

## **Síntesis del caso Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas y otro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**

*Por Emiliano Delio*

Por la ley 268 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) se prohibió, a fines de 1999, la transmisión de las encuestas en boca de urna 3 horas después del comicio y 48 horas antes, por parte de los licenciarios de radiodifusión (radio y televisión).

“Artículo 5º - Desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres (3) horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales.”

Pero la Asociación de Teleradiodifusoras Argentina (ATA) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (ARPA) pidieron la declaración de inconstitucionalidad de ese artículo de la ley. Primero se presentaron antes varios jueces nacionales de la ciudad que se declararon incompetentes. Entonces fueron ante el Tribunal Superior de Justicia de la CABA y como no consiguieron la declaración, promovieron un recurso extraordinario ante la Corte de Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Una vez otorgado, la CSJN en 2005, confirmó que era constitucional la norma, en un fallo dividido.

### **Hechos que antecedieron a la sanción de la ley**

La ley 268 fue sancionada en noviembre de 1999 por la Legislatura de la CABA, que regulaba las campañas electorales (con sus gastos, los aportes públicos y privados, con su control y las sanciones pertinentes).

El 24 de octubre se habían realizado elecciones nacionales presidenciales y en distintas provincias, a gobernador, como la de Buenos Aires. En un partido de esa provincia, La Matanza, también se elegía intendente. Los principales candidatos fueron Alberto Balestrini (del Partido Justicialista, PJ) y Lidia `Pinky` Satragno (de la Alianza UCR-Frepaso).

Luego de casi una década de gobiernos justicialistas; la ilusión de la victoria de Fernando De la Rúa como presidente de la nación, era que ese resultado se estaba reproduciendo en casi todos los distritos, como la provincia, e inclusive el partido de La Matanza, donde el PJ había sido imbatible desde el retorno a la democracia en 1983.

Así lo constataban las encuestas a boca de urna. Cuando se había dado por finalizada la hora formal del comicio, a las 18, proclamaban los canales de

televisión de la Capital Federal, con diferencia de pocos segundos, el triunfo de Lidia Satragno.

Entonces, la ex conductora devenida en candidata, conocida popularmente como Pinky, se proclamó ganadora. Dedicó el triunfo a su madre y arengó a sus seguidores ante la TV. La ilusión produjo la algarabía de sus militantes políticos, que con cascos obreros con la leyenda Pinky, repartidos por Oscar Demelli (quien interpretara en los 70 a la Momia en un programa de lucha libre) salieron a festejar el triunfo por las calles de la ciudad cabecera del partido, San Justo.

Sin embargo las cifras oficiales no decían lo mismo, provocando el malestar entre los seguidores de Balestrini. La Junta Electoral de la provincia de Buenos Aires hablaba de 3% de ventaja por parte del dirigente justicialista. Cuando las cifras era irreversibles, Pinky debió reconocer la derrota a medianoche ante las cámaras.

Sin embargo, en las calles de San Justo, la policía debía dispersar a manifestantes de ambos bandos que se habían enfrentado, insultándose y llegando en muchos casos a las agresiones físicas y arrojado de piedras; por defender la victoria de su líder, frente a los supuestos impostores que querían arrebatárles el triunfo refrendado por las urnas o la televisión.

Otro error de las bocas de urna de esa jornada fue la de adjudicarle el triunfo a la candidata a gobernadora de la Alianza, Graciela Fernández Meijide; que debió informar su fracaso también a la medianoche. De esta forma, las encuestas a boca de urna transmitidas por televisión se habían equivocado en la Argentina, aunque desde 1983 eran muy confiables.

El reconocimiento a los verdaderos vencedores en la compulsa democrática, en este caso justicialistas, ocurría pasadas las 12, cuatro horas después de terminado el comicio y con las cifras oficiales de la Junta Electoral.

### **Asociación de Teleradiodifusoras Argentina (ATA) y la Asociación de Radiodifusoras Privadas Argentinas (ARPA)**

La ATA y la ARPA son cámaras empresarias que agrupan a los licenciarios privados de televisión y radio, así como también a aquellos que comercializan programas, suministros y servicios.

Ambas asociaciones, en una acción de amparo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, argumentaron que el artículo 5 de la ley 268, (la prohibición de la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio de los resultados de encuestas electorales, desde las cuarenta y ocho horas anteriores hasta tres horas después) era

inconstitucional, ya que violaba los artículos 14, 31 y 32 de la Constitución Nacional (CN), así como también el artículo 12 inciso 2 de la Constitución de la Ciudad.

Los dos argumentos principales fueron los siguientes: "la legislatura porteña habría excedido el ámbito de sus competencias, e ingresado en un terreno que como el de la radiodifusión, compete al gobierno federal; por el otro, porque se estarían violando derechos constitucionales básicos como la libertad de expresión o de prensa"

El artículo 31 establece que la Constitución es la ley suprema de la Nación sobre las legislaciones de las provincias. Y la ley local de la CABA, no respeta jerarquías y avanza sobre el régimen federal de radiodifusión (ley 22.285).

El artículo 14 de la CN garantiza publicar y difundir las ideas por la prensa sin censura previa. Y prohibir una encuesta a boca de urna, antes de difundirla, sería ejercer la censura previa.

El artículo 32 garantiza que no habrá leyes que restrinjan la libertad de imprenta. En este caso, la Legislaturas de la CABA, habría restringido la libertad de prensa.

En consecuencia, ATA y ARPA, alegaron que la ley 268 era particularmente grave para el funcionamiento del Estado democrático.

### **Tribunal Superior de Justicia**

Llegada la presentación al Tribunal Superior de Justicia de la CABA, manifestó "que no se verifica un avance de la Legislatura sobre las prerrogativas exclusivas del gobierno federal en materia de radiodifusión si se atiende a la diferencia de objetos de las leyes 22.285 y 268".

Una de las competencias del Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo a la Constitución de la Ciudad (establecido en artículo 113), es la de estudiar la invalidez por inconstitucionalidad de leyes o decretos del Gobierno de la Ciudad.

Agregó que la interrupción de la difusión de encuestas era por un breve período de tiempo, y que luego de ese lapso si podían compararse con los resultados oficiales. Destacó, en relación a las tres horas posteriores del cierre de la votación, que se trataba de evitar la tensión que podría generarse entre los militantes y adherentes de los distintos partidos, al reivindicar su victoria.

Frente a la respuesta a la demanda de ATA y ARPA, interpusieron un recurso extraordinario. Analizado por el procurador general de la nación, Nicolás Becerra, lo remitió a los ministros de la Corte Suprema en 2002. El recurso extraordinario fue concedido parcialmente por que existía cuestión federal (ley de radiodifusión) pero se rechazó respecto a la arbitrariedad de la ley 268.

### **Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)**

A la CSJN le llegó la demanda de ATA y ARPA por la vía de recurso extraordinario para que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 5 de la ley 268.

Sin embargo la CSJN analizó el caso y dijo que la ley federal de radiodifusión (vigente hasta 2009) no prohíbe a la Ciudad de Buenos Aires legislar sobre sus elecciones locales, materia que es de su exclusiva competencia, de acuerdo a los artículos 5 y 129 Constitución Nacional y artículo 82 de la Constitución Ciudad de Buenos Aires.

Que el artículo 5 de la ley 268 busca dos objetivos diferenciados en cuanto a la prohibición antes y después del acto electoral.

“10) Que en cuanto a la primera limitación establecida por la ley 268 cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio, cabe concluir que dicha restricción es constitucional pues lo que la ley busca amparar es el espacio óptimo de reflexión que todo elector debe tener antes de emitir su voto. A ello cabe agregar que la información sobre las tendencias electorales de la ciudadanía puede circular libremente durante los días y meses previos a la fecha del acto comicial, durante la campaña y sólo se la restringe por el breve lapso de 48 horas. 11) Que en relación a la prohibición de difundir la información en las horas inmediatamente posteriores al cierre del acto electoral, esta Corte entiende que tal restricción es constitucional. 12) Que al contestar el traslado de la demanda de amparo, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires señaló que, en referencia a la ley cuestionada, el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública que debe poseer el electorado a fin de emitir su voto conforme dictámenes de su propia conciencia, sin influencia externa de ningún tipo, y sin que nadie pueda inducir su inclinación por partido político determinado (...)”

Además la CSJN, leyendo el diario de sesiones (el debate parlamentario transcrito en la sanción de la ley) de la Legislatura, tomó las palabras de Suárez Lastra; que jerarquizó el derecho al ejercicio de una libre elección por sobre el ejercicio ilimitado de la libertad de expresión.

Por otro lado, consideró que a las 18, horario del cierre del comicio, en muchos casos había personas que no había emitido su voto y en la fila, aguardaba para hacerlo. Y que las encuestas a boca de urna podían interferir en sus decisiones por tales o cuales candidatos.

Además, la prohibición de la transmisión de boca de urna tres horas posteriores al cierre, buscaba evitar la reivindicación de candidatos ganadores a base de datos que luego podían resultar erróneos. Se tomó como ejemplo la doctrina de los Estados Unidos, donde también se reguló y prohibió el *exit poll* por un breve período de tiempo.

La norma busca evitar que se transmitan informaciones contradictorias y confusas, que podían generar tensiones innecesarias, si se contradecían con los resultados de "boca de urna" difundidos. El laberinto entre información y lo que podían ser meras especulaciones, finalmente daba menor credibilidad a la información oficial real final.

En consonancia con la norma, en la ley electoral nacional hay numerosas prohibiciones (artículo 71) para evitar conmociones innecesarias. Estas son la de realizar toda clase de reuniones públicas aunque no tengan que ver con el acto electoral, así como también espectáculos masivos en recintos cerrados o al aire libre, fiestas teatrales, deportivas o de usar banderas, divisas y otros distintivos. Todas estas expresiones están amparadas por la libertad de difundir información y el derecho de reunión, pero por solo tres horas están prohibidas. Inclusive el expendio de bebidas alcohólicas para el consumo privado.

Además la ley 268 de la CABA apunta más a una restricción temporal que de contenido. "18) Que tampoco puede catalogarse a la prohibición en cuestión como una regulación del mensaje basada en su contenido. Es que la norma apunta más a una restricción temporal que de contenido, puesto que en cuanto al mensaje en sí, la prohibición es neutra pues se prohíbe cualquier encuesta en boca de urna, independientemente de su resultado, y con independencia de su afiliación a un partido o a determinados encuestadores. Y tan neutra es esta prohibición, que ese mismo día del acto electoral, se prohíben durante el mismo período otras actividades"

Finalmente la CSJN argumenta en base a fallos anteriores, que el derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades y restricciones. Tiene que ver con el principio de generalidad, por el cual si bien se reconoce a los sujetos y medios como universales, dentro de los mensajes hay ciertas restricciones.

Así, la norma de acuerdo a la Corte es constitucional, ya que no se prohíbe la posibilidad de investigar y recoger información para ser difundida en el medio que el encuestador estime más conveniente, sino que se limita su

difusión por un breve período de tiempo. La CSJN en 2005 desestimó la queja de ATA y ARPA.

Los integrantes de la corte firmaron el fallo y fueron ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia parcial)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia parcial)- CARLOS S. FAYT (según su voto)- ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto) - E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY

## **Votos particulares y disidencias parciales**

### *Maqueda y Fayt*

La observación principal, fue con respecto a la competencia del Tribunal Superior de Justicia de la CABA, sobre su facultad para tratar la inconstitucionalidad de una norma en relación con la Constitución Nacional.

El TSJ entra en una cuestión de competencia con la justicia federal. Y el error estaría en el artículo 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el cual expresa las competencias del TSJ, que incluye examinar normas del GCBA en relación con la CN.

Por lo tanto, los jueces de la corte estiman que debe declararse inconstitucional el citado artículo. Y que además, la sentencia del TSJ en relación a las encuestas a boca de urna resulta nulo.

Con respecto a las prohibiciones a las encuestas 48 horas antes y 3 horas después, los magistrados manifestaron que es una medida razonable y válida. El argumento principal fue que si el derecho a votar se ve debilitado, el estado democrático tiende a tornarse ilusorio. Y que una prohibición por un tiempo determinado es propia del funcionamiento democrático, como cuando en un debate se espera un turno respetando la lista de oradores.

Entonces la prohibición por un tiempo determinado de las encuestas coincide con otras, que se dan durante el acto electoral. Y la cobertura de las comicios no puede equipararse a la que se le da a un partido de fútbol, donde la instantaneidad por un resultado, es fundamental.

### *Zaffaroni*

Coincide con lo expuesto. Resumiendo rápidamente su postura, la prohibición evita las posibles consecuencias para la población, por errores de los encuestadores.

*Petracchi y Belluscio (en disidencia parcial)*

La norma, para que afecte el ejercicio de la libertad de expresión, de acuerdo a ambos ministros, debe ser "necesaria para el logro de un apremiante interés público".

Consideraron que la prohibición de informar sobre preferencias electorales 48 horas antes de los comicios, es válido, ya que no se privó a los ciudadanos de esa información antes. Y que preserva el espacio óptimo para la reflexión, evitando la manipulación tendenciosa por parte de encuestas.

Sin embargo, que la prohibición siguiera 3 horas posteriores al acto electoral se basaba en un infundado paternalismo por parte de las autoridades, tratando a los ciudadanos y adherentes a las distintas fuerzas políticas, como meros niños, que no podían discernir sobre la veracidad de lo dicho por la televisión. Además los encuestadores y quienes transmitieran sus resultados, ponían en riesgo su credibilidad, porque a corto plazo se verían confirmados o desmentidos por los datos reales.

"Nadie le pide al Estado que nos proteja de los errores que puedan cometer los encuestadores sobre cómo los ciudadanos han votado. Que aquéllos disfruten de sus aciertos y sufran con sus fracasos. La sociedad los valorará o los menospreciará, según unos y otros se vayan escalonando. Lo que la Constitución no permite es que, so pretexto de protección al pueblo, se le impida a éste recibir información y valorarla, privándolo de actividades que sólo a él competen. Esa es la razón por la cual esta parte del art. 5° de la ley 268 no logra superar el escrutinio a que se la somete. La finalidad perseguida por quienes la sancionaron no parece compatible con una visión republicana y democrática, según la cual sólo al pueblo corresponde discernir los méritos de la información que se le ofrece, sin que pueda vedársele el acceso a aquélla con la excusa de que puede contener errores. Sustituir el juicio de la población por el juicio de las autoridades: he aquí la quinta esencia del paternalismo inconstitucional"

*Boggiano (en disidencia)*

Expresó, resumiendo, que el poder de juzgar debe hacerse en base a la existencia actual de un conflicto. Y en este caso, el acto eleccionario ya fue celebrado. Entonces ATA y ARPA carecen de un interés jurídico actual y su planteo se ha tornado abstracto, ya que la cuestión planteada en esas circunstancias ya no existe.