

//Plata, 20 de mayo de 2009.-

**VISTOS:** Para resolver, los presentes actuados caratulados “NOVELLO RAFAEL VICTOR -APODERADO DE LA UNION CIVICA RADICAL- Y OTROS S/ IMPUGNAN CANDIDATURA A DIPUTADO NACIONAL”, Expte. Letra “N”, N° 1, Año 2009, incidente de los autos caratulados “ALIANZA FRENTE JUSTICIALISTA PARA LA VICTORIA S/ OFICIALIZACIÓN DE LISTA DE CANDIDATOS A DIPUTADOS NACIONALES PARA LA ELECCIÓN DEL 28 DE JUNIO DE 2009”, Expte. Letra “A”, N° 16, Año 2009 del registro de la Secretaría Electoral de este Juzgado.

**Y CONSIDERANDO:**

**I-** Que los apoderados de la “Unión Cívica Radical, de “Afirmación para una República Igualitaria” y del “GEN”, Rafael Víctor Novello, Walter D. Martello y Marcelo Carona, con el patrocinio de Ricardo Gil Lavedra y Félix Loñ, se presentan ante este Juzgado Federal con competencia electoral a mi cargo y expresan, que “por resultar prohibida por la Constitución Nacional venimos a oponernos a la inclusión en la lista de candidatos de la agrupación Frente para la Victoria, del Gobernador de la provincia de Buenos Aires, Sr. Daniel Scioli, a quien se postula para el cargo de diputado nacional por la Provincia de Buenos Aires, pero sobre la base que su presencia es solo “testimonial”, pues no asumirá el cargo en caso de ser electo”.-

“Esta singular “candidatura” -prosiguen- resulta, por las razones que expondremos a continuación, violatoria de los arts. 1, 22 y 73 de la Constitución Nacional, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 25 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles (ambos con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la CN)”.-

Antes de detallar los vicios que –a su juicio– tiene la candidatura, destacan que “proponer como candidato para ocupar la banca de diputado nacional a una persona –como es el caso de Daniel Scioli– que no asumirá el cargo para el que se la postula, resulta una violación flagrante al principio de gobierno adoptado por nuestra Constitución. Además resulta una postulación prohibida por un texto expreso de la Constitución, pretende

introducir un “plebiscito” no contemplado por la Constitución y resulta, además un engaño al cuerpo electoral que resta sinceridad al comicio”.

En términos mas concretos afirmaron que: a) “el candidato testimonial desconoce el vínculo de la representación política”; b) “la candidatura testimonial es para un cargo prohibido por la Constitución para los gobernadores de provincia”; c) “el acto electoral no será auténtico”; d) “la candidatura testimonial es un engaño al electorado” y e) “la candidatura testimonial es una forma de hacer un plebiscito no permitido por la Constitución”.

Solicitaron, en consecuencia, “se excluya al ciudadano Daniel Scioli de la candidatura a diputado nacional del Frente para la Victoria así como de otra denominación partidaria y/o aliancista”.

Que, a fs. 60, los presentantes hacen extensiva su impugnación al candidato Sergio Massa, atento su actual condición de Jefe del Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional e Intendente Municipal de Tigre (en uso de licencia y con mandato hasta el año 2011).

**II-** Conferido el traslado al interesado, en resguardo de su derecho de defensa, los apoderados del Frente Justicialista para la Victoria, Dres. Jorge Landau y Eduardo López Wesselhefft se presentaron rechazando los argumentos en que se basa la impugnación y sosteniendo que satisfacen todos los requisitos, constitucionales y legales, para postularse como diputado nacional por la provincia de Buenos Aires.

**III-** Que a fs. 63/65 se expide el señor Fiscal Federal con competencia electoral.

Expresa, que ese Ministerio Público no comparte la apreciación vertida por los impugnantes en cuanto a que, de admitirse la candidatura del ciudadano Scioli, se rompería el vínculo que necesariamente debe existir entre el representante y el representado, a mérito de que se estaría eligiendo a una persona que, de antemano, le ha anunciado a la ciudadanía que no asumirá, desconociendo entonces el mandato de la soberanía popular.

Por el contrario, indica, los anuncios a los que se refieren los impugnantes resultan hipotéticos, provisorios y contradictorios, por cuanto del mismo modo -declaraciones públicas del propio candidato o personas

vinculadas al mismo o al partido que representa- han dejado deslizar la posible asunción de la eventual banca a obtenerse en el parlamento.

Entiende, asimismo, que en el caso de que el referido candidato no asumiera efectivamente la banca obtenida, tampoco podría considerarse ello como atentatorio contra la soberanía popular, pues resulta un hecho incontrastable la facultad que posee todo candidato a un cargo público electivo, de renunciar al mismo antes de su ingreso formal a la función o con posterioridad.

Resalta, al respecto, que tal facultad se encuentra expresamente prevista en el art. 164 del Código Electoral Nacional.

Señala también el señor Fiscal que, en la hipótesis de que el candidato “testimonial o virtual” no asuma el cargo, el elector no habría sido inducido a error al emitir su voto, pues -indica reproduciendo expresiones de los propios impugnantes- éste conocía de antemano “...las probabilidades de que ello acontezca...”.

Agrega, que es bajo este escenario que el elector expresaría su libre voluntad, consintiendo ello, con el consabido resultado de que su voto se halla direccionado al postulante siguiente en el orden de la respectiva lista.

Discrepa asimismo el representante del Ministerio Público, con la interpretación que efectúan los impugnantes del art. 73 de la Constitución Nacional.

Indica en tal sentido, que la doctrina constitucional, en forma mayoritaria, interpreta que esa manda constitucional resulta ser una incompatibilidad legislativa o funcional y no una condición de elegibilidad o incapacidad de derecho, como sostienen los impugnantes, y que el desempeño del cargo de Gobernador, si bien no impide la elección como legislador, constituye una incompatibilidad para ejercer el mandato correspondiente.

Concluye así que resulta viable que un gobernador resulte elegido miembro del Congreso, aunque no es posible que lo integre sin cesar, previamente, en el cargo ejecutivo provincial.

En relación a lo señalado por los impugnantes en cuanto a que, las referidas “candidaturas testimoniales”, estarían violando los arts. 23 I b) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 25 inc. b) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho a “votar y ser

elegidos en elecciones periódicas y auténticas”, entiende que el concepto de “auténticas” a que se refieren las normas no está aludiendo a determinada situación de algunos candidatos, sino a la calidad de elección propiamente dicha.

Respecto de lo manifestado por los impugnantes en cuanto a que las mencionadas candidaturas, esconden un engaño al electorado, y que se sustentan en un comentario editorial de un diario de tirada nacional, expresa que es solo una interpretación atribuible al autor de la editorial, con la que discrepa enfáticamente, por cuanto tiende -sostiene- a subestimar a una porción del electorado “...reflejando ciertas reminiscencias de teorías justificativas del voto calificado...”.

Considera finalmente que las opiniones vertidas en su dictamen resultan aplicables tanto a la impugnación impetrada respecto del candidato Daniel Osvaldo Scioli como respecto del candidato Sergio Massa.

Con dichos fundamentos, solicita no se haga lugar a la impugnación efectuada respecto de los candidatos mencionados.

**IV-** Que, analizada la cuestión planteada, debe tenerse presente, en primer lugar, que la Constitución Nacional dice en su artículo 73: “Los eclesiásticos regulares no pueden ser miembros del Congreso y los gobernadores de provincia por las de su mando”.

El 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.

La explicación de la norma puede hallarse en un texto clásico del constitucionalismo nacional. Dice Joaquín V. González: “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, o por las Legislaturas respectivas; porque si los Gobernadores pudiesen aspirar durante su mandato a aquella elección no ahorrarían medios para violentar el voto de los electores y perpetuarse en el Senado contra toda noción republicana. El Senado ha resuelto y hecho jurisprudencia en el sentido literal de la Constitución, no solamente respecto de los Gobernadores, sino

## *Poder Judicial de la Nación*

respecto de los Poderes Ejecutivo y Judicial de la Nación. Así, se ha decidido que la aceptación por parte de un Senador, del cargo de Gobernador de la Provincia que representa, de un miembro de la Corte Suprema o de un Juzgado Federal, aún sin previa renuncia produce ipso facto la cesación de su mandato” (González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, La Ley, 2001 página 334, n° 388).

Varias conclusiones pueden extraerse del citado artículo 73 y del diáfano comentario que antecede:

a) Se trata de una incompatibilidad material, no es posible ser gobernador y legislador al mismo tiempo.

b) La aceptación de un cargo, aunque no exista dimisión al anterior produce la cesación al mandato que se está cumpliendo.

c) Esto último supone que es lícito presentarse o postularse para el cargo.

Comentando el artículo 73 que ocupa nuestra atención Gelli expresa, “se trata de una incompatibilidad funcional” (Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada, Tercera Edición, La Ley, Buenos Aires 2006; pag. 644).

Sobre el tema, estimo necesario recordar los conceptos de Linares Quintana: “Las incompatibilidades legislativas constituyen un capítulo importante del derecho parlamentario, cuyas proyecciones rebasan el ámbito de dicha disciplina... No extraña por ello que se haya llegado a afirmar que la piedra angular tanto del gobierno representativo como del parlamentario descansa sobre las incompatibilidades parlamentarias” (Linares Quintana Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, Tomo 9, página 255) y agrega el insigne maestro, que “no es raro que tanto en la doctrina, en la legislación como en la jurisprudencia se incurra en el grueso error de confundir la incompatibilidad con la inelegibilidad legislativa, aun cuando una y otra comprendan conceptos totalmente distintos. La inelegibilidad inhabilita para ser elegido miembro del Poder Legislativo, en tanto la incompatibilidad afecta a un individuo ya incorporado al cuerpo parlamentario... La consecuencia de la incompatibilidad es crear la obligación de optar entre el mandato legislativo

y la ocupación considerada incompatible” (Linares Quintana Segundo V., obra citada, Tomo 9, página 259).

Al respecto Bidart Campos ha señalado: “Aunque el artículo se refiere a la incompatibilidad para ocupar la gobernación de una provincia y ser a la vez legislador por la misma, creemos que ningún gobernador de Provincia podría acumular el cargo de diputado o senador por otra provincia distinta” (Bidart Campos, Germán J., Manual de Derecho Constitucional Argentino; EDIAR, Buenos Aires, 1981, pag. 532)

V- Recordaré aquí que el período previsto para el registro de candidatos tiene como finalidad probar que estos reúnan las calidades constitucionales legales y necesarias para el cargo que pretenden.

Esta etapa reviste especial trascendencia dentro del proceso electoral, pues el sistema está articulado teniendo, como finalidad última y suprema, resguardar la manifestación segura e indubitable de la voluntad del elector. Por ello, la oficialización de los candidatos constituye, en este aspecto la garantía fundamental de que éstos poseen las referidas calidades, y toda vez que las listas son el vehículo de la oferta que los partidos políticos y alianzas realizan a la ciudadanía, asegurar la legalidad de su composición es un deber de la Justicia Electoral (véase Cámara Nacional Electoral, Fallo 3741/06, entre muchos).

La argumentación que, con insistencia, esgrimen los presentantes es la siguiente: “los candidatos no asumirán sus cargos” pues “su presencia en las listas obedece al interés de que, debido a su conocimiento público y trayectoria, recojan adhesiones que se traduzcan en votos” de modo tal que “una postulación de ese carácter tiene la ostensible finalidad de actuar como un señuelo o carnada para “traccionar” artificialmente la adhesión de los electores”; “el propósito de incluir a Daniel Scioli como candidato testimonial -prosiguen- es la de inducir a engaño a una franja del electorado que el 28 de junio del corriente votará a Scioli con la convicción de que este asumirá el cargo para el que es elegido” “y abrir la posibilidad de usar toda la fuerza del aparato del estado, la utilización de los subsidios y planes sociales”. Así las elecciones no serán auténticas como exigen los pactos internacionales, dicha autenticidad requiere “se trate de candidatos de verdad que se postulen para asumir en caso de resultar electos y no como se pretende, de candidatos de

postín puestos a la cabeza de la lista con el único propósito de actuar como señuelo y atraer así un mayor caudal de votos”

**VI-** Este propósito engañoso surgiría de declaraciones que el candidato Scioli habría efectuado a la prensa escrita, oral y televisiva. Muchas de ellas se encuentran transcritas y son acompañadas a la presentación que se examina.

Sí -sólo por vía de hipótesis- se reconociera en dichas declaraciones una renuncia anticipada a la banca legislativa a la que podría acceder, no puedo dejar de señalar -porque constituye un hecho notorio- que es posible encontrar otras muchas difundidas por los mismos medios, que traducen la voluntad contraria.

Resulta importante destacar que en su descargo los apoderados del “Frente Justicialista para la Victoria” dijeron: “Nuestros candidatos se presentan para competir, ser elegidos y asumir tal como corresponde y ha sido tradición en nuestra fuerza política que nunca ha rehuido a las responsabilidades que la ciudadanía le ha conferido con su voto”.

**VII-** Términos tales como “periódica”, “libre”, “justa” y “auténtica” -se ha anotado- “No tienen un contenido fácilmente verificable y se utilizan a menudo de modo subjetivo dirigiéndose a los que comparten los mismos valores y perspectivas. En la práctica puede ser más fácil determinar lo que no es una elección libre, justa o auténtica, centrándose en los signos de influencia manifiesta del exterior, en un sistema de un solo candidato y de partido único que no deja posibilidad de elegir o en la intimidación del electorado” (Goodwin-Gill, Guy S., Elecciones libres y justas, Ginebra, Unión Interparlamentaria 2005, pág. 105 y 106, bajado de Internet).

Al “igual que la democracia, los adjetivos “libres” y “justas” -y, añadiré, “auténticas”- son un criterio de logro y lo que es, o se considera, libre y justo hoy en día puede no serlo mañana. Ello no quiere decir que todo es relativo, ni que la condición de “libre y justo” es inalcanzable; desde el punto de vista de cualquier comunidad y sea cual sea el momento, lo que importa es que cualesquiera diferencias encontradas sean identificables en relación con unas leyes y principios establecidos, y remediables en el marco del diálogo político y el estado de derecho” (Goodwin-Gill, Guy S. Elecciones libres y justas, página 84).

1) He examinado todas las constancias de la causa y las circunstancias que son notorias en la campaña electoral con vistas a los comicios del 28 de junio próximo.

Llevar 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. Mas aun entiendo que ello resultaría discriminatorio.

La Justicia Electoral debe -como ya lo he dicho anteriormente- 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.

Muchas 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; el discurso desinhibido y robusto -que la Corte Suprema de Justicia protege con su jurisprudencia en materia de libertad de expresión- encuentra, en los 60 días previos al de la votación (art. 64 bis del Código Electoral Nacional), el mejor escenario. Será 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.

2) Con la expresión “candidaturas testimoniales” -que los impugnantes emplean y que los medios masivos de comunicación han adoptado para referirse al tema- 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 Gobernador de la Provincia de Buenos Aires constituye, en el sentir de los presentantes, un ejemplo de esta situación que derivaría en una elección no auténtica. Destacaré 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 desmentido, por declaraciones de aquel y difundida por los mismos medios de comunicación.

3) No he dejado tampoco de examinar la historia electoral contemporánea. Siendo Gobernador de la Provincia de La Rioja Carlos Menem se postuló para el cargo de Presidente de la Republica en el año 1989; el Presidente Fernando de la Rúa se postuló para ese cargo siendo Jefe del



## *Poder Judicial de la Nación*

Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 1999 y Néstor Carlos Kirchner, siendo Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, se postuló para el cargo de Presidente de la Nación en el año 2003. Los tres aspiraron a un cargo Federal desde su condición de titulares del Poder Ejecutivo local.

De igual modo, pero en sentido inverso, el doctor Eduardo Duhalde, electo Vicepresidente de la Nación en 1989, por un período de seis años, se postuló para el cargo de Gobernador de esta Provincia y accedió al mismo en 1991.

Merece también recordarse que la actual titular del Poder Ejecutivo Nacional, doctora Cristina E. Fernández, asumió el 10 de diciembre de 2005 como Senadora Nacional por la Provincia de Buenos Aires, con un mandato de seis años, no obstante lo cual fue postulada para ocupar la Presidencia de la República en las elecciones de 2007.

Pero este recorrido histórico muestra también, y desde los inicios de esta nueva etapa democrática que transitamos, alguna singular postulación. Los primeros fueron, y procurando cubrir el arco ideológico de las fuerzas políticas argentinas, Alvaro Alsogaray por la Unión del Centro Democrático (1983) y Jorge Altamira por el Partido Obrero (1989) quienes se postularon como candidatos a Presidente y Diputado Nacional. Los dos cargos no pueden ser ocupados simultáneamente y sólo con un débil rigor argumental podría haberse afirmado que habría una renuncia anticipada a alguno de los dos.

4) Finalmente, es claro que a mi juicio las candidaturas cuya oficialización se solicita no conducen a un proceso fraudulento o, en los términos de la impugnación, que el “futuro acto electoral no será autentico”. Pero, sobre la base de las ideas señaladas antes, ello no significa que los procesos electorales no puedan mejorar con la aplicación de técnicas que los perfeccionen o mecanismos que refuercen la relación entre representante y representados (ver Gargarella, Roberto, *Nos los representantes*, Buenos Aires, Miño y Dávila, Editores, 1995, página 113). Una, sin dudas, es la de las elecciones internas de los partidos políticos, que no han celebrado ni las fuerzas impugnante ni la impugnada. “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático” (artículo 38 de la Constitución Nacional) y ésta les garantiza su organización y funcionamiento democrático.

La elección interna de los candidatos y el proceso que la misma debe observar, podría haber ofrecido una sensible contribución en la dirección apuntada, y seguramente situaciones como las que hoy se dilucidan no se hubieran presentado.

**VIII-** Así examinadas las objeciones dirigidas hacia el candidato Daniel Scioli, actual Gobernador de la provincia de Buenos Aires encuentro que no existen motivos para admitirlas. El postulante antes nombrado reúne los requisitos constitucionales y legales para el cargo de Diputado de la Nación.

Tal como lo dije pretéritamente, el supuesto en examen se trata de una incompatibilidad material, no es posible ser Gobernador y legislador al mismo tiempo y la prohibición no puede extenderse cuando ello acontece sucesivamente.

La dimisión a un cargo local para ocupar un cargo federal es una práctica pacíficamente aceptada en los procesos electorales contemporáneos. Nada en estos actuados autoriza a considerar que el acto electoral no resultará auténtico y muchas de las afirmaciones de los impugnantes deben encontrar su cauce en la campaña electoral. El electorado, y no el Juez, es quien decide sobre las bondades de los candidatos.

**IX-** Que, con igual criterio al sostenido por el señor Fiscal Federal en su dictamen de fs. 63/65, corresponde señalar que todas las expresiones hasta aquí vertidas resultan también aplicables a la ampliación de impugnación, que los presentantes realizan a fs. 60, respecto del candidato Sergio Tomás Massa, fundadas en su calidad de Jefe de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional.

La situación del nombrado debe, en este caso, considerarse encuadrada en lo expresamente previsto en el art. 105 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone, respecto de los Ministros del Poder Ejecutivo: “No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros”.

En relación a la normativa aplicable a dicho cargo ha señalado Sagüés: “Respecto de sus cualidades, duración y nombramiento, no hay para este funcionario disposiciones que lo distingan de cualquier

ministro.” (Sagüés, Néstor Pedro, Manual de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2007, página 365)

Que respecto de la incompatibilidad aludida, expresa Gelli: “La prohibición constituye una incompatibilidad propia del sistema de división de poderes en una república presidencialista [...] Como la norma impide a los ministros *ser* senador o diputado sin dimitir de su cargo, no existe impedimento jurídico alguno para que un ministro se presente como candidato a un cargo electivo de los indicados en el art. 105.” (Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, Tercera Edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, página 886).

X- Que finalmente y en concordancia con lo hasta aquí expresado, resulta pertinente mencionar que, como reiteradamente ha decidido la Cámara Nacional Electoral (véase, entre muchos, “Alianza Federalista por Buenos Aires”, sent. del 21-8-2003) si bien es cierto que la Constitución Nacional no establece en qué momento son exigibles las condiciones previstas en su art. 48, no lo es menos que de sus términos puede colegirse que estas deben verificarse necesariamente al momento de la incorporación del electo a la Cámara de Diputados. Así se ha explicado que “cuando la Constitución regla los requisitos que deben satisfacer los diputados, determina las condiciones para ser diputado; vale decir que ellas deben cumplirse o verificarse en el momento de presentar el diploma a la Cámara” (Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, tomo IX, página 220). Con criterio análogo se sostuvo que “la exigencia de tener veinticinco años para ser diputado debe estar cumplida al momento de la aprobación de su diploma: es a partir de ese momento en que debe desempeñarse como tal” (González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, citado, página 285 y Sagüés, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1993, tomo I, página 351).

Que asimismo debe tenerse presente que, entre dos posibles soluciones, debe ser preferida aquella que mejor se adecue al principio de participación -rector en materia electoral- y en caso de duda el intérprete debe inclinarse por la solución más compatible con el ejercicio de los derechos. Por otro lado, garantizando la concurrencia a los comicios nacionales de todas las

agrupaciones políticas, o sea el derecho a oficializar candidatos sin alterar el racional principio de igualdad y admisibilidad en los cargos públicos electivos. Puesto que el pronunciamiento del poder electoral del pueblo exige plena participación porque es, la que le va a proporcionar legitimidad (véase Cámara Nacional Electoral, Fallo 3451/05).

Por lo expuesto, consideraciones legales, constitucionales, doctrina y jurisprudencia citadas y de conformidad a lo dictaminado por el señor Fiscal Federal a fs. 63/65,

**RESUELVO:**

No 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.

Regístrese y notifíquese.-

En igual fecha se libraron cédulas. Conste.-