

CAUSA: "Novello Rafael Víctor
- apoderado de la Unión
Cívica Radical y otros
s/impugnan candidatura a
diputado nacional" (Expte. N°
4638/09 CNE) BUENOS AIRES

FALLO N° 4168/2009

///nos Aires, 1° de junio de 2009.-

Y VISTOS: los autos "Novello Rafael Víctor - apoderado de la Unión Cívica Radical y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional" (Expte. N° 4638/09 CNE), venidos del juzgado federal con competencia electoral de Buenos Aires en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 75/80 vta. contra la resolución de fs. 66/71 vta., obrando la contestación de agravios a fs. 86/95, el dictamen del señor fiscal actuante en la instancia a fs. 102/105 vta., y

CONSIDERANDO:

1°) Que a fs. 66/71 vta. el señor juez de primera instancia resuelve no hacer lugar a las impugnaciones deducidas por Rafael Víctor Novello, Walter D. Martello y Pablo Marcelo Carona -apoderados de los partidos Unión Cívica Radical, Afirmación para una República Igualitaria y GEN, respectivamente- contra las candidaturas a diputados nacionales de Daniel Osvaldo Scioli y Sergio Tomás Massa.-

Para así decidir, el magistrado señala, en primer lugar, que el supuesto previsto por el artículo 73

///

///

2

de la Constitución Nacional en el que se fundan los impugnantes para cuestionar la candidatura del señor Scioli "se trata de una incompatibilidad material" (fs. 70 vta.) y que, por lo tanto, "la prohibición no puede extenderse cuando ello acontece sucesivamente" (fs. cit.).-

Destaca, además, que "[l]a Justicia Electoral debe [...] comprobar la existencia de los requisitos constitucionales y legales de los candidatos y resguardar la voluntad del elector, pero no sustituirla o erigirse en su tutor" (fs. 69 vta.).-

Enumera casos de la "historia electoral contemporánea" (fs. cit.) que -a su criterio- se asemejan a los planteados en el *sub examine* y, al respecto, resalta que las funciones de gobernador y legislador nacional se han sucedido sin solución de continuidad.-

Considera, por lo demás, que "[m]uchas de las quejas concretadas en la impugnación tienen su quicio propio no ya en la disputa judicial sino en el marco de la campaña electoral" (fs. 69 vta.) y añade que "[s]erá allí, en todo caso, en donde los actores podrán exhibir las virtudes propias y denunciar las debilidades ajenas y demostrar que su oferta política supera a la de sus opositores" (fs. cit.).-

Advierte, en tal sentido, que "[l]levar al rango de engaño, señuelo o carnada la postulación del

///

///

3

governador es una conclusión que no puede compartirse, al menos sin desmedro de la autoridad que al electorado cabe reconocer en un sistema democrático” (fs. 69 vta.)-.

Entiende, por ello, que las candidaturas en cuestión “no conducen a un proceso fraudulento” (fs. 70) y afirma que “[n]ada en estos actuados autoriza a considerar que el acto electoral no resultará auténtico” (fs. 70 vta.)-.

Concluye que es “[e]l electorado, y no el [j]uez, [...] quien decide sobre las bondades de los candidatos” (fs. 70 vta.)-.

Contra esa decisión, los impugnantes apelan y expresan agravios a fs. 75/80 vta..-

Sostienen que la interpretación hecha por el a quo de la previsión contenida en el artículo 73 de la Constitución Nacional “es equivocada y carece de sustento razonable” (fs. 75 vta.). Consideran que el magistrado se “limit[ó] [...] a afirmar dogmáticamente que esa es la inteligencia que cabe asignar a la norma, sin decir porqué es preferible este alcance al propuesto por [ellos] con base en la voluntad del constituyente” (fs. cit.)-.

Reiteran lo expresado en su escrito de fs. 38/47 vta. con relación a las explicaciones dadas por el convencional Seguí en el debate constituyente de 1853 y manifiestan que el hecho de que “esa haya sido la intención

///

///

4

del constituyente no es un elemento más en la interpretación de la norma" (fs. 76) sino que -según ellos- es una regla "especialmente destacada por la Corte Suprema" (fs. cit.).-

Cuestionan que la decisión apelada "no sólo no da ninguna explicación respecto del apartamiento de la intención del constituyente" (fs. 76 vta.).-

Manifiestan que "[n]o cabe duda alguna que las funciones son incompatibles, pero precisamente por eso está prohibida la sola postulación" (fs. 77). Explican, en este sentido, "[l]a intención del constituyente fue [...] establecer una incapacidad de derecho, los gobernadores de provincia no pueden presentarse, estando en funciones, como candidatos a cargos legislativos, para evitar la influencia de su cargo respecto de la voluntad de los vecinos de su provincia" (fs. cit.).-

En otro orden, refieren que la resolución recurrida "lesiona el principio de representación que establece el art. 1° de la Constitución Nacional" (fs. 77 vta.). Afirman, al respecto, que "[l]a postulación como candidato [...] lleva necesariamente implícita la voluntad de asumir la representación que le otorgue el cuerpo electoral" (fs. 78).-

Entienden, por ello, que el vínculo entre

///

representante y representado "no se encuentra presente en el caso de autos" (fs. cit.), pues "[p]ara buscar 'traccionar' votos a través de figuras con ascendencia en el electorado, se [...] incorporó a las listas [a los candidatos impugnados] afirmando expresamente que su inclusión era 'testimonial', que no iban a asumir sus funciones pero que de esa manera manifestaban su adhesión al 'proyecto'" (fs. cit.).-

Expresan que las denominadas "candidaturas testimoniales o condicionales o eventuales disuelven [ese] vínculo" (fs. 79) y concluyen que "la autenticidad que mencionan los pactos se refiere a que se trate de candidatos de verdad, que se postulen para asumir en caso de resultar electos" (fs. 79 vta.).-

A fs. 86/95 Jorge Landau, Eduardo G. A. López Wesselhoefft y Ulises Giménez -apoderados de la alianza Frente Justicialista para la Victoria- contestan agravios.-

Niegan que el a quo haya efectuado una interpretación dogmática, pues -según ellos- el magistrado se basó "en la doctrina constitucional que en forma mayoritaria ha considerado que la manda del artículo 73 implica una incompatibilidad legislativa o funcional y no una inelegibilidad" (fs. 87/vta.). Explican, en este sentido, que "no puede basarse toda la argumentación de los impugnantes en

///

6

la sola manifestación de un convencional de 1860, cuya opinión ha quedado superada por la doctrina, la jurisprudencia y la propia realidad política" (fs. 88 vta.)-.

Manifiestan, por lo demás, que "desde 1890 la propia Cámara de Diputados interpretó que los únicos requisitos para ser elegidos diputados y senadores al Congreso de la Nación eran los que surgen de los artículos 48 y 55 de la Constitución" (fs. 87 vta.). Consideran, por ello, que "[h]acer lugar a lo pretendido por los accionantes transforma a todo el sistema en un verdadero tembladeral" (fs. 91 bis vta.) pues, "si se incorporaran, por vía pretoriana, nuevos requisitos" (fs. cit.), "no existiría seguridad jurídica" (fs. cit.)-.

Sostienen que "[r]eclamarle a la justicia electoral que [...] requiera a un candidato un comportamiento previo a la oficialización de su candidatura implica crear por vía pretoriana una exigencia constitucional no prevista" (fs. 94) y añaden que pretender además que "ese requerimiento implique la exteriorización de sus íntimas intenciones, importa una actitud totalitaria reñida con los más elementales derechos humanos" (fs. cit.)-.

Solicitan, por ello, que se confirme la decisión apelada.-

A fs. 94 vta./95 se presentan ante esta

///

///

7

Cámara Nacional Electoral -en el marco de la contestación de agravios- los señores Daniel Osvaldo Scioli y Sergio Tomás Massa y manifiestan que, "obviamente, la aceptación de las candidaturas con las que [los] han honrado las fuerzas políticas constituyentes del [f]rente que representa[n] implicó la voluntad de postulación al cargo, la consecuente disposición para la ejecución de la campaña con el fin de obtener el apoyo de los ciudadanos de la provincia para resultar electos" (fs. 95) y ante esa eventualidad, "la asunción al cargo para el que h[an] sido propuestos" (fs. cit.).-

A fs. 102/105 vta. emite dictamen el señor fiscal actuante en la instancia, quien considera que debe confirmarse la decisión apelada.-

A fs. 108/116 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 se presentan como *amici curiæ*.-

A fs. 118/127 vta. se presentan, también en carácter de *amici curiæ*, Lisandro Mariano Teszkiewicz y Hernán Domingo Del Gainzo.-

A fs. 129/136 Carlos Daniel Luque, en

///

///

8

calidad de *amicus curiæ*, reproduce la presentación de fs. 108/116.-

A fs. 138, fs. 140 y fs. 142, Oscar Flores y Laura Julieta Casas, Darío Santiago Nassif, y Víctor Enrique Ibáñez Rosaz, respectivamente, adhieren a la presentación de fs. 108/116.-

2°) Que el caso en debate se ciñe a definir dos cuestiones. Por una parte, el alcance del artículo 73 de la Constitución Nacional -y de modo concordante el artículo 105- y, por otra, la relevancia jurídica que tienen las expresiones hechas por los ciudadanos Scioli y Massa en el marco de este proceso, con relación al contexto de "incertidumbre comunicacional" que se pretende introducir en una causa judicial.-

3°) Que, razones metodológicas imponen considerar, en primer lugar, el planteo formulado con sustento en el artículo 73 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que "*no pueden **ser miembros del Congreso, [...] los gobernadores de provincia por la de su mando***".-

4°) Que, sobre la naturaleza de esta previsión, se ha explicado que se trata de una "incompatibilidad" funcional (GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Bs. As., 1993, página 537) o de ejercicio (SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapelusz,

///

///

9

Bs. As., 1944, página 262 y BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho Constitucional del poder*, Tomo I, Ediar, Bs. As., 1967, páginas 242/243).-

En tanto, "comúnmente, aunque con más frecuencia en la legislación que en la doctrina y jurisprudencia, se confund[e] incompatibilidad con inelegibilidad" (LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Las incompatibilidades parlamentarias en el derecho argentino y comparado*, Volumen I, Tomo I, Bibl. del Congreso de la Nación - Serie de Investigaciones Legislativas, Bs. As., 1942, página 31), vale recordar aquí que, mientras que las denominadas "inelegibilidades" importan la prohibición legal de ser elegido para ocupar un cargo determinado (LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo 9, Plus Ultra, Bs. As., 1987, página 259), las "incompatibilidades" -en cambio- consisten en "no poder desempeñar simultáneamente dos o más cargos de índole determinada, que pueden, sin embargo, desempeñarse aisladamente" (BIELSA, RAFAEL, *Derecho Constitucional*, Depalma, Bs. As., 1954, página 405) o -en otros términos- en la "imposibilidad [...] del desempeño simultáneo, por la misma persona, de la función legislativa y de ciertas ocupaciones públicas y/o privadas" (LINARES QUINTANA, op. cit., página 257).-

Al igual que lo que ocurre con el

///

///

10

artículo 105 de la Constitución Nacional, la prohibición contenida en el citado artículo 73 no constituye entonces una "condición de elegibilidad, sino [una] alternativa[] constitucional[] que impone[] el deber de optar entre uno y otro cargo" (BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, La Ley, Bs. As., 2004, página 1015).-

5°) Que, del mismo modo, lo ha entendido la jurisprudencia. En efecto, en el precedente que se registra en Fallos CNE 2481/98, dictado en la causa "*Duce, Jorge Luis s/acción declarativa de derechos c/Fernando de la Rúa y Graciela Fernández Meijide*", esta Cámara puso de relieve que lo "prohibido [...] es la simultaneidad de funciones, es decir el ejercicio, al mismo tiempo, de dos cargos u oficios específicos".-

Explicó allí este mismo Tribunal que "la Constitución Nacional, en su forma de gobierno representativa, establece restricciones al sufragio pasivo o derecho de elegibilidad, vale decir, causas de inelegibilidad por un lado, e incompatibilidades por el otro, para desempeñar sendas funciones. Así, prohíbe [...] ser miembro del Congreso [...] [a] los [g]obernadores de [p]rovincia por la de su mando (art. 73), esto último 'en el sentido de estar prohibido únicamente el ejercicio simultáneo de los dos cargos' (Rivarola, Rodolfo: *Diccionario de Instrucción Cívica*

///

///

11

y práctica constitucional argentina; Buenos Aires, Ed. coni, 1934, pág. 280)”.-

En este punto, el supuesto en estudio se diferencia nítidamente de la cuestión relativa a la imposibilidad de quien se halla en ejercicio de un segundo mandato consecutivo como Presidente de la Nación de postularse inmediatamente al mismo cargo -cf. Fallos CNE 2525/99 y sus citas- pues en ese caso -como en todos los supuestos en que se prohíbe una reelección-, lo que se regula es precisamente la inelegibilidad para el mismo cargo de quien lo ejerce.-

6°) Que de lo expuesto se desprende que la eventual incompatibilidad que, en caso de resultar electos, afectaría a los sujetos impugnados, no es óbice a la oficialización de sus candidaturas como diputados nacionales, en tanto -como se dijo (cf. cons. 3° y 4°)- las prohibiciones contenidas en los artículos 73 y 105 de la Constitución Nacional atañen únicamente al *ejercicio* de los cargos.-

Al respecto, se expresó que “[1]a cláusula estipula la prohibición de desempeñarse como legislador para [...] los gobernadores”, previsión que “resguarda el sistema federal, evitando la superposición de funciones en los dos niveles de gobierno” (SABSAY, DANIEL y ONAINDIA, JOSÉ, *La Constitución de los argentinos*, 4ª ed.,

///

///

12

Errepar, 1998, Bs. As., página 220).-

En este sentido, se explicó que tal exigencia "se impone como recaudo para ser incorporado a una de las Cámaras o, en su caso, para proseguir siendo miembro de ellas. Por ende, es viable que un gobernador resulte elegido miembro del Congreso, aunque no es posible que integre el cuerpo legislativo sin cesar, previamente, en el cargo ejecutivo provincial" (BADENI, op. cit., página 1012).-

Ello encuentra fundamento en el hecho de que "el desempeño de ambos cargos simultáneamente resulta prácticamente imposible" (BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III, Ediar, Bs. As., 2001, página 61; y SÁNCHEZ VIAMONTE, op. cit., página 262). Esta previsión reconoce su quicio en las razones históricas que exigían el establecimiento de dos órdenes de autoridades claramente diferenciadas, el local y el federal, lo cual no era una regla generalizada hasta su sanción.-

De este modo, un gobernador puede ser candidato a diputado o senador nacional e, inclusive, resultar electo; pero, para asumir el rol de legislador, debe renunciar previamente a la gobernación (BADENI, op. cit., página 1012).-

7°) Que ello no aparece desvirtuado por la escueta aseveración incorporada en el debate constituyente de 1853, para dar "las razones de esta exclusión fundándose

///

en la libertad del voto y en el temor de que por obtenerlo los [g]obernadores violentasen al [p]ueblo" (Intervención del convencional Seguí, Sesión del Congreso General Constituyente del 27 de abril de 1853 en RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Tomo IV, Peuser, Bs. As., 1938, página 527), aun cuando tal criterio fue receptado por algún sector de la doctrina constitucional (DE VEDIA, AGUSTÍN, *Constitución Argentina*, Coni Hnos., Bs. As., 1907, página 220/221; RAMELLA, PABLO A., *Derecho Constitucional*, Est. Gráfico Standard, Bs. As., 1960, página 533; GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, La Ley, Bs. As., 2001, página 334; GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Lajouane & Cía., Bs. As., 1923, página 466/468, y MONTES DE OCA, MANUEL A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II, Tip. y Enc. La Bs. As., Bs. As., 1910, página 149).-

8º) Que ello es así pues, como se ha dicho en otras ocasiones, "a la hora de interpretar una Constitución, el debate del que es fruto no reviste el mismo valor que cuando esa tarea enfrenta una norma ordinaria" (cf. Fallos CNE 2984/01).-

En efecto, se ha explicado que las reglas de hermenéutica constitucional no son idénticas a las que se aplican para interpretar las leyes comunes (LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus

///

14

Ultra, Bs. As., 1987, página 42), pues "[l]a amplitud de los temas que abarcan las [disposiciones] constitucionales [...], impon[e] la necesidad de acudir a técnicas, procedimientos y métodos específicos" (BADENI, op. cit., Tomo I, página 80).-

No es ocioso recordar aquí las palabras del célebre *chief justice* John Marshall en cuanto destacó que la Constitución, por su naturaleza requiere que solamente los grandes lineamientos puedan ser expresados, sus objetos importantes designados, y advirtió que nunca debía olvidarse que lo interpretado es una Constitución, que ha sido creada con la intención de prevalecer para las épocas futuras y, consecuentemente, debe adaptarse a las variadas circunstancias de los asuntos humanos ("*we must never forget that it is a constitution we are expounding*" ... "*This provision is made in a constitution, intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs*", 17 U.S. 316 -Wheat.- "*McCulloch v. State of Maryland et al.*", de 1819). En tal sentido, es preciso resaltar que la Constitución está destinada por naturaleza a regir situaciones futuras y lejanas en el tiempo.-

Conceder un valor talismático al pensamiento de un convencional que no encuentra referencia en la literalidad de la norma para procurar su interpretación, no resulta una hermenéutica aceptable desde ninguna de las

///

///

15

categorías ensayadas a este fin, y conduciría a una solución *contra legem*. Lo que se propone no es siquiera una interpretación auténtica.-

9º) Que, por otra parte, resulta ineludible constatar que el criterio según en cual se trataría de una causal de inelegibilidad no solo no se tradujo en el contenido literal de la norma -aspecto que reconoce incluso la doctrina que citan los actores en esta causa- sino que, además, tampoco formó parte del contenido material de la Constitución.-

En efecto, ha sido práctica reiterada de los gobernadores de provincia postularse para asumir un cargo legislativo nacional y viceversa (LINARES QUINTANA, *Las incompatibilidades parlamentarias* cit., Tomo II), desde la época más inmediata a la sanción de la misma hasta los años recientes. Sin pretender efectuar una reseña con valor científico al respecto, puede apuntarse con alto grado de certeza que, desde 1854 hasta 2007, casi cuarenta senadores nacionales resultaron electos encontrándose vigentes sus mandatos como gobernadores.-

Ilustrativo resulta el caso de Ángel D. Rojas, pues éste fue elegido senador nacional por la Legislatura de la Provincia de San Juan, en 1916, pocas horas después que ese mismo cuerpo aceptara su renuncia como gobernador de la Provincia. Pese a que se formularon algunas

///

///

oposiciones a la aceptación de su diploma (BADENI, op. cit., páginas 1012/1013), la Cámara rechazó las impugnaciones y aprobó el título.-

Por lo demás, tales situaciones se verificaron con candidatos de las más diversas fuerzas políticas nacionales. A título de ejemplo -y no tratándose de una enumeración taxativa- pueden citarse por la Provincia de Buenos Aires, Felipe Carlos Solá, del Frente para la Victoria -2007-; Catamarca, Oscar Aníbal Castillo, del Frente Cívico y Social -2003-; Chaco, Roy Abelardo Nikisch, de la Alianza Frente de Todos -2007-; Córdoba, Miguel Juárez Celman, Gregorio Gavier y Antonio del Viso, todos del Partido Autonomista Nacional -1880 y 1883- y Eduardo Angeloz, de la Unión Cívica Radical -1995-; Corrientes, Manuel Derqui, del Partido Autonomista de Corrientes -1886- y José Antonio Romero Feris, del Partido Autonomista -1995-; Entre Ríos, Enrique Carbó, de la Unión Cívica Radical -1907- y Jorge Pedro Busti, del Partido Justicialista -2007-; Jujuy, Alberto José Iturbe, de la Unión Cívica Radical -1952- y Eduardo Alfredo Fellner, del Partido Justicialista -2007-; La Pampa, Rubén Marín, del Partido Justicialista -2003-; Mendoza, Tiburcio Benegas, del Partido Demócrata -1895-; Salta, Robustiano Patrón Costas, del Partido Demócrata -1916- y Juan Carlos Romero, del Partido Justicialista -2007-; Santa Fe, Nicasio Oroño, del Partido Liberal -1868-, Simón de

///

///

17

Iriondo, del Partido Autonomista de Santa Fe -1874-, Carlos Reutemann, del Partido Justicialista -1995 y 2003- y Jorge Alberto Obeid, del Partido Justicialista -1999 y 2007-; Tierra del Fuego, Mario Jorge Colazo, del Partido Unidad Federalista -2007-; y Tucumán, Fernando Pedro Riera, del Partido Peronista -1952- y Julio Miranda, del Partido Justicialista -2003-.-

Todos ellos fueron elegidos senadores o diputados nacionales, encontrándose en curso sus mandatos como gobernadores de provincia, cerca o lejos de su conclusión.-

Naturalmente, ninguna relevancia tiene, en la exégesis de la norma que se viene examinando (art. 73 de la Constitución Nacional), el momento en el cual se postula como candidato a legislador nacional quien ejerce la gobernación de una provincia -esto es, al inicio, durante o al final de su período- puesto que si la finalidad de la previsión constitucional radica en evitar que los gobernadores "violenten al pueblo" para conseguir su voto - que es lo que constituye el núcleo del planteo que sostiene el apelante- esa posibilidad estaría presente durante todo el lapso en el que el candidato ejerce la gobernación, por corto que sea el tiempo que reste para su conclusión.-

10°) Que lo expuesto hasta aquí pone en evidencia que, pese a lo afirmado por los calificados

///

///

18

constitucionalistas aludidos en el considerando 6º, acerca de que "[l]a explicación dada por el convencional Seguí, en 1853, es terminante" (RAMELLA, op. cit., página 533), la mal llamada "interpretación auténtica" propuesta -como se adelantó (cf. cons. 7º)- no se condice con el criterio seguido en la experiencia práctica por todos los poderes del Estado de modo pacífico y no controvertido, tanto en el orden local como federal desde los albores de la República Argentina.-

11º) Que ello fue, no obstante, objeto de temprana preocupación por un sector de la política agonal. Así, se presentó un proyecto de ley según el cual "*[s]e presum[ía] fraudulenta y se tendr[ía] por nula toda elección de diputado o senador al Congreso Nacional, que reca[yesen] en personas que desempeñ[asen] o hayan desempeñado el gobierno de alguna provincia, hasta un año después de haber cesado en sus funciones*", el cual fue rechazado por la Comisión de Negocios Constitucionales el 31 de mayo de 1890, por considerar que "*sería una violación de nuestra Carta Fundamental, exigir otras condiciones que las que ella requiere como indispensables para ser miembro del Congreso*" (Intervención del miembro informante cit. en LINARES QUINTANA, *Las incompatibilidades parlamentarias* cit., Tomo II, página 246). Esa norma propuesta nunca logró el consenso para su sanción.-

///

De modo análogo, se sostuvo que "[e]n los Estados Unidos se ha visto muchas veces al mismo presidente de la República presentarse como candidato para la reelección sin renunciar a su cargo, a pesar de la presión moral que el hecho importa." (MATIENZO, JOSÉ NICOLÁS, *Cuestiones de Derecho Público Argentino*, Tomo II, Abeledo, Bs. As., 1924, página 676).-

12°) Que a lo expresado hasta aquí cabe agregar que, a diferencia de lo que ocurre en otros países de Latinoamérica (v. gr., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -artículo 55, inc. V-; Constitución de la República Oriental del Uruguay -artículo 100-; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -artículo 140, inc. II-; Constitución Política de la República de Guatemala -artículo 164-; Constitución de la República de El Salvador -artículo 127-; Constitución de la República de Honduras -artículo 199-, y Constitución Política de Nicaragua -artículo 134-), "[n]i la Constitución Nacional, ni la ley 23.298, ni el Código Electoral Nacional [...] obligan a quien ocupa un cargo público electivo a renunciar a él antes de solicitar la oficialización de su candidatura para otro distinto" (cf. Fallos CNE 2481/98 cit.) así como tampoco establecen una antelación mínima en el cese de aquéllos; lo cual podría ser en algún punto axiológico "deseable" pero -como ha quedado expuesto- no es imposición normativa.-

///

20

13°) Que, en otro orden de consideraciones y más allá de lo meritorio de la finalidad que -según lo expuesto en el considerando 6°- inspiró su inclusión, tal premisa sería imperfecta al pretender prevenir toda influencia que los gobernadores de provincia -por su condición de tales- pudieran ejercer con el objeto de inclinar el sufragio a su favor en una elección en la que fuesen candidatos y conduciría, en última instancia, a sostener que -en su teleología- la Constitución contiene la prohibición de la reelección inmediata de los gobernadores de provincia, lo cual resultaría manifiestamente contrario a las previsiones del artículo 5° de la ley fundamental, como así también -llevando el razonamiento al extremo- la postulación de un gobernador a una candidatura presidencial, pues la provincia hace parte del Estado Nacional.-

Al respecto, se expresó que, "para brindar coherencia intelectual a este argumento, correspondería aplicar la cláusula de inelegibilidad propuesta a todos los funcionarios que ocupan cargos públicos, tengan o no carácter electivo" (BADENI, op. cit., página 1014), para concluir que tal "solución, que podría resultar atractiva a la luz de un enfoque rigurosamente ético, presenta el serio inconveniente de privar al país de la colaboración que pueden brindar aquellos ciudadanos que, por la experiencia recogida [...], están [...] capacitados

///

para la conducción política de los negocios públicos" (BADENI, op. cit., página 1014).-

14°) Que de allí que, en la actualidad, la legislación procure prevenir los factores susceptibles de alterar la libre expresión del sufragio -principio advertidos tempranamente por el convencional Seguí- mediante la incorporación de regulaciones tendientes a asegurar la igualdad de oportunidades y resguardar la equidad en la contienda electoral (cf. Fallos CNE 3181/03; 3216/03; 3352/04; 3532/05; 3584/06 y 3751/06, entre otros) y por las cuales, además de establecerse límites a la duración de las campañas (cf. artículos 64 *bis* y *ter* del Código Electoral Nacional), se imponen restricciones a la publicidad de los actos de gobierno (cf. artículo 64 *quater*, Código cit.). Este ha sido el camino adoptado por nuestro constituyente y legislador, no otro.-

15°) Que, superada esa primera cuestión, corresponde examinar los restantes agravios formulados.-

A tales efectos, es preciso evocar aquí que el sistema representativo, establecido de modo liminar por el artículo 1° de la Constitución Nacional, supone -entre otras cosas- que "[l]a elección, en cuanto técnica para la designación de los gobernantes, hace visible y en cierto modo efectiva la vinculación entre representantes y representados" (FAYT, CARLOS S., *Sufragio y representación política*, Bibliog.

Omeba, Bs. As., 1963, página 92).-

En esa inteligencia, se explicó que "corresponde a los electores en [los comicios] decidir quiénes de entre ellos *serán sus representantes*" (FAYT, op. cit., página 45, bastardilla agregada).-

Así, "el procedimiento electoral tiene como resultado, no el de designar mandatarios en sentido contractual de la palabra, sino el designar representantes, [...] es decir, [...] individuos que [...] deberán esforzarse en traducir en sus actos las aspiraciones o los deseos de aquellos que los han elegido" (HAURIOU, ANDRÉ, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ariel, Barcelona, 1971, página 250).-

Se expuso asimismo que, en los comicios, "el elector concede su asentimiento a una candidatura por medio del sufragio. En virtud de dicha candidatura el que solicita los sufragios ha presentado un programa que, en lo posible, tratará de realizar" (HAURIOU, op. cit., página 249/250).-

De lo anterior se sigue que "[l]a declaración de candidatura [...] concreta el fenómeno del asentimiento por el cual señala su voluntad. [...] Tratándose de procedimientos electorales, las manifestaciones de asentimiento (o disentimiento) son más puras si se organizan en torno a candidaturas oficialmente declaradas y puestas en

conocimiento de los electores" (HAURIU, op. cit., página 264).-

16º) Que, en ese marco, los candidatos expresan las opciones de quienes, de conformidad con el resultado de los comicios y el sistema electoral aplicable, ejercerán el mandato representativo que el pueblo les confiere en la elección.-

Por ello -y como se ha explicado- "es razonable exigir que los candidatos hagan, al ser nombrados, una declaración comprometiéndose a ocupar sus escaños si son elegidos" (MACKENZIE, WILLIAMS J.M., *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962, página 43).-

17º) Que, precisamente con este fin, el ordenamiento electoral exige que, para la oficialización de una candidatura, el ciudadano cuya postulación se pretende manifieste de modo expreso su aceptación. En tal sentido, la ley 23.298 prevé que "*la constancia de la aceptación de las candidaturas por los candidatos, deberá[] ser remitida[] [por el partido] al juez federal con competencia electoral, en oportunidad de requerirse la oficialización de las listas*" (artículo 22, *in fine*).-

Dicha aceptación supone naturalmente la intención de quien la suscribe de ejercer el cargo para el que se postula, en caso de resultar electo.-

18º) Que, obvio es decirlo, si se

///

configurase un supuesto de lo que vulgarmente se ha dado en llamar "candidatura testimonial", ésta no podría ser oficializada. Ello, pues -como lo ha dicho nuestra Corte Suprema- en las elecciones "[s]e materializa [...] la relación entre quienes aspiran a ser designados y quienes con su voto realizan la designación. El primero es considerado el candidato, el segundo individualmente se denomina elector y, en su conjunto, conforman el cuerpo electoral" (cf. Fallos 312:2192 y 326:1778). Por tanto, "la teoría electoral de la representación es, en efecto, la teoría de la representación responsable: su problema no es el de satisfacer el requisito de la semejanza, sino de asegurar la obligación de responder (SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de la teoría política*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, página 265). En otras palabras, en el supuesto de mención, habría candidatos que no pretenden ser representantes y por lo tanto no podrían ser oficializados por defraudar al elector, pues se habrá quebrantado la relación representante-representado que nuestros constituyentes han plasmado en la letra y en el espíritu de la Constitución Nacional y asimismo configurará un apartamiento ético, con la consiguiente desazón que producirá en parte del electorado.-

19º) Que, ahora bien, en este caso, de las constancias agregadas a la causa se desprende que los señores Scioli y Massa aceptaron las candidaturas a diputados

///

nacionales impugnadas en el *sub examine*, circunstancia que traduce inicialmente su pretensión de asumir los respectivos mandatos representativos.-

Los recortes periodísticos arrimados por los impugnantes no logran controvertir tal constatación pues, además de ser anteriores a la expresión de voluntad referida (cf. artículo 22, *in fine*, ley 23.298 cit.), la aceptación de una candidatura a un cargo representativo no constituye una mera formalidad sino que representa un compromiso de quien la presta frente al electorado respecto de su ulterior comportamiento.-

Por lo demás, ninguna declaración complementaria -por más actualizada y explícita que fuera esa manifestación de voluntad- alcanzaría a satisfacer una pretensión de certeza -como la que se infiere de la apelación examinada- respecto de las conductas futuras de los candidatos. No obstante ello, es preciso resaltar que no corresponde a los tribunales juzgar las acciones futuras, sino que -en un supuesto como el de autos- es necesario esclarecer exclusivamente el sentido de la manifestación de voluntad; es decir, de aquella que el régimen jurídico ha definido como relevante. Lo contrario conduciría en última instancia a la exorbitante e irrazonable pretensión de requerir diariamente -o incluso en lapsos aun más breves- una ratificación de aquella expresión.-

///

26

Debe ponerse de relieve, sin embargo, que a fs. 94 vta./95 se presentaron ante los estrados del Tribunal los señores Scioli y Massa con el objeto de expresar que *"obviamente, la aceptación de las candidaturas [...] implicó la voluntad de postulación al cargo, la consecuente disposición para la ejecución de la campaña con el fin de obtener el apoyo de los ciudadanos de la provincia para resultar electos y -eventualmente- la asunción al cargo para el que h[an] sido propuestos"* (cf. fs. 95).-

En tales condiciones y toda vez que, mediante la precedente declaración, los candidatos reafirman explícitamente su voluntad y disposición de asumir -en el caso de resultar electos- los respectivos cargos de diputados nacionales, las impugnaciones planteadas en este sentido carecen actualmente de virtualidad. En efecto, no sería jurídicamente posible -en modo alguno- privar a los mencionados ciudadanos del ejercicio de sus derechos políticos reconocidos en la Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales sobre la base de una supuesta voluntad personal que terceros les adjudican pero que ellos mismos controvierten en este proceso judicial.-

20°) Que, por lo demás y con respecto a lo afirmado acerca de que con *"la ostensible finalidad de actuar como señuelo o carnada para 'traccionar' artificialmente la adhesión de los electores"* (cf. fs. 40),

///

///

27

la candidatura examinada no sería más que "una estrategia [...] [por] la cual [...] se ha[] postulado para ocupar una banca legislativa [quien], de resultar electo[] no asumirá[] en su[] cargo[]" (cf. fs. cit.), no puede sino concluirse que ello conformaría, en todo caso, lo que en el ámbito civil se denomina una "reserva mental", según la cual "el declarante secretamente y para sí piensa no querer lo manifestado" (COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Casos de incoincidencia entre la voluntad y la declaración*, La Ley 2005-F, 843), razón por la cual -obvio es decirlo- resultaría de imposible constatación objetiva y pretender develarlo supondría una injerencia en el fuero íntimo de los candidatos -propia de regímenes totalitarios- manifiestamente repulsiva en el marco de nuestro Estado de Derecho.-

21°) Que, no obstante, escapa a la esfera de lo jurídico -que debe necesariamente acotar la actuación de los jueces- ingresar en ámbitos que quedan regulados por las conciencias de los hombres, sólo alcanzados por la moral individual. La aceptación de las candidaturas sumada a la presentación espontánea mencionada de fs. 94 vta./95, traducen indefectiblemente al día de hoy la voluntad de los candidatos de asumir los cargos para los que se postulan; sin que quepa atribuir a la palabra "eventualmente" utilizada en ese escrito, otro sentido que no sea el de hallarse sujeto a un evento; en este caso, naturalmente, el resultado de la

///

elección.-

Debe descartarse la "sospecha" respecto del comportamiento de los ciudadanos como principio rector de la actuación de los poderes públicos en el Estado de Derecho. En el marco de dicha premisa, este Tribunal ya aclaró, sobre una cuestión análoga a la que aquí se presenta, que "el comportamiento político posterior de quienes puedan resultar electos [...] -el cual no puede predecirse [...] - incumbe al modo en que la imputación de la representación encuentra forma de expresión y no a la transparencia en la génesis de su reconocimiento" (cf. Fallos CNE 3571/05).-

La situación examinada es, en este aspecto, idéntica a la que se verifica en la conformación de cualquier vínculo jurídico. Cuando los contrayentes prestan el consentimiento legalmente exigido, no puede saberse si son sinceros o no, así como tampoco puede determinarse *ab initio* si alguno de ellos pretenderá luego rescindirlo.-

22º) Que es pertinente recordar que la "labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual (...) constituye un elemento de la garantía

///

29

constitucional del debido proceso" (Fallos 330:3486, votos de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, Fallos 330:1150, disidencia de los jueces Fayt y Lorenzetti, Fallos 329:550, disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti). En el caso, no se trata siquiera de un modo de valorar elementos probatorios de acuerdo con pautas que -como la de la "sana crítica"- podrían permitir al juzgador tener por no acreditadas circunstancias alegadas en el proceso, en razón de no haberse formado una convicción razonable con las probanzas que le han presentado, pues aquí se discuten decisiones del fuero íntimo de los candidatos, como es su voluntad final de asumir los cargos a los cuales se postulan; y esos mismos candidatos expresaron formalmente en sentido afirmativo dicha voluntad en al menos tres instancias: primero, al aceptar las candidaturas; luego -en respuesta a la impugnación que origina el presente- a través del apoderado partidario que afirmó que "a la fecha cualquiera de [los] candidatos registrados, ya sea que resulten oficializados o electos, están dispuestos a asumir los cargos, dando fe de ello" (cf. fs. 58 vta.) y, por último, personalmente, al "ratifica[r] íntegramente [....] las afirmaciones realizadas por los apoderados del Frente Justicialista para Victoria" -supra transcriptas- y manifestar, además, su disposición para la asunción del cargo al que han sido propuestos (fs. 94 vta./95).-

///

///

30

Como se observa, no se está frente a una hipótesis que pueda ser calificada como de sacralización de las formas procesales -que desconozca la finalidad que las inspira o una verdad objetiva- sino ante el respeto del debido proceso y de la defensa que en este juicio han formulado los demandados, cuyas intervenciones expresan una voluntad personal, un factor estrictamente subjetivo, que no es posible valorar judicialmente, en términos probatorios, como si fuera una suerte de indagación acerca de la verdad de las aspiraciones declaradas.-

23°) Que la conclusión alcanzada no se ve enervada en razón de lo alegado por los recurrentes en el sentido de que "la autenticidad que mencionan los pactos [internacionales] se refiere a que se trate de candidatos de verdad, que se postulen para asumir en caso de resultar electos" (cf. fs. 79 vta.).-

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) ha explicado que "[l]a autenticidad que debe caracterizar a las elecciones, en los términos del artículo 23 de la Convención Americana, implica que exista una estructura legal e institucional que conduzca a que el resultado de las elecciones coincida con la voluntad de los electores" (OEA/Ser.L/V/II.76, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Panamá", de 9 de noviembre de 1989).-

///

///

31

Siguiendo el mismo razonamiento, la C.I.D.H. insiste en que "[e]l acto de elegir a esos representantes debe ser 'auténtico', en el sentido que dispone la Convención Americana, lo cual significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de coerciones que distorsionen la voluntad de los ciudadanos" (C.I.D.H., Resolución N° 01/90 -Casos 9768, 9780 y 9828-, de 17 de mayo de 1990).-

Se explaya el citado órgano interamericano en cuanto a que "[l]os diversos pronunciamientos que al respecto ha formulado [...], [le] permiten considerar que la autenticidad de las elecciones abarca dos categorías diferentes de fenómenos: por un lado, los referidos a las condiciones generales en que el proceso electoral se desarrolla y, por otro lado, aquellos fenómenos vinculados con el sistema legal e institucional que organiza las elecciones y que ejecuta las acciones propias del acto electoral, es decir, aquello relacionado de manera directa e inmediata con la emisión del voto" (C.I.D.H., Res. cit., párr. 48).-

En lo que se refiere a las condiciones generales en que se desarrolla la competencia electoral, "ellas deben conducir a que las diferentes agrupaciones

///

///

32

políticas participen en el proceso electoral en condiciones equivalentes" (C.I.D.H., Res. cit., págr. 49). En lo que toca a los elementos específicos de la organización del proceso electoral, la Comisión se refiere "a las leyes que lo regulan con el objeto de determinar si esas leyes garantizan tanto la adecuada emisión del voto como su recuento correcto"; el objeto de esta verificación -continúa explicando- "ha sido detectar la eventual manipulación del proceso a favor de quienes controlan las instituciones (generalmente el gobierno, un partido político o las fuerzas militares), determinar quiénes deciden sobre la validez del voto (composición de los organismos electorales) y cómo se controlan sus decisiones (órganos de apelación)" (C.I.D.H., Res. cit., págr. 76).-

En síntesis, el examen de la Comisión Interamericana al respecto "ha tenido por objeto [...] evaluar la adecuación de la voluntad popular con los resultados finales de la consulta electoral puesto que a ello [remite] la 'autenticidad' de las elecciones a que se refieren los instrumentos jurídicos tanto universales como regionales de derechos humanos" (C.I.D.H., Res. cit., págr. 78).-

Como se advierte, la condición de *autenticidad* exigida por la Convención Interamericana en nada se vería conmovida por la cuestionada "sinceridad" de las

///

manifestaciones de los candidatos -aspecto que, por otra parte, comprendería además a las campañas electorales e importaría restringir severamente la libertad de expresión en ese marco- o aun con las presuntas "intenciones" no expresadas por los candidatos. En otros términos, el carácter auténtico se vincula con la *genuinidad* del proceso electoral *in totum* y no con las acusaciones recíprocas de mendacidad que lamentablemente suelen ser parte del debate político pre-electoral.-

24°) Que no se ignora, por supuesto, que en casos como el que se trae a conocimiento del Tribunal, se encuentra involucrado el principio de responsabilidad política.-

En este sentido, se ha explicado que "la responsabilidad significa deberes[,] y es ese[,] otro elemento importante al tratar de consolidar un espacio democrático [...]. La democracia es asumir mi posibilidad de participación consciente de lo que hago en el marco de un proyecto histórico determinado y eso implica tener claridad frente a lo que deseo hacer y estar dispuesto a asumir [las] consecuencias de mi participación" (MUÑOZ LOZADA, MARÍA TERESA, *Democracia y participación ciudadana: el nuevo orden constitucional y legal*, Univ. Pedagógica Nacional, Bogotá, 1995).-

Ahora bien, en el sistema representativo,

///

la consideración y decisión sobre la responsabilidad política de los gobernantes se encuentra atribuida exclusivamente a la sabiduría y prudencia del pueblo que integra el cuerpo electoral.-

Frente a la expresa pretensión de acceder al cargo por el cual compiten, manifestada en estos autos por los candidatos cuestionados, es de toda evidencia que no puede exigírsele a la justicia desentrañar las intenciones, propósitos o planes íntimos de quienes se presentan al electorado requiriéndoles el voto. Tal especie de "control preventivo" de las conductas futuras de quienes puedan resultar electos es, como se dijo, inimaginable en un Estado de Derecho.-

25°) Que la solución que se adopta, atendiendo a las manifestaciones de voluntad de los candidatos, no importa sino atenerse al principio de "buena fe" que debe primar en la evaluación de la exteriorización de conductas como las que aquí se atribuyen. Sin embargo, esta obligada predisposición que deben ostentar los órganos del Estado, no precave a la ciudadanía del riesgo de que tal creencia -basada en la confianza que, como se dijo, deben merecer manifestaciones de esa naturaleza- resulte traicionada si, por acciones futuras, llegase luego a comprobarse que los candidatos no fueron "honestos" en su expresión ante el *a quo* y que ratificaron de

///

///

35

modo nuevamente expreso ante este Tribunal (cf. fs. 94 vta./95).-

Tales circunstancias importarían además fundamentalmente una inaceptable manipulación de las instituciones de la República, a la vez que una grave lesión al proyecto de Nación al que todos, electores y candidatos, deben tributar.-

Sin embargo, aun cuando se supusiera que ello fuera a ocurrir, escapa a las atribuciones del Poder Judicial resolver sobre la base de hipótesis, conjeturas, suspicacias o sospechas -sean estas fundadas o no-. Pese a que nuestra "tarea resulte antipática e ingrata, no puede soslayarse que de su cabal cumplimiento depende la indemnidad del sistema democrático. De este modo, la función de los jueces en esos supuestos no se circunscribe a la resolución del caso que se le plantea sino que, por el contrario, su horizonte se halla en la preservación de los principios del Estado de Derecho" (cf. Fallos CNE 3741/06) y del sistema jurídico vigente. El apego al cumplimiento de la norma debe imponerse por sobre cualquier sensación del juzgador.-

Por todo lo expuesto, oído el señor fiscal actuante en la instancia y los *amici curiæ* presentados, la Cámara Nacional Electoral RESUELVE: Confirmar, por los fundamentos de la presente, la sentencia apelada.-

///

///

36

Regístrese, notifíquese con habilitación de horas y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.-

Fdo.: Santiago H. Corcuera - Alberto Ricardo Dalla Vía (en disidencia) - Rodolfo E. Munné - Ante mí: Felipe González Roura (Secretario).-

DISIDENCIA DEL DR. ALBERTO R. DALLA VIA

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 66/71 vta. el señor juez federal con competencia electoral del distrito de Buenos Aires resuelve "[n]o hacer lugar a las impugnaciones deducidas en autos contra las candidaturas a Diputados Nacionales, por la alianza 'Frente Justicialista para la Victoria', de los ciudadanos Daniel Osvaldo Scioli y Sergio Tomás Massa" (fs.71 vta.).-

Señala que el "artículo 73 [de la Constitución Nacional establece que] '[l]os eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso y los gobernadores de provincia por las de su mando'" (fs. 67 vta.). Por tal motivo manifiesta que "[e]l punto consiste en determinar si un gobernador en funciones -en el caso el de la provincia de Buenos Aires- puede ser candidato para ocupar el

cargo de Diputado Nacional por dicha provincia" (fs. cit.).-

Entiende que "[s]e trata de una incompatibilidad material, no es posible ser gobernador y legislador al mismo tiempo" (fs. 68), que "[l]a aceptación de un cargo, aunque no exista dimisión al anterior produce la cesación al mandato que se está cumpliendo" (fs. cit.) y que [e]sto último supone que es lícito presentarse o postularse para el cargo" (fs. cit.).-

Respecto del planteo de los impugnantes en el sentido de que los candidatos cuestionados han manifestado que no asumirían sus cargos en el caso de resultar electos, el a quo señala que "[s]í -sólo por vía de hipótesis- se reconociera en dichas declaraciones una renuncia anticipada a la banca legislativa a la que podrían acceder, no pued[e] dejar de señalar -porque constituye un hecho notorio- que es posible encontrar otras muchas difundidas por los mismos medios, que traducen la voluntad contraria" (fs. 69).-

En este contexto, destaca los dichos de los apoderados del Frente Justicialista para la Victoria en cuanto manifiesta que "[n]uestros candidatos se presentan para competir, ser elegidos y asumir tal como corresponde y ha sido tradición en nuestra fuerza política que nunca ha rehuído a las responsabilidades que la ciudadanía le ha conferido con su voto'" (fs. cit.).-

Manifiesta que “[l]levar al rango de engaño, señuelo o carnada la postulación del gobernador es una conclusión que no puede compartirse, al menos sin desmedro de la autoridad que al electorado cabe reconocer en un sistema democrático” (fs. 69 vta.).-

Agrega que “[c]on la expresión ‘candidaturas testimoniales’ [...] se alude a las personas que desempeñando cargos públicos se postulan pero, en caso de ser elegidos, no ocuparán el lugar disputado. El caso del [g]obernador de la Provincia de Buenos Aires constituye, en el sentir de los presentes, un ejemplo de esta situación que derivaría en una elección no auténtica. Destac[a] nuevamente que el punto de partida de los impugnantes -la expresión clara e inequívoca de que el candidato Scioli no asumirá si resulta electo o, lo que es igual, que existe una renuncia anticipada aparece desmedido, por declaraciones de aquel y difundida por los mismo medios de comunicación” (fs. cit.).-

Concluye que “[e]l postulante [cuestionado] reúne los requisitos constitucionales y legales para el cargo de Diputado de la Nación” (fs. 70 vta.), y que “todas las expresiones hasta aquí vertidas resultan también aplicables a la ampliación de impugnación [...] respecto del candidato Sergio Tomás Massa, fundadas en su calidad de Jefe de Gabinete de Ministros” (fs. cit.).-

A fs. 75/80 vta. Rafael Víctor Novello,

Walter D. Martello y Pablo Marcelo Carona, apoderados de los partidos Unión Cívica Radical, Afirmación para una República Igualitaria y GEN, respectivamente, apelan y expresan agravios.-

Respecto del candidato Daniel O. Scioli, se agravian que el a quo sostuvo que "el art. 73 de la [Constitución Nacional] establece una incompatibilidad material, referida sólo a la imposibilidad de ser gobernador y legislador al mismo tiempo" (fs. 75), por cuanto entienden, de acuerdo a antecedentes de la convención constituyente, que "[durante la campaña electoral] un gobernador puede violentar al pueblo [...] pues es justamente en esta oportunidad donde el gobernador tiene la posibilidad de usar la fuerza del aparato del estado, la utilización de los subsidios y de los planes sociales" (fs. 75 vta.).-

Advierten que "[l]a circunstancia de que esa haya sido la intención del constituyente no es un elemento más en la interpretación de la norma [pues señalan que] 'la primera regla de la interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador'" (fs. 76).-

Dicen que "[l]a resolución [...] no sólo no da ninguna explicación respecto del apartamiento de la intención del constituyente, sino que, por el contrario, cita en su apoyo doctrina opuesta a su tesis, otra de la que no se

///

40

desprende lo que afirma, o bien brinda argumentos inatinentes a la decisión del caso" (fs. 76 vta.).-

Con igual sentido, explican que "los ejemplos que se mencionan en la resolución [...] no guardan relación con el caso, pues se trata de [g]obernadores o [j]efe de [g]obierno que se postulan a [p]residente, o [v]icepresidente a [g]obernador o [s]enador a [p]residente, todos supuestos diferentes a la prohibición del art. 73 de la Constitución Nacional" (fs. 77).-

Expresan que "no puede sostenerse que el art. 73 sólo contempla, respecto de los gobernadores, una incompatibilidad material o fáctica, es decir que no pueden desempeñarse simultáneamente ambos cargos. Si tan modesto es el propósito de la Constitución, no se entiende por qué razón no se describen la multitud de casos que suponen una incompatibilidad material (además de la división de poderes), diputado-senador; presidente-ministro; vicepresidente-diputado" (fs. cit.).-

Añaden, al respecto que "de acuerdo a la línea argumental de que es posible presentarse para un cargo cuyo ejercicio está prohibido si luego se renuncia, no habría impedimento que un presidente se present[e] a un tercer mandato consecutivo [...] afirmando que posteriormente va a renunciar si resulta electo" (fs. cit.).-

Destacan que "la intención del

///

constituyente fue [...] establecer una incapacidad de derecho, los gobernadores de provincia no pueden presentarse, estando en funciones, como candidatos a cargos legislativos" (fs. cit.).-

En otro orden de ideas, manifiestan que "la soberanía del pueblo es la base del sistema republicano, el sufragio es el instrumento por el cual el pueblo constituye su gobierno. Todos los funcionarios públicos, en este sistema, han de obtener su título directa o indirectamente de la voluntad popular. Y para que en efecto sean los representantes de esa voluntad, el sufragio no debe estar contaminado por vicios que lo anulen o lo desnaturalicen" (fs. 77 vta.).-

Destacan que el "vínculo [...] entre representante y representado, no se encuentra presente en el caso de autos. La postulación como candidato en la presentación de las listas para su oficialización de acuerdo al art. 60 de[1] [Código Electoral Nacional] lleva [...] implícita la voluntad de asumir la representación que le otorgue el cuerpo electoral" (fs. 78).-

La postulación "como candidato supone una apuesta a la buena fe [...] [e]s una oferta, a la que cabe aplicar -por lo menos- los criterios propios de las reglas contractuales: una oferta aceptada es un trato, y no un cheque en blanco" (fs. 78 vta.).-

///

A fs. 86/95 contestan traslado Jorge Landau, Eduardo G. A. López Wesselhoefft y Ulises Giménez, apoderados de la alianza Frente Justicialista para la Victoria.-

Argumentan que "la incompatibilidad refiere al ejercicio de ambos cargos" (fs. 87), y aclaran que "[l]a interpretación 'de la' Constitución, para diferenciarla de la interpretación 'desde' la Constitución, toma en cuenta las normas de la constitución formal, diríamos que las interpreta en sí mismas, y en su plano" (fs. cit.).-

Entienden que "los únicos requisitos para ser elegidos diputados y senadores [son] los que surgen de los artículos 48 y 55 de la Constitución [Nacional]" (fs. 87 vta.).-

Agregan que "en el curso de la Revolución Francesa el concepto de la representación política se emancipó del derecho privado. El mandato imperativo fue desplazado por la representación libre, reemplazándose la relación mandante-mandatario, por una relación gobernado-gobernante" (fs. 90/vta.).-

Exponen que "la afirmación de los apelantes, de que no son candidatos reales es solamente unilateral y se basa en supuestos [toda vez que] no existe ninguna circunstancia que habilite a pensar ello, que más no sea haber tomado el tema como un eje de campaña con vistas al

///

próximo acto eleccionario. Así vemos a los dirigentes de los partidos de los impugnantes en todos los medios periodísticos hablando del tema sin expresar en qué se basan para cuestionar estas candidaturas" (fs. 91).-

Manifiestan que "[l]a renuncia a un cargo [...] se encuentra prevista en el ordenamiento electoral vigente (arts. 153, 155 y 164 C.E.N.)" (fs. 91 vta.). Agregan que "también es un acto lícito [...] la postulación simultánea, de una misma persona, como candidato a dos cargos distintos" (fs. cit.).-

A fs. 102/105 vta. el señor fiscal electoral actuante en la instancia estima que se debe confirmar la sentencia apelada.-

En los términos de la Acordada CNE 85/07 se reglamentó el instituto del amicus curiae, admitiendo el aporte de información o de opiniones no vinculantes de quienes, sin revestir el carácter de parte en la causa, cuentan con una reconocida competencia o versación sobre la cuestión debatida. Autorizando, así, presentaciones en causas que exceden el interés de las partes y proyectan sus efectos sobre el sistema electoral y de partidos, e incluso sobre las instituciones democráticas de la República.-

En dichos términos se presentaron a fs. 108/116 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 Loiano; Norberto Padilla; Carlos Salvadores de Arzuaga y Alfredo Mauricio Vitolo.-

A fs. 118/127 vta. se presentan, también, Lisandro Mariano Teszkiewicz y Hernán Domingo Del Gainzo.-

A fs. 129/136 Carlos Daniel Luque, en igual calidad, reproduce la presentación de fs. 108/116.-

A fs. 138, fs. 140 y fs. 142, Oscar Flores y Laura Julieta Casas, Darío Santiago Nassif y Víctor Enrique Ibáñez Rosaz, respectivamente, adhieren a la presentación de fs. 108/116.-

2°) Que en el *sub examine*, se encuentra controvertido si, además de cumplimentar las exigencias establecidas en el artículo 48 de la Constitución Nacional, que determina que "*[p]ara ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella*" y el recaudo del artículo 16, en cuanto prevé que todos los habitantes son iguales ante la ley, y "*admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad*" (cf. Fallo CNE 3275/03); la disposición contenida en el artículo 73 debe reputarse -también- como una causal más de inelegibilidad; que limite el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e

///

impida la oficialización de la candidatura que en el caso se objeta.-

Para ser titular del derecho de sufragio pasivo es indispensable la observancia de los requisitos denominados "positivos" o de "capacidad electoral", como así también de los "negativos" o de "elegibilidad". La falta de estos últimos se traduce en inelegibilidades, cuyo fundamento está dado "en la necesidad de garantizar tanto la libertad del elector (resguardándolo de toda coacción, directa o indirecta) como la igualdad de oportunidades de los candidatos contendientes en la elección" (Aragón, Manuel, *"Derecho Electoral: Sufragio Activo y Pasivo"*, en *"Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina"*, Cap. X, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos -IIDH-, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral -IFE- y Fondo de Cultura Económica, México, 2da. edición, 2007, págs. 192/193).-

En este sentido el Tribunal Constitucional Español señaló que "cuando de la inelegibilidad de un candidato se habla [...] el derecho fundamental en juego no es el del candidato declarado ahora inelegible, sino el de los electores, cuyo derecho de sufragio activo [...] a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos no lo es para

///

46

elegir candidatos declarados inelegibles, pues de otra manera, si se pudiese ejercer el derecho de sufragio para elegir como representante a quien no puede serlo por incurrir en una causa que impide su elección [...] se estaría alterando gravemente la voluntad del cuerpo electoral y, en consecuencia, viciando la relación representativa en el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos; relación ésta, cuyo correcto establecimiento es capital para la existencia y funcionamiento del Estado democrático que consagra" (STC 144/1999 - RTC 1999, 144).-

Por ello, para admitirse una candidatura a diputado nacional es necesario el cumplimiento de las calidades constitucionales y legales requeridas para la función a que aquellos se postulan (cf. Fallos CNE 3303/04). Es decir, la observancia de una serie de requisitos de elegibilidad y de capacidad.-

Como ya lo destacara este Tribunal "el principio de libertad de candidatura que es la regla, sufre algunas excepciones, pasibles de ser clasificadas según sean de carácter jurídico o de hecho" (Fallos CNE 3275/03), agregándose en el mismo sentido que "el sistema de partidos políticos, la fisonomía estructural del poder, en suma, los caracteres de un sistema democrático, dejan suficiente espacio para que la constitución de cada estado -sin desmedro de los derechos [políticos]-, establezca condiciones

///

///

47

razonables para la elegibilidad" (Fallos CNE 2378/98, 2388/98, 2401/98 y 3275/03).-

En el mismo sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que "[l]os Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Yatama vs. Nicaragua", 23 de junio de 2005).-

3°) Que el artículo 73 de la Constitución Nacional, en lo que aquí interesa, señala que "...los gobernadores de provincia no pueden ser miembros del Congreso por la de su mando...". Tal disposición es originaria del texto histórico de 1853, y tuvo por fundamento, conforme al pedido de explicaciones solicitado por el convencional Zenteno en la sesión del 27 de abril de 1853 del Congreso Constituyente y brindadas por el convencional Seguí, "...en la libertad del voto y en el temor de que por obtenerlo los gobernadores violentasen al pueblo..." (Ravignani, Emilio, "Asambleas Constituyentes Argentina 1813 - 1898", Tomo cuarto 1827-1862, Instituto de Investigaciones Históricas de la

///

Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1937, pág. 527).-

La más calificada doctrina reafirma ese sentido, de manera que Estrada recalca que "[l]a Constitución establece dos clases de incompatibilidades: las primeras anulan la elección; y las otras sólo retardan su efecto. Pertenecen a las primeras las elecciones recaídas en gobernadores de provincia [...]" ("*Curso de Derecho Constitucional*", Tomo tercero, Ed. Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902, pág. 214).-

Agustín De Vedia señalaba que "[l]o que la Constitución prohíbe es que los gobernadores sean elegidos por la misma provincia en que están ejerciendo sus funciones. [...]. Así resulta de las declaraciones hechas en el Congreso Constituyente" ("*Constitución Argentina*", Ed. Imprenta y casa editora de Coni Hermanos, Buenos Aires, 1907, págs. 220/221).-

Otro autor clásico, Montes de Oca, enfatizaba que "[l]a constitución es sólo explícita respecto de los gobernadores de provincia, según el art. 65 [actual 73], y de los ministros [...] [art. 105] [...]. En cuanto a los gobernadores, se explica fácilmente que no se les consienta venir al senado o a la cámara de diputados de la Nación, por el temor muy fundado de que hagan presión sobre el espíritu público a fin de obtener la representación; los

encargados del poder Ejecutivo disponen de mil medios para torcer la voluntad nacional, y la constitución debía hacer desaparecer el aliciente de las ventajas para estorbar que aquellos actos se realizaran" (*Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. Tip. Y Enc. "La Buenos Aires", Buenos Aires, 1910, pág. 149/150).-

Consideraba -además- que "los gobernadores no pueden ser elegidos diputados ni senadores, mientras desempeñen el cargo de tales [...]. Al día siguiente, al mes, a los dos meses de dejar un gobernador el puesto en la provincia de su mando, no se considera que existe la suficiente independencia popular para que pueda ser elegido diputado; no se considera que existe la suficiente independencia de la legislatura local, como para que pueda ser nombrado senador al congreso" (op. cit., págs. 150/151).-

En idéntico sentido se pronunció Joaquín V. González, cuyas opiniones están revestidas de especial autoridad en nuestra doctrina constitucional; quien señalara que "[d]ada 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 [hoy 72 y 73], 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 [hoy 48 y

///

54]" (*Manual de la Constitución Argentina*", Angel Estrada y CA Editores, Buenos Aires, 1897, págs. 414/415).-

Al analizar el actual artículo 73, el mismo autor ilustraba que "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 [Congreso], contra toda noción republicana" (op. cit., pág. 419).-

Por su parte, y a mayor abundamiento, González Calderón enseñaba que "[l]a incompatibilidad entre el cargo de Gobernador y el mandato legislativo tenía por objeto, en primer lugar, garantizar el mejor desempeño de aquél 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" (*Derecho Constitucional Argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*", Tomo II, Ed.

///

Lajouane, Buenos Aires, 1930/1931, pág. 495).-

Asimismo, la Convención Constituyente de 1949 suprimió de la norma citada -actual 73- a los eclesiásticos regulares dado que la exclusión "obedecía a los prejuicios anticlericales del liberalismo" (Ramella, Pablo A., *"Derecho Constitucional"*, Bs. As., 1960, pág. 532). Sin embargo, "[l]a prohibición subsist[ió] para los gobernadores de provincia [con la exclusión de la expresión "por la de su mando"]". Si la cláusula tiene algún sentido debe entenderse que el gobernador, en el ejercicio de su mando no puede ser elegido senador aunque después renuncie a este cargo. La explicación dada por el convencional Seguí, en 1853, es terminante" (ob. cit. pág. 533).-

Si bien se ha señalado que otros autores de nuestra doctrina constitucional -v.gr. Linares Quintana, Bidart Campos, Gelli, Sabsay y Onaindia, entre otros- en sus distintas obras sostienen la incompatibilidad funcional de la cláusula constitucional objeto de análisis, ello no impide advertir que la misma no sea -a su vez- una causa de inelegibilidad (cf. Bidart Campos, Germán, *"Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino"*, Tomo II, "El Derecho Constitucional del Poder", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, págs. 106 y ss.; Gelli, María Angélica, *"Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada"*, Ed. La Ley, 3ra. edición, 2005, págs. 647 y ss.; Linares Quintana, Segundo V.,

"*Las Incompatibilidades Parlamentarias en el Derecho Argentino y Comparado*", Biblioteca del Congreso serie de Investigaciones Legislativas, Volumen I, Tomo segundo, Buenos Aires, 1942, págs. 41 y ss.; Sabsay, Daniel A. y Onaindia, José M., "*La Constitución de los Argentinos*", Ed. Errepar, 4ta. edición, Buenos Aires, 1998, págs. 220 y ss.).-

Así, en el ámbito del Derecho Comparado se señala que "[e]n Argentina [se encuentra] una disposición formulada de manera que no permite determinar si se trata de normas de inelegibilidad o de incompatibilidad [que es el caso del artículo 73 de la Constitución]" (Leininger, Julia y Thibaut, Bernhard, "*Incompatibilidades*", en "*Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*", Cap. XLIII, ob. cit., pág. 1148).-

4°) Que la proclamación de candidaturas tiene efecto declarativo y constitutivo del derecho de sufragio pasivo. Por tanto, una vez firme -haya sido o no impugnada en los plazos establecidos por la ley- no cabe una ulterior apreciación jurídica sobre las causales de inelegibilidad. Ello es así en virtud de que "[e]l principio de seguridad jurídica se conecta así con el de preclusión procesal, de forma que las inelegibilidades no detectadas en tiempo y forma sólo son susceptibles de su eventual fiscalización por las Cámaras como causas de incompatibilidad" (Caamaño Domínguez, Francisco, "*El Derecho*

de sufragio pasivo", Ed. Aranzadi, Madrid, 2000, pág. 24).-

En nuestro ordenamiento jurídico la acreditación de las condiciones propias del cargo para el que se postulan los candidatos debe efectuarse en el estadio procesal que corresponde, esto es al momento del registro de las candidaturas (art. 60 del Código Electoral Nacional), por lo que es en esa oportunidad cuando los señores jueces electorales habrán de expedirse acerca del cumplimiento de tales condiciones (cf. Fallos CNE 2530/99).-

De ello resulta que el artículo 73 de la Constitución Nacional es un límite de elegibilidad para los gobernadores de provincia mientras estén en ejercicio de sus mandatos, prohibiéndoles postularse como candidatos a cargos legislativos en los distritos que los eligió previamente para ejercer la más alta función ejecutiva provincial.-

Es ese el significado que ha de dársele a la cláusula constitucional y no otro, ya que fue la intención de los redactores de nuestra Constitución cuyo fundamento radica en los principios básicos que la sostienen y no existen razones que autoricen a sostener que tal interpretación ha variado.-

En tal sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es

///

decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país (Fallos: 241:227; 244:129; 283:239).-

5°) Que al aplicar cualquier norma, es misión del juez indagar lo que significa. En el *leading case* "McCulloch vs. Maryland", el *Chief Justice* John Marshall al referirse a la Constitución señaló que "su naturaleza requiere que solamente los grandes lineamientos puedan ser expresados, sus objetos importantes designados [...] no debemos olvidar nunca que es una Constitución lo que estamos exponiendo [...] una Constitución prevista para durar mucho tiempo, y por consiguiente adaptarse a las diversas crisis de los asuntos humanos" (in re "McCulloch vs. Maryland" 17 U.S. (4 Wheat) 316, 4L. Ed.579 (1819) - Beytagh, Kauper, "Constitutional Law. Cases and Materials" Ed. Little Brown and Company, Boston 1980).-

Es por ello que "[c]uando una ley -o la Constitución- no es clara en algún punto, ya sea porque un término crucial resulte vago o una oración ambigua, entonces se dice que la norma debe interpretarse y se procede a aplicar 'técnicas de interpretación jurídica'. Casi toda la literatura asume que la interpretación de una ley es una cuestión de descubrir lo que los legisladores quisieron decir al utilizar los términos que utilizaron" (Rodríguez, César "La decisión judicial el debate Hart - Dworkin", Siglo del

///

Hombre Editores Universidad de los Andes, Colombia, 1997, pág. 146).-

El constitucionalismo exige "la obediencia de la constitución histórica, el documento creado en la fundación constitucional e interpretado a través de la historia del país" (Nino, Carlos S., "*La Constitución de la Democracia Deliberativa*", Gedisa Editorial, Barcelona, 1997, pág. 30). Coexisten "diferentes criterios en lo que concierne a temas constitucionales [que] se manifiesta[n] en la división entre *originalistas*, que pretenden tomar en cuenta las creencias y las actitudes de los padres fundadores, y los *constructivistas*, que favorecen una interpretación progresiva que toma en cuenta el significado objetivo de los términos empleados en la constitución al momento de su aplicación" (op. cit., pág. 32).-

De manera que la interpretación del artículo 73 de la Constitución Nacional como una causal de inelegibilidad de los gobernadores durante su mandato, satisface tanto a la posición originalista como a la constructivista.-

Entre los constructivistas, la teoría de Ronald Dworkin ha adquirido en las últimas décadas un insospechado relieve, que la hace digna de especial mención. [...] [P]arte de un cognitivismo constitucional, según el cual todo juez es capaz de -y debe- interpretar de forma

///

acertada la Constitución en todos los casos [...]. La configuración de los derechos no está al vaivén de las decisiones fraguadas en los procesos democráticos, sino que está contenida de manera explícita o implícita en la Constitución, y en los valores de la comunidad en los cuales funda su texto. [...] los derechos no pueden ser considerados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos. Su función es atar las manos de la comunidad, abstraer del juego político ciertas reglas básicas para el funcionamiento y la estructura de la sociedad" (Bernal Pulido, Carlos, *"El Derecho de los Derechos"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, págs. 40/41).-

6°) Que este Tribunal no desconoce que supuestos como los que aquí se controvierten son parte de una modalidad ya utilizada por algunos aspirantes a ocupar bancas legislativas, en diferentes circunstancias; pero el hecho que tales conductas hayan sucedido anteriormente, sin que existieran pronunciamientos judiciales, no es óbice para que las mismas sean permitidas eludiendo disposiciones constitucionales. Por el contrario, la existencia de una petición de parte, que causa gravamen, en un caso contencioso, habilita el control de constitucionalidad en esta instancia (cf. art. 2°, Ley 27).-

No es la primera ocasión, por otra parte, en que se somete a consideración del Tribunal un planteo que

///

bien podría haber tenido lugar mucho tiempo antes. Cabe recordar, a título de ejemplo, que desde las primeras normas electorales y hasta el año 2000 se prohibía votar a los detenidos en prisión preventiva (art. 3, inc. d, del Código Electoral Nacional) y cuando en ese año la cuestión fue sometida a la consideración de la Cámara, se declaró la inconstitucionalidad de la restricción (Fallo CNE 2807/00), aun cuando la norma tenía antigua vigencia y cuando en su aplicación se había negado el sufragio a una infinidad de ciudadanos. Así, en esa oportunidad se resolvió el caso de la manera en que se entendió justo hacerlo, aunque la solución contrariara la pasividad con la que se había tolerado históricamente la mencionada limitación.-

En efecto, mal pueden invocarse prácticas consuetudinarias si las mismas son contrarias a la letra y al espíritu de la Constitución Nacional. Es el principio de supremacía (art. 31 C.N.) el que aquí debe resguardarse. En distintos trabajos se ha puesto el acento sobre ciertas tendencias predominantes en nuestras prácticas sociales, políticas e institucionales de incumplir normas vigentes (cf. Hernández, Antonio María, Zovatto Daniel y Mora y Araujo, Manuel, *"Argentina: una sociedad anómica"*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005; Nino, Carlos Santiago, *"Un país al margen de la ley"*, Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino, Ed. Emecé, 1992;

García, Juan Agustín, "*La Ciudad Indiana*", Angel Estrada y Cia, Editores, 2da. Edición, Buenos Aires, 1909; entre otros).-

Si la práctica política contrasta con la norma constitucional en un Estado de Derecho sólo caben dos posibilidades: o se modifican las prácticas adaptándolas a la norma suprema o bien se espera la oportunidad de reformarla bajo el procedimiento del artículo 30. Mientras tanto la Constitución debe cumplirse.-

La parte orgánica de la Constitución Nacional trata de la limitación del poder, siendo que es la misma fundamentación racionalista la que justificó la sanción de una Constitución escrita; toda vez que fue el ideal libertario de las grandes revoluciones el que marcó 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.-

Para enmarcar el poder y dar concreción al principio constitucional de limitación, nuestra Constitución adoptó el sistema presidencialista diseñando para el gobierno federal la separación entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial como "sistema de frenos y contrapesos", para que tales poderes se contrapongan y controlen entre sí.-

Enseña Linares Quintque "[e]n 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" ("*Reglas para la Interpretación Constitucional*", Ed. Plus ULTRA, Buenos Aires, 1987, pág. 54).-

7°) Que respecto a lo manifestado a fs. 87 vta. en cuanto a que la cuestión aquí planteada habría sido resuelta por este Tribunal mediante los fallos CNE 616/88 y 2481/98, es dable señalar que los mismos fueron pronunciados por una integración anterior de esta Cámara; asimismo, no se debe soslayar que dichos precedentes no guardan relación con el objeto planteado en autos, toda vez que en el primero se cuestionaba la afiliación partidaria de un juez provincial y en el otro la cuestión versaba sobre la pre-candidatura a Presidente y Vicepresidente de la Nación del entonces jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de una diputada nacional.-

8°) Que corresponde ahora tratar el agravio referido a los candidatos que se postulan a cargos electivos sin estar dispuestos a asumir en caso de ser electos.-

Es menester determinar, de manera liminar, si estas candidaturas denominadas por los apelantes "testimoniales", "eventuales" o "condicionales" (fs. 77)

///

encuentran algún obstáculo constitucional o si, por el contrario, todo el plexo normativo carece de cláusula de referencia y por tanto estarían permitidas.-

En tal sentido, el artículo primero de la Constitución Nacional establece que *"La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal, según lo establece la presente constitución"*, de donde resulta que los alcances de nuestro modelo representativo deben buscarse en los artículos del propio texto constitucional.-

El artículo 22 reza en su parte pertinente que: *"El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución..."* en tanto que el artículo 33 recuerda que *"Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*, tales principios se han visto reafirmados con los derechos de participación política de los artículos 37, 38, 39 y 40 C.N, incorporados en la reforma de 1994.-

En orden a lo señalado, precisamente en el sistema de gobierno representativo consagrado en nuestra Constitución Nacional, es el pueblo la fuente originaria de la soberanía, y el modo de ponerla en ejercicio es el voto de

///

///

61

los ciudadanos a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación (cf. Fallos: 310:819; 326:1778; entre otros y CNE 3352/04, 3533/05, 3605/05, entre otros). En este sentido se ha definido a la democracia como el "régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados, por medio de elecciones sinceras y libres" (Duverger, Maurice, "Los partidos políticos", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pág. 376).-

A su vez, la Carta Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones del 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, estableció que "[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos" (artículo 3).-

Resulta -entonces- que, como lo ha expresado nuestro máximo Tribunal, "[e]l carácter

///

representativo de las autoridades depende de que su designación haya tenido o no origen en las elecciones, que son los procedimientos a través de los cuales el pueblo las designa. Se materializa así la relación entre quienes aspiran a ser designados y quienes con su voto realizan la designación. El primero es considerado el candidato; el segundo, individualmente se denomina elector y en su conjunto conforman el cuerpo electoral (Fallos: 312:2192)" (Fallos: 326:1778).-

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte, y constituye 'un 'principio' reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano" (OC-6/86, La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).-

9°) Que lo precedentemente expuesto nos lleva a que, sea cual fuere la teoría política en que tal relación se funde, es siempre necesario que exista un vínculo entre representantes y representados.-

En este orden de ideas, es oportuno citar aquí el ensayo N° LVII de "El Federalista", atribuido en su autoría a Hamilton y Madison; donde explicaban que "[s]i consideramos la situación de los hombres a los que el libre

sufragio de sus conciudadanos puede conferir un mandato representativo, hallaremos que ofrece todas las seguridades que pueden desearse o idearse para asegurar que son fieles a sus electores[...] y que prometen el cumplimiento sincero y escrupuloso de sus compromisos" (Fondo de cultura económica, México, 1ra. reimpresión, 1974, pág. 243).-

Asimismo, ha señalado Sartori que, "no puede existir representación mientras que el representante no sienta la expectativa de aquellos a los que representa, y no la siente como una expectativa vinculante. Por lo tanto, no sólo la representación es una 'idea', sino que es también, necesariamente un 'deber'. [...] [L]a moderna representación política es 'representación electiva', desde el momento en que es esta asociación la que convierte a la representación, al mismo tiempo, en política y moderna. El medio (elecciones) no puede sustituir al *animus* (la intención representativa)" ("*Elementos de la teoría política*", Alianza Editorial, España, 1ra. reimpresión, 2002, pág. 265). Por tanto, concluye el referido autor que "[l]a teoría electoral de la representación es, en efecto, la teoría de la representación responsable: su problema no es el de satisfacer el requisito de la semejanza, sino de asegurar la obligación de responder" (op. cit., pág. 266).-

10°) Que en este sentido este Tribunal ha considerado que "el derecho pasivo de sufragio o derecho a

ser elegido aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente, porque se espera de los elegidos cualidades singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral" (Fallos CNE 3275/03).-

Desde la doctrina comparada se ha señalado que, "[l]as candidaturas son las ofertas políticas diferenciadas entre las que han de decidir los electores" (Fernández Segado, Francisco, "*Las Candidaturas Electorales*", en "*Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*", Cap. XXII, ob. cit., pág. 527).-

Por tanto, se ha sostenido que "[n]o hay elección sin candidatura. La candidatura posibilita al elector optar, elegir. Es condición para que se materialice la elección de representantes. La candidatura electoral es la oferta política sobre la cual se pronuncian los electores" (Diccionario Electoral, Tomo I, Instituto Interamericano de Derecho Humanos y Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), México, 2003, pág. 127).-

La expresión *candidato* proviene del latín "candidatus". En Roma, el aspirante a un cargo blanqueaba su toga con cal antes de la inspección (*ambitus*) de los electores. De ese blanqueo, de lo cándido de la toga, deriva

la palabra *candidato* y su significado alude a la persona que pretende o que es propuesta para ostentar una dignidad, honor o cargo, generalmente electivo, cuyo nombre figura entre los que han de ser seleccionados (Arlotti, Raúl, "*Vocabulario técnico y científico de la política*", Ed. Dunken, Buenos Aires, 2003, pág. 61).-

La oferta electoral presupone un compromiso de carácter político por parte de quien la propone y si bien el vínculo jurídico-político de la representación se perfecciona con el sufragio, no pueden desconocerse las consecuencias que de la oferta electoral derivan en cuanto a los derechos y expectativas de los ciudadanos.-

En el Derecho Público Provincial se ha establecido, por ejemplo, que: "*Por incumplimiento de la plataforma electoral [...], los ciudadanos podrán revocar el mandato de todos los funcionarios electivos después de transcurrido un año del comienzo del mismo y antes de que resten seis meses para su término*" (Constitución de la Provincia de Entre Ríos, artículo 52).-

Si resulta reprochable el incumplimiento de una oferta electoral expresada en una plataforma, tanto más reprochable resulta, por lo tanto, la postulación a una candidatura que no se está dispuesto asumir; y ese compromiso forma parte de los procesos políticos cuya legitimidad el fuero electoral está llamado a proteger y preservar.-

///

En tal sentido, cabe recordar que este Tribunal ha asumido de modo cabal el rol que se le ha asignado de garante de los procesos electorales (cf. doctrina Fallos CNE 1568/93; 1585/93; 1586/93; 1593/93; 1595/93; 1863/95; 1865/95; 1866/95; 1867/95; 1868/95; 1869/95; 1870/95; 1873/95; 1984/95; 2669/99; 2878/01; 2918/01 y 3870/07).-

11°) Que en consecuencia, la circunstancia de que las conductas o comportamientos de referencia no se encuentren expresamente prohibidos en el Código Electoral Nacional o en alguna otra ley, no autoriza a concluir que las mismas estén permitidas, toda vez que la prohibición surge de la propia Constitución y de los principios vitales que ella establece respecto del régimen de gobierno representativo que el pueblo ha establecido al sancionarla.-

En tal sentido, debe recordarse que la Constitución no es un mero programa político, sino que, más allá de la textura abierta que caracteriza a sus preceptos, es una norma jurídica, aplicable por los tribunales en los casos concretos sometidos a su conocimiento y decisión (art. 116 C.N), de modo tal, que en los últimos años se ha enfatizado en el carácter "operativo" de sus disposiciones y en la "fuerza normativa" de la misma (cf. Bidart Campos, Germán J. *"El Derecho de la Constitución y su fuerza*

///

normativa", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995; García de Enterría, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1991).-

Al momento de resolver, el Juez debe tener en cuenta el principio *iura novit curia*, conforme al cual a las partes corresponde fundar los hechos y al juez el derecho aplicable. En tal circunstancia, el magistrado al decidir debe, en primer término tener en cuenta la supremacía de la Constitución (cf. Bidart Campos, Germán J., "Control y Jurisdicción Constitucionales", en "Tratado Elemental de derecho Constitucional Argentino", Tomo II, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1993, pág. 499).-

Como norma suprema de nuestro ordenamiento es, también, guardiana de los procesos políticos, toda vez que los mismos se desenvuelven dentro y no fuera de la norma fundamental. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en uno de sus primeros pronunciamientos, la definió como "el palladium de la libertad" [...] y como "el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades" (Fallos: 32:120, "Sojo, Eduardo", 1887).-

12°) Que los comportamientos aquí cuestionados se enmarcan también en la figura del "abuso del derecho" incorporada en la reforma del Código Civil por la ley 17.711, estableciendo una doble directriz, por una parte

///

relacionada con la índole del derecho que se ejerce, conforme a la cual habría abuso del derecho cuando se lo ejerce de manera contraria al fin de la institución, a su espíritu o finalidad, es decir, cuando se lo desvía del fin para el cual ha sido. Se trata de un criterio que lo asimila a la de doctrina administrativa de la desviación de poder (cf. Llambías, Jorge J., "Código Civil Anotado", T. II-B, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 302).-

Surge de la misma reforma en la nueva redacción del artículo 1071 una segunda directriz que es más amplia y que importa la subordinación del orden jurídico al orden moral, siguiendo la idea de Borda al calificar abusivo un derecho cuando exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (cf. op. cit.).-

La consagración del abuso del derecho en una amplia concepción como la segunda parte del art. 1071 del Código Civil fue entendida por Llambías como una reafirmación de lo que antes sostuvieron en el artículo 35 de la Constitución de 1949, y que a su entender era una concepción asumida por la doctrina argentina.-

13°) Que por otra parte, no existe ninguna razón que justifique que al momento de resolver un caso, el Derecho deba apartarse del sentido común, forzando interpretaciones que lo contradicen. El sentido común, entendido como "el modo de pensar o proceder tal como lo

///

haría la generalidad de las personas" (Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Espasa) es un presupuesto del derecho que lleva a afirmaciones tales como que: las palabras deben entenderse en su uso corriente y que las constituciones no han sido escritas para los eruditos sino para el conocimiento del hombre común.-

Las instituciones jurídicas no pocas veces confían sus decisiones al sentido común, como ocurre con los amigables componedores o las decisiones a través de jurados en los países en donde funcionan. También encuentran fundamento en el sentido común la equidad y, en nuestro derecho constitucional, la regla de la razonabilidad (art. 28 C.N.), entendida como concepto contrario a la arbitrariedad y al absurdo.-

Al momento de decidir, las libres convicciones del juzgador también encuentran fundamento en el sentido común; de modo que no puede sino generar asombro y rechazo la postulación de una candidatura para un cargo que no se está dispuesto a asumir. No es necesario acudir al auxilio del derecho comparado, basta simplemente verificar que un comportamiento similar sería incomprensible en un club de barrio, una sociedad de fomento o una asociación civil.-

14°) Que a la luz de lo expuesto, las llamadas "*candidaturas testimoniales*", responden a una idea contraria al vínculo de representación política, en tanto

///

70

proponen personas que, con anticipación anuncian que integrarán las listas para prestigiarlas con sus nombres y carreras políticas, pero que no accederán a los cargos a los que se postulan para conservar los que desempeñan en la actualidad. De ese modo, el vínculo entre representante y representado queda disuelto al proponerse una "oferta electoral" que se anuncia de antemano que no se va a cumplir, conformando una proposición vacía de contenido.-

Por lo tanto, tales candidaturas son manifiestamente inadmisibles ya que "quiebran" el sistema representativo instituido en la Constitución Nacional (arts. 1º, 22 y 33 C.N.) debido a que se proponen como candidatos pero no como representantes del pueblo.-

15º) Que sobre esa base y en virtud del efecto negativo que tales conductas tienen frente a los principios fundamentales del régimen representativo y en particular sobre la expresión genuina de la voluntad del elector que es su presupuesto, resultan contrarias a la Constitución, siendo deber de los jueces ejercer su función de control para que tales prácticas no se propaguen hacia el futuro.-

Esta Cámara, en distintas oportunidades manifestó su preocupación por la generalización de algunas prácticas que se apartan del principio republicano, señalando "su preocupación por la reiteración de comportamientos

///

públicos que, [...] impactan negativamente en el ánimo de la ciudadanía y debilitan progresivamente la confianza en el sistema republicano y representativo que establece el artículo 1° de la Constitución Nacional" (Fallos CNE 3738/06, considerando 9°).-

También se ha dicho que "[l]a revisión que los jueces deben hacer del procedimiento democrático no tiene sólo un sentido remedial sino también correctivo para el futuro" (Nino, Carlos S., *"Fundamentos de Derecho Constitucional"*, Buenos Aires, Astrea, 2da. reimpresión, 2002, pág. 693).-

16°) Que tanto a la luz de la prueba agregada a este expediente, referida a la participación de los candidatos Daniel Osvaldo Scioli y Sergio Tomás Massa en notas periodísticas, como las aportadas por el apoderado del "Frente Justicialista para la Victoria" -intentando demostrar que los mismos no han manifestado que no asumirían sus cargos-, este Tribunal ha tenido la oportunidad de formar su propia convicción sobre un debate al que los miembros de esta Cámara asisten también en su condición de ciudadanos, y sin perjuicio de la función de magistrados que les corresponde ejercer.-

En tal sentido, debe destacarse el manifiesto estado de incertidumbre que existe en la opinión pública sobre la voluntad de asumir por parte de los

///

72

candidatos cuestionados. Tal estado de incertidumbre excede del accionar que hipotéticamente pueda imputársele a algunos medios de comunicación para incluir a los propios impugnados quienes en distintas entrevistas concedidas en programas de amplia difusión han eludido cualquier respuesta clara y concreta sobre el particular.-

Existe un límite o punto de inflexión entre un candidato que manifiesta su voluntad de asumir un cargo y después no lo hace por alguna razón accidental o imprevisible o en caso de renuncia y otros que -como en este caso- han generado dudas sobre esa voluntad al considerarse primero que se trataban de "candidatos testimoniales" para pasar luego a una actitud elusiva al respecto.-

La propia presentación de fs. 94 vta. y 95 vta. abona esta presunción, y permite concluir que los apelados también perciben y están en conocimiento de tal estado incertidumbre que, sin embargo, no despejaron.-

En efecto, al contestar el traslado del recurso de apelación interpuesto ante esta Cámara, los candidatos Scioli y Massa se han pronunciado en un párrafo agregado al escrito firmado por sus apoderados, ratificando los términos del mismo bajo el acápite "//OTROSI DICEN:". En tal sentido, y sin perjuicio de que su presentación ante esta Alzada da cumplimiento al debido proceso adjetivo (cf. Art. 18 C.N.), es menester señalar que las manifestaciones

///

formuladas por tales candidatos, en el tercer párrafo del mencionado texto, resultan ambiguas y no solo no alcanzan a dilucidar el estado de incertidumbre sino que permiten formarse una convicción con alto grado de certeza, sobre la falta de compromiso en asumir la responsabilidad de ejercer el cargo para el cual se postulan, en caso de resultar electos. Efectivamente, la segunda parte de dicho párrafo, entre otras consideraciones, expresa: *"Que, la aceptación de las candidaturas, obviamente, [...] implicó [...] -eventualmente- la asunción al cargo para el que hemos sido propuestos, sin que ello importe abdicar de los derechos o las opciones que tanto la Constitución Nacional como las leyes nos reconocen..."*. La ambigüedad de tales expresiones no permite extraer una clara manifestación sobre su voluntad de asumir los cargos y tanto menos permite interpretarlas de modo afirmativo.-

En tal sentido, este Tribunal no tiene el propósito de indagar en las conciencias o en el fuero interior de los postulantes, sino de juzgar sobre comportamientos y conductas a través de sus manifestaciones públicas. Cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional, en su primera parte, pone fuera del alcance de los magistrados a las "acciones privadas" de los hombres [y mujeres], tal protección encuentra su límite externo cuando afectan al orden público, a la moral (pública) o cuando

///

74

perjudiquen a terceros, en cuyo caso sí son pasibles de valoración.-

Para mejorar la calidad de la democracia deliberativa se requiere del compromiso por parte de todo candidato de expresar claramente sus propuestas a la ciudadanía con fundamento en los derechos políticos consagrados en la Constitución Nacional.-

Se ha destacado el valor de la palabra "pública" señalando que "[l]a palabra debiera ser hoy más responsable que antes, a fin de suplir las carencias de la vida pública argentina: evitar la frase trivial, medir el compromiso pero asumirlo" (Frías, Pedro J., *"La vida pública y sus protagonistas"*, Ed. El Copista, Córdoba, 1995, pág. 21).-

17°) Que si bien, por imperativo procesal, los efectos de esta sentencia se circunscriben a las candidaturas impugnadas; las consideraciones realizadas por el Tribunal se extienden a todas las situaciones análogas; de modo que, teniendo en cuenta el carácter vinculante de la jurisprudencia electoral emanada de esta Cámara (art. 6° Ley 19.108), deberá ser acatada por los jueces federales de primera instancia con competencia electoral y las juntas electorales nacionales para los casos futuros.-

Se ha dicho que "[e]l Estado de Derecho

///

debería concebirse no sólo como una característica genérica del sistema legal y de la actuación de los tribunales, sino que considerarse la norma basada en la legalidad de un estado democrático. Esto supone que existe un sistema legal que es, en esencia, democrático en tres sentidos. Uno, defiende las libertades políticas y las garantías de la democracia política. Dos, defiende los derechos civiles de todo el conjunto de la población. Y tres, establece redes de responsabilidad y *accountability* que comportan que todos los agentes, privados y públicos, incluyendo los cargos más altos del régimen, estén sujetos a controles apropiados y legalmente establecidos sobre la legalidad de sus actos. Siempre que se cumplan estas tres condiciones, el estado de Derecho no será tan sólo un estado gobernado por la ley, sino un auténtico estado democrático de derecho" (O'Donnell, Guillermo "*La irrenunciabilidad del Estado de Derecho*", Ponencia presentada al Seminario Internacional organizado por el Instituto Internacional de Gobernabilidad, Barcelona, 2001; Revista Instituciones y Desarrollo, N° 8 y 9, 2001, pág. 43).-

18°) Que el estricto cumplimiento de las normas constitucionales, así como el conocimiento de las reglas de juego que rigen el proceso electoral es una obligación por parte de todos los que participan en elecciones democráticas.-

///

76

En nuestro país sucede de manera recurrente que cuando se adopta alguna práctica de modo excepcional, la misma tiende a acrecentarse y repetirse en distintas oportunidades, lo que motivó que oportunamente este Tribunal se dirigiera a los poderes públicos.-

Así ha señalado que "las consecuencias de contar con un sistema partidario atomizado se proyectaron precisamente en los últimos comicios nacionales, celebrados el 28 de octubre de 2007. En efecto, la multiplicidad de candidatos propuestos y la inmensurable cantidad de boletas oficializadas generaron una serie de contratiempos que, aun cuando no pusieron en duda la legitimidad de tales elecciones, deben inexorablemente conllevar un debate sobre los medios instrumentales que el régimen jurídico establece para canalizar la oferta electoral y ejercer el derecho de sufragio" (Fallo CNE 4072/08).-

Agregando, a su vez, que "esta Cámara no puede dejar de manifestar su convencimiento acerca de la necesidad de que se estudien posibles adecuaciones normativas que fortalezcan la calidad y la transparencia de los procesos electorales y eviten la reiteración de situaciones como las antes referidas" (Fallo cit.).-

Las candidaturas testimoniales son una nueva versión de tales prácticas que este Tribunal no admite ni tolera por resultar contrarias a la Constitución.-

///

///

77

19°) Que, finalmente, no es ocioso recordar la alta misión que le cabe ejercer a este fuero.-

Es misión fundamental de la justicia nacional electoral velar por el estricto cumplimiento de lo que se ha dado en llamar el "debido proceso electoral", como una garantía innominada de la representación política o de los derechos que sirven de fundamento jurídico de la democracia representativa (cf. Fallos 317:1468 y Fallos CNE 2979/01; 3275/03; 3220/03; 3571/05 y 3729/06).-

Se ha señalado que "[e]sa responsabilidad no puede delegarse al proceso democrático mismo; dado que la función de monitoreo sería simplemente influenciada por el incumplimiento de las reglas y condiciones en las que se basa el valor epistémico. Por ello, juristas tales como John Hart Ely, que se toman muy seriamente la dificultad contra-mayoritaria, conciben al poder judicial como una especie de árbitro del proceso democrático. La misión central de este árbitro es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas" (Nino, Carlos S., *"La Constitución de la Democracia Deliberativa"*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 273).-

También se ha dicho que "el control [judicial] electoral [es un] tipo[] de control para evitar que el sistema político expropie la política de la

///

///

78

ciudadanía. [...] Uno de los papeles del control judicial -y probablemente una de las razones de su origen no electoral- es el de servir de reaseguro para evitar [...] dos formas de opresión: la del sistema político, investido de poder por las mayorías, y la de la alineación de las mayorías y el sistema político contra un núcleo de intereses no sacrificables de individuos y minorías". En efecto, el juez "es el intérprete de los valores constitucionales o fundamentales que se reconocen en un Estado democrático moderno" ("*Jueces y Política*", AAVV, Editorial Porrúa, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2005, págs. 82/83 y 29).-

Por todo lo expuesto, oídos los amici curiae y el señor fiscal actuante en la instancia, la Cámara Nacional Electoral RESUELVE: Revocar la sentencia apelada y hacer lugar a las impugnaciones de fs. 75/80 vta..-

Regístrese, notifíquese con habilitación de horas y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.-

Fdo.: Alberto R. Dalla Vía - Ante mí: Felipe González Roura (Secretario).-

///