

Expte. n° 12138/15
"Magioncalda, José Lucas s/
denuncia"

Buenos Aires, 22 de abril de 2015

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. El señor José Lucas Magioncalda, invocando su calidad de elector de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos de lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 268 presentó una denuncia contra el precandidato a Jefe de Gobierno Horacio Rodríguez Larreta por violación de normas electorales y solicitó que se le aplicase la máxima sanción de 2 a 6 años de inhabilitación para el ejercicio del derecho a elegir y ser elegido y para el desempeño de cargos públicos.

Relató que el día 9 de abril de 2015, en horas de la mañana había recibido de manos de una persona vestida de amarillo, en la estación de subte Lacroze de la línea B, un volante que contenía fotos del subterráneo y de las obras realizadas, en el que predominaba el color amarillo del partido del gobierno de la Ciudad y contenía una foto del precandidato a jefe de gobierno conjuntamente con el Jefe de Gobierno, Mauricio Macri. Señaló que la presencia de esa foto y los colores partidarios promocionando una obra del gobierno resultaba una "promoción ilícita del precandidato antes mencionado" y constituía "un aporte de campaña ilegal, efectuado desde el estado, a favor de dicho precandidato" (fs. 2 vta.).

Fundó la denuncia en lo dispuesto en los arts. 3°, 7° y 22 de la ley 268. Acompañó un ejemplar del volante original, ofreció prueba y pidió que se impusiera al denunciado la sanción prevista en la norma vigente.

2. A fs. 6/13 dictaminó el Fiscal General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas, propiciando la desestimación de la denuncia por no constituir los hechos denunciados "un ilícito a la ley" (fs. 13).

Fundamentos

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. El Tribunal es competente para conocer en el asunto de conformidad con lo establecido por el art. 113, inc. 6º, de la Constitución de la Ciudad y el artículo 45 de la ley 4894.

2. El art. 3 de la ley n° 268 establece que “durante la campaña electoral y hasta finalizado los comicios, el Gobierno de la Ciudad no podrá realizar propaganda institucional que tienda a inducir el voto. Asimismo no puede promocionarse candidatura alguna con motivo o en ocasión de actividades oficiales”.

Conforme lo dije en otra oportunidad, “Si bien de ordinario el verbo “tender”, que emplea, contiene alguna referencia a la voluntad dirigida a un fin, es obvio que no debe interpretarse literalmente en este caso, puesto que el sujeto al que está vinculado es “la propaganda institucional”, esto es, un ente que carece de voluntad. Consecuentemente, la acción de “tender” sólo puede ser concebida como la posibilidad de producir efectos y no la de conducir acciones. A su vez, la inducción al voto que figura no es la dirigida al gobernante que se candidatea sino a cualquier influencia que la propaganda pueda tener en la formación de la voluntad del elector. En otras palabras, lo que el artículo 3 busca eliminar es la influencia de cualquier especie que la propaganda institucional del Gobierno de la Ciudad pueda tener sobre el electorado. Podría, por cierto, operar aun cuando el gobernante no fuera candidato, aunque el que ahora nos ocupa sea su supuesto más evidente. Sin importar en qué sentido se pueda desviar la voluntad de los votantes, el art. 3 se preocupa por que las comunicaciones de Gobierno no tengan la capacidad de empujar la decisión del electorado en ningún sentido.

La previsión contenida en dicho artículo debe ser leída con cuidado, puesto que la facultad que acuerda al Tribunal debe ser ejercida en un escenario del que participan los candidatos, dotados de la libertad de expresión, y el Gobierno de la Ciudad, cuya facultad de comunicación ejerce al amparo del principio de división de poderes, es decir que, a su respecto, el control que el Tribunal puede hacer está limitado por la autorestricción que pesa en general sobre todos los jueces y, en particular, por las competencias que le son específicas, previstas, en este caso, en el art. 3 de la ley 268. Esta cautela viene potenciada por la ausencia de límites precisos como, por ejemplo, el que existe en el art. 64 quater del Código Nacional Electoral (modificación introducida por la ley nacional n° 25.610) que prohíbe inaugurar obras públicas dentro de los 7 días anteriores a la fecha de los comicios. Ese margen de discrecionalidad otorgado a la administración ha sido ejercido, según revelan procesos electorales de todas las jurisdicciones y épocas desde el recupero de la democracia, con entusiasmo expansivo por los mandatarios del pueblo. En ese contexto, se hace difícil para el juez llenar conceptos jurídicos indeterminados, como los que emplea la ley 268, al igual que otras de su especie vigentes en otras jurisdicciones, puesto que a la complejidad que tiene interferir con el desarrollo de toda función administrativa se suma la repercusión que ineludiblemente tiene en la campaña la decisión de aplicar una competencia como la del art. 3 del régimen que nos ocupa. Si fuera posible eliminar una propaganda estatal de una campaña sin que la eliminación fuera notada por el público, como ocurriría si hubiera un control preventivo de la autoridad electoral, la medida del art. 3 cumpliría tan sólo la finalidad de asepsia para cuya consecución está diseñada. Pero si, por el contrario, la medida de la autoridad electoral aparece como la reprobación de una conducta o el triunfo de una corriente de opinión o partido político sobre su adversario, el conocimiento de dicha medida por el público probablemente tendrá una incidencia en el voto que no es la querida por el art. 3 comentado sino, en todo caso, una que se opone a su finalidad. No se trata de la incidencia que, natural y justificadamente, tendría en el

voto el conocimiento que el electorado adquiriera de una inconducta de un candidato, puesto que el art. 3 no está para calificar conductas personales, aunque podría operar para neutralizar sus efectos. Me parece que son estas razones las que podrían explicar la ausencia de una jurisprudencia rica en una materia que muestra numerosos supuestos de hecho a cuyo respecto podría haberse resuelto un planteo de la especie que nos ocupa. Hay que reconocer que, en estas condiciones, los gobernantes no saben estrictamente a qué atenerse. (conf. Expte. 5309 “Hernández Natalia s/ amparo”, del 17/05/07).

3. En el caso, la propaganda que se cuestiona, que se atribuye al Gobierno de la Ciudad, permite apreciar que tiene un contenido que puede ser encasillado dentro de los que son habituales en la comunicación del gobierno hacia los gobernados. Sin embargo, ni la inclusión de la fotografía del precandidato a Jefe de Gobierno junto con el Jefe de Gobierno y la frase “Seguimos trabajando para que llegues mejor a donde quieras ir...”, ni el contenido mismo del volante aparecen como necesarios para suministrar información al usuario del servicio mientras que podrían incidir en el votante, al menos como recordatorio, en el mismo sentido en que se espera que lo haga una buena parte de la propaganda de una campaña electoral. La única información útil consistente en la indicación de las distintas líneas de subterráneo y sus estaciones no se vincula con el contenido del volante, ni este último resulta necesario para la referida información.

4. Las circunstancias apuntadas, aunque no alcanzan para tener por configurado el presupuesto establecido en el art. 3º de la ley 268, en tanto no resulta claro que tenga por finalidad “inducir el voto sugieren la conveniencia de ordenar una medida que se limite a una solución de higiene para la campaña, ordenando al Gobierno de la Ciudad que retire los volantes cuestionados de la circulación en la vía pública, hasta una vez ocurridos los comicios en que pueden impactar.

5. Las restantes imputaciones que formuló el denunciante contra Horacio Rodríguez Larreta relativas a la recepción de “aportes públicos” para su campaña electoral a través de los volantes cuestionados, carecen de sustento en atención a que, como se dijo, no logró demostrar que efectivamente hubiesen sido utilizados para fines distintos de los de promoción de actos de gobierno.

La juez Inés M. Weinberg dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Luis Francisco Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Coincido con la solución propuesta por el juez Lozano, en virtud de las razones que brinda en el punto 3 de su voto al que adhiero.

Los jueces Ana María Conde y José Osvaldo Casás dijeron:

Coincidimos con el análisis efectuado por el juez de trámite, que estimamos correcto y acorde con la interpretación de la norma prevista en el art. 3° de la ley n° 268 que expusiéramos en una causa similar (conf. nuestros respectivos votos en el expte. n° 5309, “Hernández, Natalia s/amparo”, resolución de fecha 17 de mayo de 2007).

En consecuencia, adherimos a la solución que propicia el voto preopinante.

Así lo votamos.

Por ello, oído el Sr. Fiscal General Adjunto,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Desestimar la denuncia formulada por el Sr. José Lucas Magioncalda a fs. 1/3 vta.

2. Ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que retire los volantes cuestionados de la circulación en la vía pública, hasta una vez ocurridos los comicios en que compita el Sr. Jefe de Gabinete Horacio Rodríguez Larreta.

3. Mandar que se registre, se notifique, se comuniqué mediante oficio al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y se archive.

Firmado: Lozano. Ruiz. Casás. Conde. Weinberg.