

PRESENTAN AMICUS CURIAE

Excma. Cámara Nacional Electoral,

Pablo Luis Manili, Daniel Alberto Sabsay, Roberto Gargarella, Beatriz Alice, Jorge Alejandro Amaya, Marcela Izascum Basterra, Marcelo López Alfonsín, Osvaldo Pérez Sammartino, José Miguel Onaindia, Adelina Loianno, Norberto Padilla, Alfredo Leonardo Durante, Carlos Salvadores de Arzuaga y Alfredo Mauricio Vítolo, abogados, patrocinados por Pablo Luis Manili, Tº 35 Fº 150 CPACF, constituyendo domicilio en San Martín 323 piso 13º de esta ciudad, en autos “**Novello, Rafael Víctor y otros s/ Impugna candidatura a diputado nacional**” ante VE nos presentamos y respetuosamente exponemos:

**1) OBJETO:**

Que, en nuestro carácter de ciudadanos de la Nación Argentina y de profesores de derecho constitucional de diversas universidades del país y del extranjero, venimos a someter a la consideración de VE el siguiente *amicus curiae*, en los términos de la Acordada nº 85/2007 de esa Excma. Cámara, con referencia a dos situaciones distintas que se ventilan en estos autos:

a) Primera Cuestión: La presentación como candidatos a diputados nacionales o concejales municipales de ciudadanos que no han asumido ni asumen un compromiso claro de ocupar el cargo para el que se postulan o bien que han manifestado expresamente que no lo ocuparán y que sus candidaturas son “testimoniales” (arts. 1, 37, 38, 39, 40 y cctes. CN).

b) Segunda Cuestión: La presentación como candidato a diputado nacional de un ciudadano que, además de no asumir frente al electorado un compromiso claro de ocupar el cargo para el que se postula, ostenta una prohibición constitucional expresa para asumir el cargo para el que se postulan sin hacer dimisión del cargo de gobernador de provincia que ejerce al momento de presentar la lista (art. 73 CN). Es un hecho público y notorio que en un primer momento ese funcionario declaró que no asumiría el cargo para el que se postula, mientras que, luego de enterarse que su candidatura sería objeto de impugnación comenzó a manifestar que luego de la elección analizaría qué hacer.

En los términos del art. 2 de la referida acordada manifestamos no tener interés personal alguno en estas actuaciones.

**2) CONSIDERACIONES GENERALES:**

Todo el sistema republicano y democrático reposa en el principio de representación popular. Es evidente -y no requiere demostración empírica- el principio según el cual a mayor pureza en la representación de la sociedad, más república y más democracia. También es sabido que así como el sistema democrático privilegia la voluntad popular, el sistema republicano fija

límites a aquélla, y que dichos límites no pueden ser violados. Eso es lo que se discute en estos autos y lo que motiva la presentación espontánea y desinteresada del presente *amicus curiae*.

El objeto de estas actuaciones (y por lo tanto el contenido del presente escrito) versa sobre puntos contenidos en la parte orgánica de la constitución, respecto de la cual se ha dicho, desde antiguo, que todas sus normas deben ser interpretadas en forma estricta (por oposición a la interpretación amplia que cabe asignar a la parte dogmática) y que en caso de duda debe estarse a la prohibición antes que a la permisión. En otras palabras, tratándose de las normas constitucionales que se refieren a los poderes del estado y a los funcionarios o candidatos que los integran, no rige el principio del art. 19 CN del cual se infiere que todo lo no prohibido está permitido. Al contrario, las prohibiciones contenidas en la parte orgánica de la carga magna deben ser interpretadas en forma extensiva, mientras que la facultades y poderes de los órganos estatales deben ser interpretados en forma restrictiva.

Así lo enseña Linares Quintana: *“En la interpretación constitucional debe siempre tenerse en cuenta el telos de toda Constitución democrática, que no es sino la garantía de la libertad mediante la limitación y el control de quienes ejercen el poder”*<sup>1</sup>.

En el mismo sentido, el profesor Dalla Vía, bajo el título “El principio de limitación del poder” enseña: *“... de lo que en la parte orgánica se trata es de la limitación del poder, toda vez que la misma fundamentación racionalista que justifica la sanción de una Constitución escrita, es la que también justifica la limitación del poder, porque fue precisamente el ideario libertario de las grandes revoluciones, el fin de las tiranías para darle al pueblo el ejercicio de un poder controlado y limitado a través del ejercicio de la representación política... La constitución argentina, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, ha creado un gobierno de poderes especificados o determinados expresamente”*<sup>2</sup>.

### 3) CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS:

#### 3.1) Primera Cuestión:

Analizaremos en este subtítulo el caso de las llamadas “candidaturas testimoniales”, es decir las candidaturas a diputado nacional o concejal municipal de funcionarios que ejercen otras funciones, tales como las de gobernador, intendente, jefe de gabinete de ministros, etc. y han manifestado públicamente que no asumirán el cargo para el que se postulan, o bien –luego de enterados de que ello sería objeto de impugnación- manifestaron dudas acerca de esa asunción y no expresaron un compromiso claro de ocupar el cargo para el que se postulan, en caso de resultar electos, ni de dimitir del que actualmente ejercen.

<sup>1</sup> Segundo Linares Quintana, *Reglas para la Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, pág. 54.

<sup>2</sup> Alberto R. Dalla Vía, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, págs. 395/6.

[www.joseperezcorti.com.ar](http://www.joseperezcorti.com.ar)

**a) Normativa Aplicable:** Dichas candidaturas violan, en primer lugar, el art. 1 CN, que establece el sistema representativo y republicano de gobierno. Es evidente que la postulación para un cargo que no se ocupará rompe el vínculo entre representante y representado y constituye un mandato otorgado con conocimiento de que el mandatario lo violará porque no asumirá el cargo.

Asimismo, violan el art. 23, inciso 1. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-, que establece que “*todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (...) b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, (...)*” (el resaltado nos pertenece) y el art. 25.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya provisión es similar. Esas normas poseen jerarquía constitucional por mandato del art. 75, inc.22 CN. Evidentemente la elección no puede ser “auténtica” si el candidato no lo es, porque es simplemente un “hombre de paja” o un “prestanombres” (utilizando la terminología iusprivatista) que no asumirá el cargo para el que se postula.

**b) Vicio del Acto Jurídico:** La doctrina ha sostenido claramente que “*Detrás de este pergenio subyace un acto jurídico inexistente, pues carece de uno de los elementos fundamentales que debe reunir todo acto para ser tal: su objeto, que por supuesto predetermina su finalidad. En efecto, una candidatura (la que luego de ser oficializada se convertirá en un acto jurídico de derecho público) es una oferta lanzada al electorado para que éste pueda pronunciarse a favor de ella a través del sufragio, en aras de acceder al cargo que se aspira obtener, si se ha logrado reunir el número de sufragios necesarios para ello. Por lo tanto, como es posible pretender la oficialización de una “nada jurídica”, de una suerte de fantasma que contraviene la buena fe del votante y al hacerlo se produce la comisión, según la opinión de importantes penalistas, de un tipo de estafa contemplado en nuestro Código Penal. Pero esto es harina de otro costal. Nosotros nos concentramos en analizar las violaciones al orden constitucional, convencional y legal. Destacando en primer término esta clara contravención a los principios más esenciales del derecho que en los que se sustenta la teoría general de los actos jurídicos”*<sup>3</sup> (el destacado nos pertenece).

En sentido similar, se ha sostenido: “*El diccionario de la lengua española designa con el vocablo “candidato”... a la persona que pretende alguna dignidad, honor o cargo... Para reunir esa calidad, es necesario entonces que exista en la persona el ánimo subjetivo de “pretender” el cargo. Y es claro que si el aspirante refiere que no lo asumirá en caso de resultar electo, no existe el elemento subjetivo que exigen la Constitución y la ley electoral al regular las candidaturas”*<sup>4</sup>.

Análogamente a lo que ocurre en el derecho privado, los actos jurídicos celebrados por personas que no son los reales interesados en ese acto, se encuentran viciados. Tanto el Código Civil, como el de Comercio, como la Ley de Sociedades fulminan con la nulidad los actos celebrados por testaferros, prestanombres u hombres de paja. En efecto, sea bajo el rótulo de simulación

<sup>3</sup> Daniel A. Sabsay, “A propósito de las candidaturas testimoniales” en *La Ley On Line*, mayo de 2009.

<sup>4</sup> Jorge A. Diegues, “El Significado de las candidaturas electorales” en *La Ley* del 23 de abril de 2009.

(art. 955 y ss. del Código Civil), o de fraude (art. 961 y ss. del Código Civil) o de corrimiento del velo societario (art. 54 de la ley 19.550), la ley busca siempre **anular lo falso y sacar a relucir lo verdadero**. Y no hay motivo para que tales principios no sean aplicados también en el derecho público, dado que las personas que se presentan como candidatos no serán quienes asuman las bancas que obtengan, sino que lo harán otros en su lugar. A mayor abundamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo claramente y en reiteradas oportunidades que el régimen de nulidades del Código Civil es aplicable al derecho público<sup>5</sup>.

En realidad, los actos inexistentes, nulos, fraudulentos, simulados o expresivos de un abuso del derecho deben ser analizados con más rigor en el ámbito del derecho público, ya que –lejos de tener efecto sólo *inter partes*, como ocurre en el derecho privado– sus vicios repercuten sobre toda la sociedad, vulnerando la pureza del sufragio, base del sistema democrático.

Aún cuando, por vía de hipótesis, se considerara que esos actos no presentan vicios que generen su nulidad, es innegable que constituyen un abuso del derecho, en los términos definidos por el art. 1071 del Código Civil. El maestro Alberto Antonio Spota enseñaba en sus magistrales conferencias que la doctrina del abuso del derecho también debía ser aplicada en el ámbito del derecho público. Incluso, el tema fue tratado en sesiones de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en ese sentido. Pues bien: ha llegado la hora de que la justicia lo aplique.

**c) La Lesión al Régimen de Partidos:** Las candidaturas de referencia socavan a los partidos políticos como canales naturales de la representación política y organizaciones esenciales de la democracia. En efecto: al conformar la oferta electoral en forma discrecional con los mismos candidatos que ya están ocupando puestos diferentes, se desconoce que el art. 38 CN “*garantiza*” la competencia interna para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos<sup>6</sup>. La postulación de personas que ocupan otros cargos y que no hicieron ni harán dimisión de ellos (o, al menos, no han asumido un compromiso claro de hacerlo) evidentemente lesiona la posibilidad de que otros afiliados al partido o alianza electoral que los postula accedan a las candidaturas.

En su clásica obra de derecho político, Carlos S. Fayt refiere a que en su acepción “*vulgar*”, la política condensa un criterio corriente según el cual el hombre político condiciona su comportamiento a los fines, omitiendo la moral en los medios con tal de alcanzar los mismos. El comportamiento encubre el egoísmo o la codicia; hipocresía que se cubre de exterioridades<sup>7</sup>. Esta es la lectura que la sociedad argentina viene haciendo de muchas conductas de su clase política, las cuales vislumbra priorizando intereses sectoriales o coyunturales por sobre las necesidades abiertas de un país y de su pueblo.

<sup>5</sup> Fallos 150:151 y 190: 156 entre otros. Puede verse Germán J. Bidart Campos, *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 1984, pág. 178.

<sup>6</sup> Conf. Jorge A. Amaya, “Adelanto de elecciones; candidaturas “testimoniales” y tensiones constitucionales” en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com) N° 75, Buenos Aires, 23 de abril de 2009.

<sup>7</sup> Carlos S. Fayt, *Derecho Político*, Buenos Aires, La Ley, T° I, 11° edición, pág. 4.  
[www.joseperezcorti.com.ar](http://www.joseperezcorti.com.ar)

Todo ello se ve agravado por el hecho de que, para la definición de esas candidaturas, no se han realizado elecciones internas. En ese sentido, la doctrina ha interpretado que: *“La decisiva intervención del ciudadano en la definición de las candidaturas constituye un elemento que avala el concepto de representación política indicado anteriormente según el cual el representante lo es de todo el pueblo y no del partido. Ello así porque si lo fuera sólo de la agrupación que lo postuló sería el partido el que tendría que tener la posibilidad de decidir sobre quien accedería a la banca o puesto electivo. Al no ocurrir de este modo el acceso a las funciones electivas tampoco puede atribuirse la pertenencia de las bancas a los partidos pues a aquellas se llega por la voluntad del elector expresada en el comicio”*<sup>8</sup>.

Las candidaturas en cuestión tienen el claro efecto (buscado o no por quienes incurrir en ello) de reducir la participación política de la sociedad, ya que ésta adquiere la sensación de que los candidatos son siempre los mismos, en todas las elecciones. Se aplican pues, a este caso, las enseñanzas de los padres del constitucionalismo, Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, escritas en el siglo XVIII pero siempre actuales: *“Cuanto más pequeña es una sociedad, más escasos serán los distintos partidos e intereses que la componen; cuanto más escasos son los distintos partidos e intereses, más frecuente es que el mismo partido tenga la mayoría; y **cuanto menor es el número de individuos que componen esa mayoría y menor el círculo en que se mueven, mayor será la facilidad con que podrán concertarse y ejecutar sus planes opresores.** Ampliad la esfera de acción y admitiréis una mayor variedad de partidos y de intereses; haréis menos probable que una mayoría del total tenga motivo para usurpar los derechos de los demás ciudadanos; y si ese motivo existe, les será más difícil a todos los que lo sienten descubrir su propia fuerza, y obrar todos de concierto. Fuera de otros impedimentos, debe señalarse que cuando existe la conciencia de que se abriga un propósito injusto o indigno, la comunicación suele ser reprimida por la desconfianza, en proporción al número cuya cooperación es necesaria”*<sup>9</sup>.

#### **d) Incompatibilidades:**

Resulta también claro que quienes se presentan como candidatos “testimoniales” ostentan una clara incompatibilidad para el ejercicio del cargo al que se postulan. El cargo de legislador (nacional, provincial o municipal) debe ser ejercido por personas que, más allá de su pertenencia a un partido político, actúen con independencia de criterio respecto de los demás poderes del estado. Así lo enseñaba Joaquín V. González en 1897 (es decir, aún después del nacimiento de los partidos políticos nacionales): *“Dada la naturaleza del mandato legislativo, que es la independencia más absoluta en las opiniones y actos referentes a sus poderes, y dada la forma de nuestro Gobierno, la Constitución ha establecido en los artículos 64 y 65 las incompatibilidades que afectan a los miembros de ambas Cámaras, siendo a la vez limitaciones de la elegibilidad consignada en los artículos 40 y 47. Una*

<sup>8</sup> Félix R. Loñ, *Constitución y Democracia*, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1987, pág 376.

<sup>9</sup> Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* n° X, Fondo de Cultura Económica, México, pág. 40.  
[www.joseperezcorti.com.ar](http://www.joseperezcorti.com.ar)

*cualidad esencial del gobierno de la Constitución es la división de la soberanía en los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y en todas sus partes ha debido procurar que tal separación fuese práctica. El permitir que unas mismas personas desempeñen funciones de los tres poderes, era una tendencia antirrepublicana y ponía en peligro la unidad de la Constitución y la libertad de los poderes menos fuertes por su naturaleza, como el Legislativo y el Judicial”<sup>10</sup>.*

Por lo demás, y en referencia a la candidatura del actual jefe de gabinete de ministros, la prohibición constitucional está expresada en el art. 105 CN que establece que los ministros del poder ejecutivo nacional “No pueden ser senadores, ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros”.

**e) Intentos de Justificación:** Las razones que se expresaron públicamente para justificar las llamadas “candidaturas testimoniales” no alcanzan a sanear los vicios apuntados y la clara lesión al sistema representativo republicano y al régimen de partidos políticos.

(i) Se ha dicho que la presentación como candidatos de funcionarios que ejercen otros cargos se debe la voluntad de plebiscitar la gestión de un gobernador o intendente. Ello desnaturaliza un sistema electoral de mandatos fijos, a la vez que atenta contra la gobernabilidad del sistema *presidencialista*, como el vigente en Argentina. Las normas y las costumbres existentes en los sistemas *parlamentarios* imponen que la no obtención del voto de confianza genera la discusión política para la formación de un nuevo gobierno, pero: ¿Cual sería la consecuencia de una derrota electoral propuesta como plebiscitaria de la función de gobierno en un sistema presidencialista y de mandato fijo?... ¿Debería renunciar al cargo ejecutivo el candidato derrotado?... ¿Debería modificar su plan de gobierno? Sea cual sea la posición por la que nos inclinemos, **la gobernabilidad se vería claramente deteriorada al desnaturalizarse el medio utilizado en función del fin propuesto**. Si el objetivo consiste en “plebiscitar” un gobierno, la Constitución otorga el medio idóneo que no es otro que la consulta popular regulada en el art. 40 CN desde la reforma de 1994<sup>11</sup>, instituto existente también en la inmensa mayoría de las constituciones provinciales.

Efectivamente, esta forma de democracia semidirecta hace a una participación más intensa de la ciudadanía y mediante ella “...*el electorado decide directamente acerca de una cuestión de interés sustantivo para el Estado sobre el mantenimiento, modificación o derogación de una norma; o acerca de la gestión de un gobernante o un gobierno...*”<sup>12</sup> (énfasis agregado). Además, en este supuesto, este medio de participación ciudadana no resulta vinculante en su resultado, lo que

<sup>10</sup> Joaquín V. González, ob. cit., pág. 390.

<sup>11</sup> Artículo 40 CN: “El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

<sup>12</sup> María A. Gelli, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 3ª edición, La Ley, 2005, pág. 447.

implica que el poder que convoca a la consulta “*no está obligado a seguir el pronunciamiento y tiene discrecionalidad para interpretar y mensurar el resultado de la elección*”<sup>13</sup> cuestión que se compatibiliza adecuadamente con los principios de la gobernabilidad y no la enfrenta decididamente como en el supuesto de las candidaturas “testimoniales”.

(ii) Se podría esgrimir también que muchos funcionarios han aspirado a otros cargos sin hacer dimisión del que ejercían al momento de la elección; el ejemplo más típico es el de los gobernadores que aspiran a la presidencia de la Nación (Menem y Angeloz en 1989, De la Rúa y Duhalde en 1999 y Kirchner en 2003), pero también el de concejales que aspiran a ser diputados provinciales o el de éstos que aspiran a ser diputados nacionales o de éstos que aspiran a ser senadores. Todo eso es cierto. Pero también son ciertas dos cuestiones: en primer lugar que ninguno de ellos había manifestado que en caso de ser electo no asumiría el cargo para el cual se postulaba (ni siquiera habían puesto en duda esa cuestión), por lo cual sus candidaturas eran reales y no ficticias; y en segundo lugar, que los cargos para los que se postulaban esos ciudadanos eran de mayor importancia (al menos en el terreno de lo político y de los fondos públicos que se administran) que el que ejercían al momento de postularse.

### 3.2) Segunda Cuestión:

En este título se analizará la situación del gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Sr. Daniel Scioli, quien se ha presentado como candidato a diputado nacional por ese distrito. Además de tratarse también de una candidatura “testimonial”, por lo cual le son aplicables todas las consideraciones formuladas en el punto 3.1) precedente, pesan sobre su persona otras tachas que se desarrollarán en este punto.

El art. 73 CN (que llevaba el número 65 antes de 1994 y el número 62 antes de 1860) establece: “*Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso, ni los Gobernadores de Provincia por la de su mando*”

Ya en el primer manual de derecho constitucional argentino, editado en 1869, Florentino González enseñaba los peligros que esa norma intenta prevenir: “*En conclusión, creo que en la composición de la legislatura debe excluirse de ella a todos los que ejerzan al mismo tiempo funciones de otros departamentos del gobierno. Admitir como miembros de las Cámaras a tales individuos, es anular prácticamente las ventajas de la división del ejercicio del poder. ¿Qué significa está en el hecho (aunque se simule la apariencia) si los mismos que se sientan en los tribunales como jueces, ó ejercen empleos ejecutivos se sientan en la Cámaras como los legisladores, como sucede en Chile y en la provincia de Buenos Aires? La Constitución de los Estados Unidos prohíbe semejantes elecciones, y la de la Confederación argentina coincide en parte en el mismo propósito. Es sensible que la última no haya adoptado completamente la disposición de la Constitución americana y que se haya*

<sup>13</sup> María A. Gelli, ob. cit., pág. 449.

limitado a prohibir que los miembros de las Cámaras reciban empleo o comisión del poder ejecutivo, sin previo consentimiento de la respectiva Cámara, y á declarar que los eclesiásticos regulares no pueden ser elegidos para el Congreso, ni los gobernadores de provincia por las de su mando. La facilidad que se da para que el juez y el funcionario ejecutivo puedan ser miembros de las Cámaras, es además un incentivo para que ellos abusen de sus puestos para influir siniestramente en las elecciones. **En Chile, en donde siempre se ven en las Cámaras jueces de la Suprema Corte y de las Cortes de apelaciones, intendentes de provincia y otros empleados ejecutivos, he visto cometer los abusos mas escandalosos, con el objeto de hacer recaer en ellos las elecciones de diputados**”<sup>14</sup> (los destacados nos pertenecen). Nótese que el último párrafo transcrito no se refiere al ejercicio del cargo, sino a la elección para el cargo (volveremos sobre la cuestión temporal más abajo).

Esa calificada opinión no solo se basaba en la experiencia del derecho comparado, sino además, y fundamentalmente, en los debates de la asamblea constituyente de 1853, donde el convencional Juan F. Seguí expuso “**las razones de esa exclusión fundándose en la libertad del voto y en el temor de que por obtenerlo los gobernadores violentasen al pueblo**”<sup>15</sup>.

Explicando esta incompatibilidad, Joaquín V. González sostiene: “Esta prohibición, al mismo tiempo que evitaba el absurdo constitucional, de que una persona representase dos veces a una Provincia en funciones materialmente incompatibles, como las de Gobernador, Diputado y Senador, se propuso ante todo un fin práctico y experimental: **asegurar la libertad de la elección por el pueblo... porque si los Gobernadores pudiesen aspirar durante su mandato a aquella elección no ahorrarían medios para violentar el voto de los electores y perpetuarse en el Senado, contra toda noción republicana**”<sup>16 17</sup>. Justamente: lo que se trata de evitar con la impugnación que se ventila en esta causa es que se violente el voto de los electores.

El profesor Quiroga Lavié, por su parte explica claramente la **interpretación extensiva** que debe formularse respecto de esta norma, en consonancia con lo que manifestamos más arriba, en el punto 2) del presente escrito: “*En relación con la prohibición a los gobernadores de ser legisladores en representación de la provincia a cuyo frente se encuentran, esto significaría que la Constitución no prohíbe que un Gobernador sea elegido en representación de otra provincia. Semejante interpretación es totalmente disfuncional –caso típico donde no puede ser aplicado al método gramatical o literario para interpretar la Constitución–, pues no se pueden ejercer funciones de gobierno de algún tipo y al mismo tiempo concurrir a las sesiones del Congreso. Además se produciría*

<sup>14</sup> Florentino González, *Lecciones de Derecho Constitucional*, París, Librería de Rosa y Bouret, segunda edición, 1871, pág. 185.

<sup>15</sup> Sesión n° 45 del 27 de abril de 1853, pág. 339, citado por Martínez Raymonda, Rafael, en “La Incapacidad del artículo 73 de la Constitución no es subsanable” en *La Ley* del 12 de Mayo de 2009.

<sup>16</sup> *Congreso General Constituyente, 1852-1854*, p. 174.

<sup>17</sup> Joaquín V. González, ob. cit., pág. 393.



*una desfiguración del federalismo, que se basa también en la separación entre los poderes de gobierno federal y local”<sup>18</sup>.*

Si se interpretara la norma en el sentido de que lo único que ella veda es el ejercicio simultáneo de los cargos de diputado y de gobernador, se la estaría vaciando de contenido. En efecto: ninguna norma –y menos una inserta en la Constitución- puede expresar una obviedad, dado que el ejercicio simultáneo de los dos cargos es imposible, y lo era aún más en 1853, en que las distancias que median entre las capitales de provincia y la ciudad sede del gobierno federal eran harto más difíciles de cubrir que en la actualidad (dado que por entonces no existían las vías férreas, ni se había inventado el automóvil, ni los helicópteros). Por lo tanto, es necesario interpretar que la norma no pudo referirse a otra cosa que a la candidatura a legislador nacional de los gobernadores en ejercicio. Así lo expresó, como ya se dijo, el convencional Seguí en la convención.

González Calderón informa acerca de los antecedentes de esta norma, a la vez que propicia, *de lege ferenda*, la ampliación de las incompatibilidades plasmadas en el texto constitucional, extendiéndolas no solo a los gobernadores sino también a los ex gobernadores: *“Cuando se consideró esta cláusula en el Congreso Constituyente de 1853 –sesión del 27 de abril-, un interesante aunque muy breve debate se suscitó en su seno. La incompatibilidad entre el cargo de gobernador y el mandato legislativo tenía por objeto, en primer lugar, garantizar el mejor desempeño de aquel cargo, conforme a las instituciones provinciales; en segundo, **imposibilitar que el Congreso fuera presionado mediante la influencia de los gobernadores**; y por último **propender a que fuese más efectivo y más exacto el funcionamiento del régimen político que creaba la Constitución**. ¿Se ha cumplido este triple objeto de la ley suprema? La incompatibilidad que crea el art. 65, ha servido, sin duda, para realizar la primera y tercera parte del propósito constitucional enunciado; pero no así la segunda, pues no está exenta la composición del Congreso de la influencia electoral de los gobernadores. Es preciso, pues, incorporar a la Constitución federal una cláusula semejante a la que contiene la de Jujuy: “La elección de senador no podrá recaer en el gobernador en ejercicio de sus funciones ni en el ex gobernador, hasta pasados dos años contados desde el día en que termino su mandato o fuere aceptada su renuncia”. Jujuy es la provincia (Const. 1935, art. 78) que ha sancionado tal interdicción, bien intencionada, por cierto, pero contraria y repugnante a la Constitución federal, porque solo ésta es la que establece las condiciones de elegibilidad para los poderes públicos de la Nación y las constituciones provinciales no pueden, en ningún sentido, modificarlas. La interdicción debería estar en la ley suprema federal, limitando el tiempo de aquélla a sólo un año: la experiencia ha demostrado que basta este largo tiempo para que desaparezca la influencia de un ex gobernador sobre los miembros de la legislatura..., la cual, por lo demás, se renueva por mitad o por terceras partes cada año. Así se **suprimirían radicalmente las aventuras elitistas de los gobernadores y la pureza de nuestras instituciones parlamentarias***

<sup>18</sup> Humberto Quiroga Lavié, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Zavallía, 3º edición, 2000. pág. 362.

*quedarían aseguradas en uno de sus puntos hasta ahora más vulnerables. Lo mismo debería hacerse respecto a la elección de los miembros de la cámara popular”*<sup>19</sup> (los destacados nos pertenecen).

La claridad de las citas colacionadas y la autoridad de quienes expresaron esos conceptos nos eximen de ulteriores comentarios. En otras palabras: no somos solamente los abajo firmantes quienes así pensamos, sino que esa opinión se basa en la doctrina más calificada y más arraigada en la tradición constitucional patria.

### **3.4) Momento en el cual se aplican las normas sobre incompatibilidad:**

(i) De la propia existencia de una norma constitucional que veda a los gobernadores presentarse como candidatos a legisladores nacionales se infiere que la incompatibilidad que ella prescribe intenta fundamentalmente evitar la presión de los gobernadores sobre el electorado al momento de la elección y en segundo término, crear una incapacidad funcional (obvia) para ejercer ambos cargos a la vez. Máxime si tenemos en cuenta la opinión vertida por el convencional J. F. Seguí en el seno de la asamblea constituyente, transcripta más arriba.

Así lo ha entendido la doctrina: *“La norma constitucional, al establecer esa verdadera incapacidad de derecho, no apunta a vedar la posibilidad de cumplir la doble función de gobernador y legislador al mismo tiempo, porque eso es un hecho imposible, sino que se fundó, como surge de la expresa afirmación del miembro informante, en la defensa de “la libertad del voto y en el temor de que por no obtenerlo los Gobernadores violentasen al pueblo”. ¿En cual de los momentos de un proceso eleccionario: la convocatoria, la oficialización de los candidatos, la campaña proselitista, la emisión del sufragio y la incorporación de los electos a sus cargos, se puede afectar a “la libertad del voto” y generar “el temor de que por obtenerlo los Gobernantes violentasen al pueblo”, si un gobernador se presenta como candidato a diputado o senador, en la provincia de su mando? Sin ninguna duda, solo en estas tres etapas: a) la oficialización de los candidatos, b) la campaña proselitista y c) hasta en la emisión del voto”*<sup>20</sup>.

(ii) Además, las incompatibilidades analizadas en los párrafos precedentes caen bajo la órbita del artículo 60 del Código Nacional Electoral, que bajo el título: *“Registro de los candidatos y pedido de oficialización de listas”*, establece: *“Desde la publicación de la convocatoria y hasta cincuenta (50) días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez electoral las listas de los candidatos públicamente proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales”* (énfasis agregado).

Por consiguiente, la etapa de registro de los candidatos y oficialización de las listas constituye el momento procesal electoral oportuno para analizar si los candidatos reúnen las

<sup>19</sup> Juan A. González Calderón, *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 6° edición 1984, pág. 345.

<sup>20</sup> Conf. Martínez Raymonda, R., op. cit.

condiciones constitucionales y legales propias del cargo (edad, residencia, etc.) y si están o no comprendidos en alguna de las inhabilidades legales o incompatibilidades constitucionales.

La jurisprudencia especializada en materia electoral ha interpretado este artículo en dicho sentido, al sostener:

- "...la etapa de registro de candidatos no tiene otro objeto que la comprobación de que los candidatos reúnen las calidades necesarias constitucionales y legales del cargo para el cual se postulan"<sup>21</sup>.

- "La etapa de registro de propuestos no tiene otro objeto que la comprobación de que éstos reúnen los requisitos constitucionales y legales -edad, residencia, etc. Del cargo para el cual se postulan (conf. Fallos, CNE No. 1045/91, 1062/91 y 1128/91)<sup>22</sup>.

- "Las listas de candidatos presentadas en término para su oficialización por los Partidos políticos o alianzas debidamente reconocidos, sólo pueden dar lugar al examen por la Junta Electoral Permanente, en cuanto a si los presentantes reúnen las condiciones propias de los cargos a los que aspiran y si no se encuentran comprendidos en alguna de las inhabilidades legales"<sup>23</sup>.

- En un caso de clara inhabilidad constitucional la Cámara Nacional Electoral decidió "...quien ocupa actualmente la primera magistratura de la República le está vedado, de conformidad con la Constitución vigente, presentarse como candidato a la presidencia de la Nación para el período 1999-2003 y ser oficializado como tal en los términos del art. 60 del código Electoral Nacional...Ello así por cuanto tal candidatura no podrá, de todos modos, ser finalmente oficializada en los términos del art. 60 del Código Electoral Nacional, en virtud de las disposiciones constitucionales que se oponen a ello [cláusula transitoria cuarta] y de los fallos de este Tribunal..."<sup>24</sup>.-

**3.5) Conclusión:** Por lo expuesto en este título, los firmantes del presente *Amicus Curiae* consideramos:

(i) Que las candidaturas "testimoniales" lesionan los principios básicos del sistema democrático constitucional, violan tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, generan la nulidad del acto eleccionario por inexistencia de objeto, constituyen un abuso del derecho, se alzan contra el sistema de mandatos fijos, comprometen la gobernabilidad y el principio de división de poderes, desnaturalizan la función de los partidos políticos, ignoran la competencia interna para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos.

(ii) Que, la mera postulación de gobernadores de provincia para cargos legislativos, viola la clara inhabilitación constitucional que fija el artículo 73 CN.

<sup>21</sup> CNE, *causa* "Frente de la Esperanza s/ oficialización de lista de candidatos" - Fallo No. 1865/95 del 21-4-95.

<sup>22</sup> CNE, "Alianza Frente por un Nuevo País", fallo del 28/12/01.

<sup>23</sup> STJ Corrientes, "Alianza Frente para la Victoria s/ oficialización de listas. Incidente de impugnación del acta y la lista de candidatos de la localidad de Caa Cati [Dep. Gral Paz] promovido por José A. Alarcón y Faustino Altamirano", Expte. No. 741/93, del 1/9/93.

<sup>24</sup> CNE, "Digón, Roberto Secundino s/ acción declarativa - solicita medida cautelar" - Fallo 2525/99 del 24/3/99.

(iii) Que, a nuestro criterio, la Justicia Electoral así debería establecerlo en la oportunidad del artículo 60 del Código Nacional Electoral.

#### 4) EL ROL DEL PODER JUDICIAL:

Es conveniente, en esta instancia, clarificar cuál es el rol del poder judicial en una democracia representativa y deliberativa. Las cuestiones que aquí se ventilan, lejos de caer en el desacreditado saco de las “cuestiones políticas no justiciables”, presentan un claro tinte jurídico que justifica y requiere la intervención del Poder Judicial de la Nación<sup>25</sup>.

En ese sentido, Gargarella sostiene: *“la intervención judicial se torna necesaria para reabrir el proceso electoral hacia los votantes, al recuperar la “soberanía del elector” e impedir que la política se convierta en el gobierno de una elite, para el propio beneficio de esa elite dirigente”*<sup>26</sup>.

Carlos S. Nino sostenía: *“Por lo tanto, los jueces necesariamente deben ejercer un control del procedimiento democrático. Ese control no se limita a las condiciones formales que establece una Constitución para que un órgano pueda dictar una norma jurídica (como las establecidas en los arts. 68 a 73 de la Constitución argentina), ya que son tanto o más importantes las condiciones que mencionamos antes respecto de las oportunidades de participación igualitaria en la discusión, la amplitud del debate, su concentración en principios, la relativa libertad de decisión, la adecuación del procedimiento de representación, la sensibilidad del sistema para reflejar el consenso público, etcétera. En este sentido es esencial el ideal de igual ciudadanía, que tiene una amplia proyección hacia aquellas condiciones que fundamentan una equitativa distribución de las oportunidades de participar en la deliberación democrática y en la incidencia en el resultado final. Por otra parte, como vimos ya (cap. I, ap. B), la Constitución en cuanto fuente de un procedimiento que otorga legitimidad al proceso político no es el texto contingente sancionado y observado –salvo por las consideraciones que luego veremos (infra 3)- sino que está integrada por los principios que determinan un procedimiento ideal. Por lo tanto, puede haber condiciones que fundamentan el valor epistémico de la democracia que no estén incluidas en la Constitución vigente, y ésta puede incluir condiciones que son irrelevantes para ese valor epistémico. La revisión que los jueces deben hacer del procedimiento democrático no tiene sólo un sentido remedial sino también correctivo para el futuro: tanto cuando los jueces descalifican una ley por no haberse cumplido con propiedad alguna condición esencial para que tenga presunción de validez, como cuando, en una modalidad más activa, prescriben modificaciones a tal o cual procedimiento con el fin de maximizar su calidad epistémica, esto tiene un sentido de promover un mayor acercamiento del proceso democrático al ideal deliberativo que fundamenta su justificación... Si bien el propio proceso democrático puede ir corrigiendo algunas de sus deficiencias con el fin de expandir su valor epistémico, los vicios del proceso político pueden haber alcanzado un punto en el*

<sup>25</sup> Conf. Miguel A. Sánchez Maríncolo, “El control de constitucionalidad que requiere el art. 73 de la Constitución Nacional” en *La Ley Actualidad* del 19 de mayo de 2009.

<sup>26</sup> Roberto Gargarella, “La Justicia Tiene algo que Decir” en *La Nación* del 26 de mayo de 2009.

*que la dinámica inherente al sistema no está dirigida a la autocorrección sino a la profundización y perpetuación de esos mismos vicios”*<sup>27</sup> (los destacados nos pertenecen).

Nuevamente, la claridad y la autoridad de la cita transcripta nos exime de mayores comentarios.

La manipulación constante de las instituciones sume en el descrédito a la misma democracia. Cuando esto ocurre, les compete a los jueces, superando estrechos formalismos o interpretaciones meramente literales, restablecer en toda su plenitud el imperio de los principios constitucionales.

### 5) PETITORIO:

Por todo lo expuesto, solicitamos se tenga por presentado y se admita el presente *Amicus Curiae*.

Sepa VE que la interpretación que aquí se expresa se encuentra sustentada por la doctrina y la jurisprudencia abrumadoramente mayoritarias y que si esa Excma. Cámara falla conforme a derecho y a las consideraciones expuestas en esta presentación contará, seguramente, con el apoyo de la comunidad académica.

En palabras de Sarmiento, citadas por Alberdi: “*Una constitución no es una trampa ni una celada tendida a las preocupaciones populares, con ciertos resortillos secretos o inapercibidos, por donde se ha de hacer fracasar en la práctica las pomposas declaraciones que se ostentan en su frontispicio*”<sup>28</sup>.

Tener presente lo manifestado, **SERA JUSTICIA.**

<sup>27</sup> Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2º reimpresión, 2002, pág. 693.

<sup>28</sup> Domingo F. Sarmiento, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto*, pág 216, citado por Juan B. Alberdi, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Buenos Aires, W. M. Jackson, 4º edición, pág. 83 (Capítulo XXII).