

**Publicación: Revista de Derecho Constitucional**

**Fecha: 14-05-2015 Cita: IJ-LXXVII-976**

**Campañas electorales ¿de qué hablamos?**

*Una aproximación constitucional y legal en el ordenamiento federal argentino*

Por María Cristina Girotti y  
Laura Monzón[1]

Ya durante todo el año 2014, y mucho antes de lo que era habitual, hemos visto una abundante publicidad por parte de los partidos políticos o de aquellos que pretenden postularse para candidatos en las próximas elecciones generales de 2015. En general se trata de cartelera en la vía pública o actos promocionales que suelen catalogarse como “instalación del candidato”. Su intensidad y anticipación han generado dudas acerca de su legalidad y afectación al sistema electoral y político nacional.

En noviembre de 2014 ante el juzgado con competencia electoral de Capital Federal, a cargo de la jueza Servini de Cubría, el Partido Socialista Orden Nacional presenta una demanda donde se retoma la discusión acerca de los alcances de la regulación de las campañas electorales establecida en el actual Código Electoral.[2]

Las actoras sostienen que estaríamos en presencia de una campaña de publicidad electoral programada y proyectada, y no de cartelera aislada. En consecuencia, se estaría desarrollando una estrategia sistemática en la vía pública, cuyo objetivo es la instalación de las candidaturas, en vistas a los comicios de octubre de 2015. En este sentido, dicen, “es una campaña iniciada fuera del tiempo legal previsto en las leyes electorales y fuera de todo marco normativo que regula su desarrollo.”

En el escrito plantean una diversidad de problemáticas relacionadas, desde las restricciones temporales y al financiamiento de las campañas en la ley, a los principios de equidad y transparencia electoral.

La demanda finaliza con la petición del cese de la publicidad en vía pública, la realización de una auditoría que investigue el origen de los fondos invertidos en la publicidad que se ha estado llevando a cabo, así como la disposición de las sanciones previstas en la ley electoral.

A esta presentación se le acumula una actuación paralela que tramitara en el Distrito de Entre Ríos en el mismo sentido[3] y documentación proveniente de la Secretaría Electoral de la Provincia de Buenos Aires.

La jueza interviniente convocó a una audiencia a todos los partidos políticos de orden nacional en la cual las distintas agrupaciones expresaron su opinión al respecto y dio vista al

Fiscal Federal Electoral quien dispone: “hágase saber a los Señores Fiscales Electorales de las 23 jurisdicciones restantes del país, que deberán practicar un relevamiento en sus ámbitos de competencia, respecto a la existencia de publicidad por las agrupaciones políticas que pudieran encontrarse vulnerando las normas rituales de la codificación electoral nacional”.

A partir del análisis de los argumentos presentados en la denuncia, realizaremos un recorrido por los antecedentes legales y jurisprudenciales, con el objetivo de examinar sus dudas y oscuridades, tanto desde el punto de vista legal como del teórico-político.

### **De qué hablamos cuando hablamos de campaña electoral** [arriba] -

Ante todo, es preciso definir qué es lo que se entiende por campaña electoral. En primer lugar, en términos estrictamente legales, el Código Electoral Nacional (artículo 64 bis), establece que la campaña electoral es “el conjunto de actividades desarrolladas por las agrupaciones políticas, sus candidatos o terceros, mediante actos de movilización, difusión, publicidad, consulta de opinión y comunicación, presentación de planes y proyectos, debates a los fines de captar la voluntad política del electorado, las que deberán desarrollar en un clima de tolerancia democrática. Las actividades académicas, las conferencias, la realización de simposios, no será considerados como partes integrantes de la campaña electoral.”

Entonces, habría campaña cuando hay:

i). conjunto de actividades: parecería que debería haber más de una actividad, repetida o distinta.

ii). desarrolladas por las agrupaciones políticas, sus candidatos o terceros: al incluir a los terceros resultaría indistinto quien la realice.

iii). mediante actos de movilización, difusión, publicidad, consulta de opinión y comunicación, presentación de planes y proyectos, debates: como el caso anterior, es muy amplio y parecería más bien una enumeración de las posibles actividades del conjunto que conforma la campaña. En el párrafo siguiente se excluyen las actividades académicas, las conferencias, la realización de simposios.

iv). a los fines de captar la voluntad política del electorado: este elemento parecería ser el definitorio, pero su vaguedad dificulta la tarea de precisar cuándo hay campaña electoral y cuándo simplemente proselitismo partidario. Tanto en uno como en otro se intenta captar al electorado. ¿En un caso es genérico y con vocación de permanencia y generadora de pertenencia y en otro es concreta para una oportunidad electoral en especial? ¿Es lo mismo captar “la voluntad política del electorado” que “captar votos”?

Desde una visión teórica tradicional, la campaña electoral ha sido entendida como el proceso por el cual los partidos políticos y sus respectivos candidatos realizan acciones para comunicar programas e ideas, movilizar simpatizantes y politizar a la población, siempre con el objetivo primordial de obtener sufragios para una determinada elección.[4]

Desde un punto de vista más contemporáneo, la mirada se complejiza. Una campaña electoral implica, por un lado, las actividades tradicionales de proselitismo partidario tendientes a promover un contacto más directo entre candidatos y electores con el fin de obtener el voto en esa ocasión. Pero, por otro lado, las campañas electorales en las democracias pluralistas modernas necesitan, cada vez más, del uso de los medios de comunicación para transmitir los mensajes políticos con posibilidades de llegar a millones de electores. En palabras de Fara, “una campaña es una gran batalla comunicacional.”[5] Y en esta batalla, los medios pueden ser muchos y no siempre resulta tan explícita y clara la finalidad de captar el electorado. En consecuencia, resulta complejo precisar los plazos de campaña y la fijación de su comienzo.

Ahora, los partidos políticos llevan a cabo acciones de carácter proselitista en forma casi permanente. No obstante, es indudable que la campaña electoral tiene un aspecto distintivo, aunque la dificultad sea distinguir una y otra con cierta claridad. Según Lauga, el criterio parece ser “la relación directa del proselitismo político con una elección y, por lo tanto, con una redistribución del poder político, lo cual implica el empleo más o menos sistemático de distintas formas y técnicas de propaganda electoral.”[6] O sea, lo que diferencia a una y otra es la presencia de una elección concreta que significa redistribución futura de poder.

Sin embargo, este punto es controvertido porque, en definitiva, la dificultad se mantiene y ésta afecta, en cada caso concreto, la posibilidad de establecer cuándo empieza, en los hechos, la campaña. La letra de la norma es clara pero, en la práctica, es una cuestión compleja calificar en qué casos una determinada publicidad es simple proselitismo o si, en cambio, es un acto de campaña. En consecuencia, es frecuente que el comienzo de la campaña electoral no coincida con la fecha fijada legalmente.

En este orden de ideas, Radunski distingue tres niveles de las campañas electorales[7]: a) la parte esencial se desarrolla en los medios de comunicación en forma de proceso continuo - por lo que, en general, no es interpretada como tal por la mayoría de los votantes- y es la que Radunski denomina “campaña política”; b) la “campaña publicitaria” -sería la campaña en sentido estricto- que incluye afiches, avisos, cortos publicitarios y folletería, y por ello es la más perceptible por los votantes como tal; y c) la “campaña partidaria”, que implica la apelación política para los seguidores y afiliados del partido.

Vale aclarar que el autor considera que “Los tres niveles [...] 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.”[8]

En otros casos, se distingue entre la “instalación del candidato” -aquellas acciones tendientes al conocimiento masivo del posible candidato y medir su nivel de aceptación- de la “campaña propiamente dicha” -tendientes a captar el voto a su favor-.

**¿Cuándo se inicia una campaña electoral?** [arriba] -

La legislación nacional establece limitaciones temporales para la realización de campañas electorales: fija su inicio, para elecciones primarias, 30 días antes de la fecha del comicio[9] mientras que se amplía a 35 en el caso de las elecciones generales[10], mientras que en ambos casos finaliza 48 horas antes del comicio. En este sentido, si lo denunciado en la causa Partido Socialista efectivamente fuera un conjunto de actividades imputables como campaña electoral, ésta fue iniciada fuera del tiempo legal previsto en las leyes electorales.

Sin embargo, este punto es controvertido porque, en definitiva, los partidos políticos llevan a cabo acciones de carácter proselitista en forma casi permanente. Por lo que la cuestión a dilucidar sería ¿el conjunto de publicidad mediante cartelera en la vía pública es proselitismo habitual o es campaña electoral con la finalidad de captar votos? En todo caso, ¿ambas están incluidas en la limitación temporal que impone la ley o solo la segunda?

Por ejemplo, un acto en la sede partidaria donde se promoció una determinada política a futuro, ¿es campaña electoral en los términos de los art. 64 y 64 bis del Código Electoral, o es simplemente actividad proselitista continua? ¿Y la participación en una caminata barrial de un tradicional candidato en elecciones anteriores -y aún no proclamado como tal en las próximas? En suma, el interrogante que subyace es si la “instalación de candidatos” -en realidad, posibles candidaturas- está o no comprendida en las restricciones legales.

En el caso concreto de la causa iniciada por el Partido Socialista, se trata de cartelera en la vía pública en las que se observan fotos, eslóganes, o incluso sólo un color identificado con un futuro candidato[11] y no la difusión de actividades o convocatorias puntuales. En ningún caso, hay candidatos proclamados[12] por las respectivas agrupaciones políticas. Ni siquiera se ha convocado aún a la elección. Consecuentemente, parece no haber dudas de que el objetivo es la instalación y promoción de las futuras candidaturas.

Entonces, la cuestión radica en saber si dicha instalación implica campaña y, por lo tanto, está incluida dentro de los plazos que establece la ley y se rige por los mismos principios de equidad y transparencia electoral. Si no lo fuera, el lanzamiento de las candidaturas quedaría por fuera de la regulación, como un proceso previo y distinto a la campaña electoral en si y, por lo tanto, fuera de todo control de gastos y límites temporales.

Una postura intermedia, sería considerar que a la instalación de candidatos no se le aplica la limitación temporal, pero si las obligaciones de rendición de gastos con los topes legales.

En términos generales, Lauga sostiene que es característico de los procesos electorales en América Latina que, tras el lanzamiento de las candidaturas, la estructura partidaria

comience a fijar los objetivos y la formulación de la estrategia de la campaña electoral. O sea, ubica a la campaña como consecuencia de la proclamación de candidatos, en cuyo caso, la instalación de los futuros proclamados no estaría incluida dentro de la campaña.

Más aún, aclara que “el lanzamiento de las candidaturas suele constituir así un punto de inflexión que puede servir para indicar, en la práctica, el inicio de la campaña electoral (en general, a partir de ese momento también se comienza con la propaganda electoral).”[13]

Ahora, cuando se refiere al “lanzamiento de candidaturas” ¿remite a la aprobación formal de las agrupaciones políticas - en nuestro país, solía tener lugar pocos días antes de la oficialización formal ante las autoridades competentes- o a las decisiones informales y dispersas de distintos militantes que comienzan a tratar de obtener apoyos para llegar a convertirse en tal?

La implementación de las primarias abiertas simultáneas y obligatorias ha complicado aún más el tema. Ahora la proclamación de los candidatos es el resultado de una elección formal donde participa todo el electorado. En todo caso, en ellas se da, dentro de cada agrupación, la aparición informal de “futuros precandidatos” que tratan de posicionarse ante el electorado como para, luego, constituir una línea interna en condiciones de competir con el número suficiente de avales partidarios. Y estas líneas internas no suelen tener formalidad en la conformación de sus listados de precandidatos, hasta su presentación ante la Junta Electoral Partidaria.

Entonces, en la “instalación”, al menos en los casos en debate ante los tribunales, no hay técnicamente candidatos, ni siquiera precandidatos para las primarias. Ninguna fuerza política los ha proclamado institucionalmente, a través de sus órganos partidarios; menos aún presentado ante las Juntas Electorales Partidarias o a las autoridades electorales nacionales, simplemente porque aún no hay convocatoria oficial.

Otros autores, en cambio, advierten que el lanzamiento de las candidaturas -más allá de su posterior reconocimiento legal- constituye en la actualidad uno de los componentes centrales de la estrategia electoral de los partidos políticos. El nuevo estilo de campaña está signado por la construcción alrededor de personalidades de alta visibilidad pública y presencia mediática, de elecciones centradas en candidatos y no en partidos, que han pasado a ser “maquinarias electorales y representaciones legales.”[14] Este proceso de personalización de la política exige un alto conocimiento del público y está íntimamente relacionado con los medios de comunicación.

En este contexto, la “campaña” comienza con el posicionamiento de quien se pretende resulte precandidato o candidato, si se dan los requisitos de conocimiento y aceptación por la opinión pública. Y si bien, puede que luego de este proceso de instalación no sea candidato, raramente habrá candidato sin instalación.

**La instalación de los candidatos en la jurisprudencia** [arriba] -

En este orden de ideas, vale la pena recordar el caso conocido como “De La Sota”[15] que, si bien se trata de un caso vinculado a la campaña de las elecciones del año 2002[16], resulta interesante en lo que respecta a la naturaleza de las candidaturas y la duración de la campaña electoral.

En este caso, el fiscal solicita a la jueza que inste a los medios de comunicación a que se abstengan de difundir avisos de campaña -algunos realizados por el futuro candidato José Manuel de la Sota- por estar fuera de los tiempos legales de campaña. A su vez, mediante una acción meramente declarativa, 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-. Ambas acciones fueron acumuladas.

Lo que afirma De La Sota es que mientras no oficialice su candidatura, no pueden calificarse como actos de campaña electoral los anuncios que efectúa. Para ello se basa en lo estipulado por el art. 64 bis del Código Electoral Nacional en su redacción del año 2002 (ley 25.610) que sostenía que “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[17] a cargos públicos electivos nacionales”.

En suma, De La Sota sostiene 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.

La jueza de primera instancia resuelve desestimar la acción declarativa interpuesta por De La Sota y ordena 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 De La Sota y es así como el caso llega a la Cámara Electoral Nacional.

De La Sota reitera que los plazos de las restricciones se empiezan a contar desde la oficialización y sostiene que esa es la única interpretación posible para considerar las limitaciones como una reglamentación razonable de la libertad de expresión.

Por su parte, el 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.”[18]

En el mismo sentido, el Tribunal sostiene en el fallo que la condición de candidato es previa a su oficialización por parte de la justicia electoral. Para ello tiene en cuenta que la

oficialización de las candidaturas puede ser posterior al inicio del período de legal de campaña[19] y que se vería afectada la igualdad entre quienes obtienen la aprobación judicial de sus candidaturas en diferentes momentos.

En suma, siguiendo la interpretación planteada en el fallo, el problema referido a si la instalación de las candidaturas forma parte de la campaña electoral, parece no haber dudas de que la respuesta es un sí. Si esto lo aplicamos a la actual denuncia del Partido Socialista, la cartelera y difusión de futuros precandidatos y/o candidatos denunciados estaría fuera de los plazos legales[20]. Más aún si tenemos en cuenta que, a partir de la nueva redacción del art. 64 bis en la última reforma, alcanza con ser “tercero”.

Pero, volviendo a De la Sota, la Cámara entra a analizar el argumento esgrimido de si estas restricciones temporales afectan o no la libertad de expresión; asunto que también fue planteado en la audiencia del caso Partido Socialista.

### **Las limitaciones temporales y la libertad de expresión** [arriba] -

En este orden de ideas, el Tribunal trae a consideración el debate parlamentario que precedió a la sanción de la anterior ley n° 25.610.[21] En la Cámara de Diputados se afirmó que “mediante la limitación temporal se ha buscado fijar claramente cuáles son los tiempos que los dirigentes de la política ocupan en sus 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”. [22]

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”. De otro modo -se dijo- “pueden afectarse las condiciones mismas de la competencia y, por ende, el sistema partidario.” [23]

Estos propósitos son enfrentados “al reconocimiento legal de la libertad natural de expresión como una de las conquistas más importantes que el hombre obtuvo en su permanente lucha por la dignidad. Sin tal libertad resultaría prácticamente imposible la existencia de la opinión pública, la crítica y el control de la actuación de los gobernantes. Además, 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 y actúa como instrumento que hace posible la participación en los asuntos públicos y el acceso a los cargos públicos.” [24]

También tiene en cuenta que, expresamente, el art. 38 de la Constitución Nacional garantiza a los partidos políticos la “difusión de sus ideas”.

Asimismo, es conocida la circunstancia 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. De igual modo, el derecho a la libertad de expresión se convierte en impracticable para aquellos que no tienen a su alcance los elementos materiales para explotarlo. Consecuentemente, 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." [25]

Más aún, 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; desigualdad de una importancia decisiva en el resultado de una elección. 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.” [26]

Pues bien, de las reflexiones vertidas, el Tribunal concluye 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. Entiende que ellas solo establecen “la oportunidad en las 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-.” [27]

En otras palabras, los arts. 64 del Código Electoral no deberían leerse como restricciones sino como determinación de la oportunidad en que se ejercite el derecho. Y esto, en virtud de la igualdad de oportunidades aplicada a la práctica electoral.

En definitiva, de acuerdo a esta postura, fuera de los plazos de campaña no podrían tener lugar aquellas actividades i) tendientes a captar votos ii) en determinados medios.

Con respecto al primer punto, la Cámara hace una consideración que resulta interesante: “sería no sólo improcedente sino también en vano intentar definir 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 [28], teniendo particularmente en cuenta la existencia de un cronograma electoral nacional y admitiendo 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.” [29]

Por lo que traslada el problema a determinar cuándo una actividad concreta tiende a la captación de votos, y esto solo podrá definirse en cada caso concreto.

Respecto al segundo requisito, “determinados medios,” el fallo habla de televisivos, radiales y gráficos. No obstante, la normativa actual extiende el ámbito de prohibición a medios “de cualquier naturaleza”. [30] La pregunta se impone: ¿las nuevas restricciones violentan la libertad de expresión? Esto fue planteado por el apoderado de la Unión Cívica Radical en la audiencia de la causa del Partido Socialista y deberá pronunciarse la justicia.

Debe tenerse en cuenta que antes de la reforma, la cartelera en la vía pública no era considerada “medio de comunicación gráfico” y, en consecuencia, quedaba fuera de las restricciones legales. [31] Para esto se tuvo en cuenta que la ley titulaba al respectivo capítulo “Publicidad en los medios de comunicación” y que ni la ley 17.798 de telecomunicaciones ni la reciente ley 26.522 de servicios de comunicación audiovisual incluyeron a la cartelera como medio de comunicación. Concluye: “Queda claro que un examen sistemático lleva a concluir que la cartelera (publicidad estática) no ha sido incluida por el legislador histórico dentro del concepto medio gráfico de comunicación”. [32]

Pero, actualmente, a partir de la reforma Código Electoral operada mediante la ley 26.571, la publicidad gráfica mediante cartelera en la vía pública queda expresamente incluida dentro de los términos prohibitivos del artículo como “publicidad estática”. Por lo que, en términos de la Cámara Electoral Nacional, se han restringido las oportunidades de expresión.

La misma pregunta puede extenderse a otras formas. Por ejemplo ¿las clásicas “pintadas” en muros barriales están prohibidas fuera del plazo legal? ¿Repartir simples volantes con consideraciones políticas o partidarias no está permitido? Estas nuevas limitaciones ¿son constitucionales ponderadas frente a la libertad de expresión? Aún más, ¿cuáles restricciones son aceptables y cuáles no, dentro del estado constitucional de derecho?

### **La publicidad oficial durante la campaña electoral** [arriba] -

Otra arista del problema que no podemos soslayar es la relativa a la publicidad oficial en el período electoral. Es necesario aclarar que, cuando hablamos de publicidad oficial, nos referimos “a toda comunicación, anuncio, o espacio solventado con fondos públicos, en cualquier medio de comunicación y en cualquier soporte” [33], que sirve como instrumento para hacer efectivo el mandato republicano de dar publicidad a los actos de gobierno.

En el “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” del año 2010, se advierte 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 [...], tampoco debe inducir a confusión con los símbolos, ideas o imágenes empleadas por cualquier partido político y organización social, y debería identificarse como publicidad oficial, con mención expresa del organismo promotor de la misma.” [34]

Partiendo de la base de que los Estados no deben utilizar la publicidad oficial con fines electorales o partidarios, y teniendo en cuenta que en época de elecciones se detecta -en general, en toda América Latina- un aumento de la utilización propagandística de la pauta estatal, el citado informe recomienda “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.”[35]

Como se desprende de la normativa vigente[36], actualmente no existe una regulación específica con respecto a la pauta publicitaria estatal para épocas de elecciones, ni una prohibición de 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 normativa se limita a señalar que “durante la campaña electoral, la publicidad de los actos de gobierno no puede contener elementos que promuevan expresamente la captación del sufragio (...).”

De más está decir que resulta extremadamente complejo distinguir entre aquella publicidad dirigida a captar el sufragio y la que no lo está. Tal como se observa a partir del relevamiento de carteles en la vía pública adjuntado a la demanda del Partido Socialista, hay casos de publicidad en los cuales, sin decir directamente “vote por tal candidato”, se publicitan una serie de anuncios de los logros de gestión[37] que podrían estar siendo utilizados para promocionar candidaturas del funcionario público. En este punto surge nuevamente el interrogante: ¿Hasta qué punto la estrategia está dirigida a la captación del sufragio? Más aún, ¿estamos en presencia de la utilización de recursos públicos con ese objetivo, sea la captación del voto en forma directa o indirecta?

En efecto, vale recordar el caso “Asociación por los Derechos Civiles y otros s/acción de amparo c/Estado Nacional”. Lo que la organización plantea es una interpretación del artículo 64 quáter de manera tal que el Poder Ejecutivo Nacional se encuentre impedido de emitir publicidades que contengan elementos que promuevan tanto expresa como implícitamente la captación del voto. De otra forma, si se entendiera que dicha norma permite la publicidad de actos de gobierno que en forma implícita busque captar el sufragio, pide la declaración de inconstitucionalidad.[38]

La Asociación por los Derechos Civiles alega que “los contenidos y enfoques que se presentan en las publicidades de organismos de gobierno son similares a los utilizados en las publicidades de la campaña del partido”. Asimismo, mediante la utilización de la “publicidad de actos de gobierno que [...] contienen elementos que implícitamente o encubiertamente convocan al apoyo de los candidatos que pertenecen a dicho partido” se vulnera el derecho de “libre expresión, en condiciones de equidad, de las demás fuerzas políticas [...] en época electoral” y se “dificulta el acceso a [...] cargos electivos por parte de [...] personas o fuerzas políticas [...] distintas de aquellos que actualmente ocupan cargos”. [39]

Finalmente, luego de un extenso desarrollo de la cuestión, la Cámara Electoral Nacional considera que el término “expresamente” establecido en la norma transcrita, no admite margen alguno en favor de la interpretación del demandante. Lo que alega el Tribunal es que, si bien entiende que hay circunstancias que pueden significar una ventaja para los candidatos del partido en ejercicio del gobierno -nacional, provincial o municipal-, una hipotética declaración de inconstitucionalidad del artículo 64 quáter no generaría una real solución al problema de la publicidad oficial.[40]

Consecuentemente, lo que decide el Tribunal es requerirle al Congreso de la Nación “que revise 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.”[41]

En este orden de ideas, en el momento en que se debatía en el Congreso de la Nación la ley 26.571, las fuerzas políticas opositoras habían denunciado la falta de regulación con respecto a la publicidad oficial, luego requerida por la Cámara Nacional Electoral en la causa antes analizada.

En la Cámara de Diputados se expresó el hecho de que “Más allá de lo que se establece en estos artículos, que son restrictivos a la publicidad privada[42] -de alguna manera lo compartimos, porque está bien que se iguale la situación mediante algún sistema de distribución pareja con los partidos que no tienen recursos para emitir publicidad-, no nos parece correcto que ninguna parte del proyecto busque regular la publicidad oficial. Un gobierno que gasta 622 millones de pesos en un semestre durante una campaña electoral - como ocurrió en el primer semestre de este año con vistas a la elección del 28 de junio-, está diciendo que busca restringir las posibilidades del resto de los partidos políticos. Por lo tanto, la falta de regulación sobre la publicidad oficial vuelve a esta iniciativa doblemente gravosa.”[43]

El problema -y la injusticia- que subyace es que “mientras los partidos deban estar sujetos a esta normativa y solo pueden utilizar los espacios de publicidad que le permita el Estado, el gobierno (y cualquier gobierno que sea) tiene la oportunidad de hacer publicidad oficial, y que eso tenga influencia sobre el voto.”[44]

Esta cuestión también fue tratada por la Cámara Electoral Nacional en un fallo de 2011 que surge a partir del pedido de un conjunto de diputados y senadores para que el Poder Judicial dispusiera el cese de la difusión de un corto publicitario denominado “Nunca menos”, emitido en el programa de televisión “Fútbol para Todos”. [45]

En el fallo, el Tribunal cita a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado 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.” [46]

Este caso pone nuevamente de manifiesto las dificultades que se presentan a la hora de establecer sanciones ante una violación de los tiempos legales de campaña relacionados con la publicidad oficial.

En primer lugar, para el momento en que el caso llega al Tribunal, la cuestión planteada había devenido abstracta porque había cesado la emisión de dichos avisos. Es entonces que el Tribunal señala lo que ya había sido declarado en otros casos acerca de la improcedencia de definir en abstracto qué mensajes o qué comunicaciones tienen entidad para “promover la captación del sufragio.”[47]

Asimismo, otra dificultad que resalta el Tribunal es determinar la capacidad de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus destinatarios. En este sentido, destaca que no 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, sin embargo reconoce “el desafío de trazar la forzosamente lábil línea divisoria entre los mensajes prohibidos por la ley y aquellos que no lo están.”[48]

#### **El financiamiento de las campañas electorales** [arriba] -

Tanto en la denuncia del Partido Socialista como en la Audiencia convocada al efecto, se manifestó la cuestión del financiamiento como uno de problemas que se deriva de la realización de acciones tendientes a captar el sufragio por fuera de los plazos legales y sin ningún tipo de contralor. A las limitaciones temporales se le agregan las limitaciones al financiamiento y, en especial, al tope máximo de gastos permitido.

Específicamente, se planteó “(...) la elusión de todo control toda vez que el propio pre candidato puede, obteniendo fondos fuera del partido, sostener su campaña eludiendo la regulación propia de la campaña electoral legal y, por ende, sorteando todo control al no rendir cuentas ni de los montos ni del origen de los fondos destinados a sufragar sus gastos electorales.”[49]

Con respecto al financiamiento de las campañas electorales, Daniel Zovatto explica el crecimiento exponencial de los gastos político-electorales de los últimos años a partir de tres factores: 1) la demanda creciente por llevar a cabo campañas electorales cada vez más costosas, fundamentalmente por el elevado costo de acceso a los medios de comunicación; 2) la notoria disminución de los aportes de los afiliados; y 3) la debilidad de los mecanismos de control y supervisión en el manejo de los recursos financieros por parte de los partidos y los candidatos. Como consecuencia de este fenómeno “Se ha ido abriendo así, paulatinamente, la puerta al financiamiento ilegal, al predominio cada vez mayor de fuertes grupos económicos, al tráfico de influencias y al flagelo del narcofinanciamiento.” [50]

La Cámara Electoral Nacional ha dicho en diversos fallos que, como mecanismo tendiente a paliar la frecuente desigualdad entre los partidos políticos así como también protegerlos frente a las presiones corporativas que podrían derivarse de su dependencia financiera, “se han desarrollado 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.”[51]

En este complejo panorama, la ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (26.215) y su reforma operada a través de la ley 26.571, establece un tipo de financiamiento que comprende tanto aportes estatales como privados, así como también profundiza los mecanismos de control de gastos y origen de los fondos destinados a las campañas electorales, con el objetivo de transparentar el financiamiento de la política y promover equidad y transparencia al proceso electoral.

La actual legislación prohíbe las donaciones anónimas y de personas jurídicas a la campaña electoral (art. 44 bis), así como también establece un límite a los gastos de campaña (art. 45). Asimismo, el artículo 58 establece que los partidos deberán presentar un informe de campaña con los gastos y la identificación de los aportantes y su contribución, 90 días después de finalizada la campaña. Estas medidas se complementan con la prohibición de la contratación privada de espacios de publicidad en los medios de comunicación audiovisual y su distribución por parte de la Dirección Nacional Electoral.

Apoyándose en esta normativa, el Partido Socialista solicita en su demanda la realización de una auditoría que determine los montos destinados a financiar los actos de campaña electoral llevados a cabo desde comienzos de 2014 (y específicamente los destinados a cartelera en vía pública), así como su origen y la titularidad de sus aportantes. A su vez, solicita que se especifique si los montos y/o la identidad de los aportantes han sido registrados como establece la ley y si violan lo establecido por la normativa. Finalmente, requiere que “los gastos de campaña que se determinen [sean] imputados a los fondos de campaña que legítimamente le correspondería percibir en el año 2015 a la agrupación política que proponga al precandidato en sus listas electorales.”[52]

En otras palabras, se considere a la cartelera denunciada como “campaña” o no, se solicita que, a fin de preservar los principios de igualdad y transparencia electoral, se computen dichas erogaciones dentro de los límites a los gastos de campaña.

La cuestión se vuelve más compleja cuando se advierte que buena parte de la cartelera denunciada se trata de aquellos avisos ambiguos donde no es fácil determinar si es publicidad del candidato/partido o de gestión institucional. Si fuera claramente institucional se solventaría con fondos del respectivo presupuesto oficial; si fuera publicidad electoral debería sostenerse con fondos partidarios; si bajo la aparente institucionalidad se esconde la campaña ¿se están usando indebidamente fondos públicos? O, si lo que se pretende son ambos propósitos: ¿está permitido? ¿cómo se deslinda uno y otro a los fines de analizar la legalidad de su financiamiento?

## **Conclusión** [arriba] -

Luego de analizar la demanda del Partido Socialista a la luz de la normativa y la jurisprudencia, se advierte la tensión entre la paulatina profundización de las restricciones y

la cada vez mayor anticipación de la publicidad de campaña electoral. Tal como analiza Lauga, esta es una tendencia que se presenta en toda América Latina.[53]

En nuestro país, la ley 26.571 ha avanzado sobre las disposiciones de la ley 25.611. Sin embargo, parecería que cada campaña anticipa su inicio respecto a la anterior.

En todo caso, el cumplimiento de las leyes depende de la existencia de un efectivo sistema de control. La Cámara Nacional Electoral ha desarrollado y sigue extendiendo un sistema de auditorías sobre la publicidad gráfica, radio, TV, e internet[54] sumado a que, conjuntamente con las respectivas secretarías electorales, revisa todas las rendiciones partidarias.

Resulta fundamental que la justicia electoral ejercite una verdadera fiscalización sobre los partidos políticos y su accionar, partiendo de la base de que una campaña electoral es una lucha en la que se determina la distribución del poder político y, por lo tanto, es una instancia fundamental de la vida democrática. Tal como lo explican Jesús Orozco y José Woldenberg: "los jueces electorales deben asegurarse de que las leyes relacionadas con el proceso electoral sean puestas en práctica imparcialmente y de manera equitativa, dentro del marco legal del país, y asegurarse de que partidos políticos, candidatos, votantes y otros participantes en el proceso electoral sean tratados en forma justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso."[55]

Pero, evidentemente, las reformas legales y el control que acarrearán son poco eficaces si no van de la mano de un cambio en los valores y en las conductas. Y aquí se traslada la cuestión a la arena política.

Siempre es bueno recordar la "ética de la responsabilidad" que Max Weber consideraba inherente a la acción pública: el político tiene que pensar su accionar teniendo en cuenta las consecuencias que pueda generar en los otros, por eso resulta un valor tan fundamental para la vida democrática.

En sus palabras: "Sólo hay dos pecados mortales en el campo de la política: la carencia de finalidades objetivas y la falta de responsabilidad que no siempre, pero sí muy a menudo, coincide con aquél. La vanidad, la excesiva ambición de aparecer lo más posible en primer plano, es lo que más induce al político a cometer uno de esos dos pecados y hasta los dos al mismo tiempo [...] En cuanto a su falta de responsabilidad, ello lo conduce a disfrutar del poder por el poder, sin tener presente su finalidad."[56]

- 
- [1] María Cristina Girotti, abogada, Profesora UBA; Laura Monzón, estudiante Ciencia Política UBA, ayudante de cátedra UBA.
- [2] Causa “Denuncia infracción leyes 19.945 y 26.571, solicita cese de publicidad electoral”, presentada por el Partido Socialista Orden Nacional con la firma de su Secretaria diputada Alicia Ciciliani y su apoderada María Elena Barbagelata.
- [3] Incidente “Auditoría de Medios en la Vía Pública” iniciado el 27 de octubre de 2014, Secretaría Electoral del Juzgado Federal de Paraná, Entre Ríos. Exp. Nro. 9320/14.
- [4] Lauga, M. (1998): “La campaña electoral en América Latina: propaganda, período, prohibiciones”, en Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. México: Fondo de Cultura Económica de México. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12231.pdf>.
- [5] Fara, C. (2002): “Características del electorado argentino”, pág. 72, en Acciones para una buena comunicación en campañas electorales. Cap. I. Buenos Aires: Konrad-Adenauer. Disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/11592-1442-1-30.pdf>
- [6] Lauga, M. (1998): “La campaña electoral en América Latina: propaganda, período, prohibiciones”, en Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. México: Fondo de Cultura Económica de México. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12231.pdf>
- [7] Radunski, Peter, “La campaña electoral como forma de comunicación política”, en Partidos Políticos en la democracia, Konrad-Adenauer-Stiftung, Ed. CIEDLA, 1995, p. 524, en “Fiscalía Federal N° 1 con competencia electoral s/fórmula denuncia por presunta violación del art. 29 bis de la ley 23.298”, sentencia del 17 de julio de 2003, FALLO N° 3181/2003.
- [8] Ídem.
- [9] Art. 31 de la ley 26.571.
- [10] Art.64 bis del Código Electoral Nacional.
- [11] Se trata del color naranja que identifica institucionalmente a la Provincia de Buenos Aires durante la gestión del Gobernador Daniel Scioli y que está siendo usado como símbolo de su candidatura presidencial.
- [12] Téngase en cuenta que el art. 64 bis al definir campaña se refiere a “candidatos”; término que también plantea ambigüedades.
- [13] Ídem.
- [14] Fara, C. (2002): “Características del electorado argentino”, pág. 48, en Acciones para una buena comunicación en campañas electorales. Cap. I. Buenos Aires: Konrad-Adenauer. Disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/11592-1442-1-30.pdf>.
- [15] CNE “Fiscalía Federal N° 1 con competencia electoral s/fórmula denuncia por presunta violación del art. 29 bis de la ley 23.298”, sentencia del 17 de julio de 2003, FALLO N° 3181/2003, disponible en <http://www.pjn.gov.ar/jurisprudencia2/>
- [16] Esta elección se aplicaba una normativa distinta, aunque con semejanzas: las internas abiertas y simultáneas previstas en la ley 25.611. En el fallo “Salvatierra, José Luis s/promueve acción de amparo c/Poder Ejecutivo Nacional” la jueza Servini de Cubría declaró su inconstitucionalidad, por lo que finalmente no se llevaron a cabo. La ley fue derogada en diciembre de 2006.
- [17] Adviértase que en esta redacción el art.64 bis habla de “candidatos oficializados”, mientras que en la actual solo se refiere a “candidatos” o “terceros”, y en la ley 26.571 de PASO de “precandidatos”
- [18] Ídem.
- [19] La normativa por entonces vigente establecía el inicio de la campaña 60 días (legisladores) y 90 días (fórmula presidencial) antes del comicio; en cambio, la oficialización de las candidaturas se realizaba en cualquier momento desde la convocatoria a elecciones hasta 50 días antes. Actualmente, el inicio de la campaña es el mismo para legisladores como para fórmula presidencial (30 días antes de las PASO y 35 antes de la elección general).
- [20] Si bien aún no hay convocatoria a elecciones nacionales, el Código Electoral dispone la

realización de las PASO el segundo domingo de agosto (9/7/2015); por lo que la campaña debería empezar el 10/07 (30 días antes, según el art. 31 de la ley 26.571)

[21] Esta ley, modificatoria del Código Electoral Nacional, fue sancionada en el año 2002 y - entre otras modificaciones- agregó los artículos 64 bis (qué es campaña y su duración), 64 ter (limitación a la publicidad en los medios de comunicación) y 64 quáter (publicidad de los actos de gobierno)

[22] Dictamen del diputado Urtubey, en fallo citad

[23] Ídem

[24] CNE, "Fiscalía Federal N° 1 con competencia electoral s/fórmula denuncia por presunta violación del art. 29 bis de la ley 23.298", sentencia del 17 de julio de 2003, FALLO N° 3181/2003.

[25] Badeni, Gregorio, Tratado de Libertad de Prensa, 1° ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 17, en fallo citado.

[26] Diccionario Electoral, IIDH, Costa Rica, 2000, T.I, en fallo citado.

[27] CNE, "Fiscalía Federal N° 1 con competencia electoral s/fórmula denuncia por presunta violación del art. 29 bis de la ley 23.298", sentencia del 17 de julio de 2003, FALLO N° 3181/2003.

[28] La negrita no está en el original.

[29] Ídem.

[30] Art.64 ter CEN (s/ley 26571): "La prohibición comprenderá la propaganda paga de imágenes y de los nombres de los candidatos a cargos electivos nacionales, ejecutivos y legislativos, en los medios masivos de comunicación (televisión, radio, internet), vía pública, medios gráficos, telefonía móvil y fija, publicidad estática en espectáculos deportivos o de cualquier naturaleza, así como también la publicidad alusiva a los partidos políticos y a sus acciones..."

[31] Causa "Fiscal Federal Electoral- Actuaciones por infracción al art.64 ter del Código Electoral Nacional"; Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal, Sala B 29/10/2012, donde se ventila cartelera electoral previa a la elección 2009.

[32] Ídem.

[33] Informe anual 2010 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, pág. 379. [http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA\\_2010\\_ESP.pdf](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf)

[34] Ídem.

[35] Informe Anual 2010 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, pág. 380. [http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA\\_2010\\_ESP.pdf](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/RELATORIA_2010_ESP.pdf)

[36] Art. 64 quáter CEN: Durante la campaña electoral, la publicidad de los actos de gobierno no podrá contener elementos que promuevan expresamente la captación del sufragio a favor de ninguno de los candidatos a cargos públicos electivos nacionales. El artículo prohíbe en forma expresa la realización de todo acto de gobierno (actos inaugurales de obras públicas, lanzamiento de planes, proyectos o programas de alcance colectivo), quince días antes de la realización de las elecciones primarias y generales.

[37] Por ejemplo, un cartel naranja que reza "Buenos Aires, activa como nunca" u otro que sugiere "Unite a Vicente López Patrulla"

[38] CNE, "Asociación por los Derechos Civiles y otros s/acción de amparo c/Estado Nacional", sentencia del 6 de agosto de 2013, FALLO N° 5053/2013. Disponible en <http://www.pjn.gov.ar/jurisprudencia2/>

[39] Ídem.

[40] Ídem.

[41] Ídem.

[42] Vale aclarar que a partir de la ley 26.571 se prohíbe la contratación privada de espacios de publicidad en los medios de comunicación audiovisual para la transmisión de publicidad electoral (art. 34) Los espacios de publicidad electoral en aquellos medios, serán sorteados públicamente y la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior los distribuirá entre los partidos políticos (art. 35). Se otorgarán el 50% de los espacios entre todos los partidos

políticos y el 50% restante en forma proporcional a la cantidad de votos obtenidos en la elección general anterior de diputados nacionales (ley 26.215, art. 43)

[43] Intervención de la Diputada Nacional Giudici en el debate parlamentario de la ley 26.571 (18/11/2009) Disponible en:

<http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/reunion.asp?p=127&r=18>

[44] Cacace, A. 2011. Conferencia "Reflexiones sobre la ley 26.571 (Reforma Política) y Elecciones P.A.S.O." Universidad Nacional de San Luis. Disponible en:

[http://www.alejandrocacace.com/uploads/4/3/1/5/4315141/conferencia\\_ley\\_de\\_primarias\\_alejandro\\_cacace.pdf](http://www.alejandrocacace.com/uploads/4/3/1/5/4315141/conferencia_ley_de_primarias_alejandro_cacace.pdf)

[45] CNE, "18.773/2011 U.C.R. y otros c/E.N.-J.G.M.-S.C. s/amparo Ley 16.986", sentencia del 20 de octubre de 2011, FALLO N° 4734/2011. Disponible en

<http://www.pjn.gov.ar/jurisprudencia2>

[46] Informe Anual 2010, pág. 354, en fallo citado.

[47] CNE, "18.773/2011 U.C.R. y otros c/E.N.-J.G.M.-S.C. s/amparo Ley 16.986", sentencia del 20 de octubre de 2011, FALLO N° 4734/2011. Disponible en

<http://www.pjn.gov.ar/jurisprudencia2>

[48] Ídem.

[49] Causa "Denuncia infracción leyes 19.945 y 26.571, solicita cese de publicidad electoral", presentada por el Partido Socialista Orden Nacional.

[50] Zovatto, D. (2007) "El financiamiento electoral: subvenciones y gastos", en Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Heidelberg. México: Fondo de Cultura Económica.

[51] Diccionario Electoral, IIDH, Costa Rica, 2000, T.I, en "José Manuel de la Sota s/queja", sentencia del 17 de diciembre de 2002, FALLO N° 3071/2002.

[52] Causa "Denuncia infracción leyes 19.945 y 26.571, solicita cese de publicidad electoral", presentada por el Partido Socialista Orden Nacional.

[53] Lauga, M. (1998): "La campaña electoral en América Latina: propaganda, período, prohibiciones", en Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina. México: Fondo de Cultura Económica de México. Disponible en:

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/12231.pdf>

[54] Puede consultarse la página web oficial: [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar), [cne.gov.ar](http://cne.gov.ar).

[55] Orozco, J.y Woldenberg, J. "Ética y responsabilidad en el proceso electoral" en Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Heidelberg. México: Fondo de Cultura Económica.

[56] Weber, M. (1918) El político y el científico. Disponible online:

<http://www.hacer.org/pdf/WEBER.pdf>