punto, no puede dejar de señalarse que la cuestión que subyace en el caso se vincula con la necesidad de asegurar el debate democrático en las contiendas electorales, a través de mecanismos que -como se dijo (consid. 3º)- procuran asegurar una cierta equidad entre las agrupaciones políticas.-

En este orden de ideas, ya se ha explicado, respecto de la asignación de recursos públicos a las agrupaciones políticas, que más allá de lo conveniente o no que pueda resultar encomendarle su distribución a un órgano político, no es dudoso que esta circunstancia impone fortalecer la transparencia en el reparto de dichos recursos. Por ello, se estableció que el Ministerio del Interior debe observar cabalmente el recaudo de fundamentación en toda decisión que implique conceder o denegar las solicitudes partidarias, expresando las razones que inducen a la emisión del acto (Fallo 4174/09 CNE).- En materia de implementación del nuevo régimen de publicidad electoral establecido por la ley 26.571, no puede dejar de señalarse que las demoras en la reglamentación y en la instrumentación de una cuestión tan compleja han podido afectar la previsibilidad con que las organizaciones partidarios debieron contar para ajustarse a dicho régimen.-

En este sentido, cabe recordar que en aras de la seguridad jurídica, resulta imprescindible que los participantes en la contienda electoral "conozcan de antemano las 'reglas claras de juego' a las que atenerse, destacando asimismo la 'especial prudencia' que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios" (cf. Fallos 321:1248 y doc. Fallos 311:2082 y 325:1578).-

Sin perjuicio de ello, y de las medidas que la Dirección Nacional Electoral deberá adoptar en los términos de la presente, se advierte también la necesidad de que las agrupaciones políticas cuenten con la posibilidad de fiscalizar el sistema informático con el que esa Dirección efectúa la asignación y distribución de los espacios de publicidad electoral.-

Por ello, corresponde hacer saber a ese organismo que deberá poner a disposición de las agrupaciones políticas que participen en los procesos electorales, el software de referencia, incluyendo sus programas fuente, con la debida antelación a la fecha del sorteo de los espacios publicitarios, a los fines de su auditoría y control por dichas organizaciones.-

8º) Que respecto de la pretensión del recurrente dirigida a que se suspenda la vigencia del sistema de distribución estatal de la publicidad electoral y se libere la contratación en los medios para todas las fuerzas políticas (fs. 43), corresponde hacer notar que -más allá del juicio de constitucionalidad que podría eventualmente plantearse en un caso- en el sub examen la mencionada pretensión no se funda en un cuestionamiento a la validez constitucional de las normas legales y reglamentarias que establecen dicho sistema, sino que se basan en el modo en el que el organismo encargado de su ejecución cumplió con las obligaciones a su cargo.-

Asiste, por ello, razón al representante del Estado Nacional, en cuanto afirma que existe una "desproporción entre lo alegado y lo solicitado" por el apelante (fs. 16 vta.), "pues en caso de que sean ciertos sus dichos, basta con que la sentencia adopte medidas que restituyan el hipotético derecho eventualmente afectado y no que derogue el sistema" (fs. cit).-

Lo dicho basta, entonces, para desestimar la pretensión de referencia.-

9º) Que en orden a determinar la incidencia que las deficiencias denunciadas en el caso pudieron generar a la agrupación apelante, así como las vías y medios de compensación por los espacios no utilizados a raíz de tales anomalías, corresponde tener en cuenta que, según resulta del informe obrante a fs. 175/179, sobre un total de 774 módulos que



le fueron adjudicados para emitir mensajes publicitarios en los principales canales de aire con sede en la Capital Federal (El Trece, Telef  y Canal 9) solo 124 aparecen con la referencia - "material emitido"- de haber sido efectivamente utilizados.-

Por ello, corresponde ordenar a la Direcci3n Nacional Electoral que compense, de manera urgente, los espacios publicitarios que la agrupaci3n política de autos se vio impedida de utilizar, según resulta del informe de fs. 175/179.-

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

1 ) Hacer lugar al recurso de fs. 29/43 vta. y disponer que la Direcci3n Nacional Electoral del Ministerio del Interior deberá ajustar su actuaci3n a lo establecido en los considerandos 4 , 5 , 6  y 7  de la presente;

2 ) Ordenar a la Direcci3n Nacional Electoral a compensar, de manera urgente, a la alianza de autos con el equivalente a los espacios que se vio impedida de utilizar en los canales de televisi3n abierta de la Capital Federal -El Trece, Telef  y Canal 9-, en esos mismos medios de comunicaci3n y en las mismas franjas horarias oportunamente asignadas.-

Regístrese, notifíquese con carácter urgente y con copia a la Direcci3n Nacional Electoral del informe de fs. 175/179. Archívese. Fdo.: Rodolfo E. Munné - Santiago H. Corcuera Alberto R. Dalla Via - Ante mí: Hernán Gonçalves Figueiredo (Secretario de Actuaci3n Judicial).-