

- PRIMERA PARTE -

Capítulo II

NUEVOS DERECHOS Y GARANTIAS

- ART. 37 -

“LOS DERECHOS POLÍTICOS” (art. 37, primero y segundo párrafo)

- 1. Derechos políticos. Concepto amplio y restringido.**
- 2. Derechos políticos y derechos humanos.**
- 3. Los derechos políticos en la Constitución Nacional.**
- 4. Los derechos políticos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.**
- 5. El sufragio y sus características: universal; igual; secreto y obligatorio.**
- 6. Los derechos políticos y la doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”.**
- 7. La protección de los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos.**
- 8. Las acciones positivas en los partidos políticos y en el régimen electoral.**

Bibliografía general.

PARTE PRIMERA

CAPITULO II

NUEVOS DERECHOS Y GARANTIAS

Artículo 37 CN: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.-

ANTECEDENTES Y FUENTES: Art. 33 CN y Enmienda IX Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Leyes Nacionales Nros. 346; 8871; 13.010; 19.945 y 24.012; DUDH Art. 21; PIDCP Art. 25; CADH Art. 23 .-

CONCORDANCIAS: Arts. 1; 16; 33; 38; 39; 40; 45; 51; 54; 75, inciso 23; 94; 95; 96; 97; 98: Art. 21 DUDH; Art. 25 PIDCP; Art. 23 CADH.-

1. Derechos políticos. Concepto amplio y restringido.

Es importante, como primer paso en la comprensión del contenido de la temática, intentar distinguir los diferentes alcances que los autores otorgan a los derechos políticos.-

Como expone Bidart Campos ¹ los derechos políticos proporcionan un temario muy amplio que desde distintos enfoques pertenece tanto a la parte dogmática como a la parte orgánica de la Constitución.-

En cuanto se relacionan con el "status" de los habitantes, o la creación, funcionamiento o reconocimiento de los partidos políticos, o la regulación de los derechos políticos y electorales pertenecen a la parte dogmática. En cambio, en cuanto se vinculan al funcionamiento del poder con las relaciones con sus órganos, deben ser analizados dentro de la parte orgánica.-

Sin embargo, esta aparente división muchas veces se desdibuja. Al respecto Joaquín V. González nos enseñaba que si bien la división de los derechos reconocidos por la Constitución se contiene en todo el cuerpo de su primera parte en dos órdenes: "Derechos civiles y derechos políticos". No están deslindados estos órdenes con absoluta claridad, porque muchos autores enumeran entre los derechos civiles algunos que otros colocan entre los políticos y viceversa. La razón de esta confusión está en que no son separables en absoluto; pero como necesitamos establecer la separación, virtualmente contenida en el conjunto de los textos, puede decirse que: Derechos civiles son todos aquellos que la Constitución reconoce al individuo en su calidad de hombre, miembro del cuerpo social,...Derechos políticos son los que la Constitución reconoce a todos los que en algún grado participan de la formación del gobierno y de la ley ².-

¹ Bidart Campos Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tº II, pág. 33 y sgtes., Ed. Ediar, 1986.

² González, Joaquín V. Obras Completas, Volúmen III, págs. 81 y sgtes., 1897, Universidad Nacional de La Plata, 1935

En esta misma línea, Germán Bidart Campos reconoce que estos derechos componen una categoría no siempre concisa ya que en un sentido amplio podemos hablar de derechos políticos comprendiendo muchos derechos civiles que sin dejar de ser tales se ejercen a veces con un fin netamente político, como es el caso de los derechos de reunión, de asociación o de petición cuando son ejercidos para apoyar o criticar un acto de gobierno. En sentido restringido los derechos políticos son tales cuando únicamente se titularizan en sujetos que tienen calidad de ciudadanos o en entidades políticas reconocidas como tales (partidos políticos) o no tienen ni pueden tener otra finalidad que la política, como por ejemplo el desempeño de los cargos electivos.-

Los someros conceptos ya apuntados nos exponen la íntima vinculación de los derechos políticos con la representación a través de la participación política que implica el ejercicio de los mismos en un sistema democrático. Es que todas las facetas o clasificaciones didácticas que se hacen sobre los derechos políticos se globalizan alrededor del concepto de "libertad política". Esta "libertad" - bajo el juego democrático - puede estar titularizada en diferentes sujetos (ciudadano; funcionario, partido político) y comprender distintas etapas participativas dentro del funcionamiento de la organización social de los asuntos públicos y es definida por Cooley diciendo que: consiste en una participación efectiva del pueblo en la formación de la ley ³. "La participación política entonces puede definirse como el derecho subjetivo de los habitantes de un país a intervenir en el gobierno del mismo en la medida y con el alcance que la reglamentación establezca. Existe un derecho específico a la participación política... que se expresa mediante el sufragio activo y pasivo; al mismo tiempo hay derechos genéricos a través de los cuales también se hace efectiva dicha participación, como lo son las libertades de reunión, asociación, propiedad, expresión y algunas otras..." ⁴.

De esta manera arribamos a la vinculación antedicha entre "participación" y "representación" que necesariamente transita a través de la "libertad política". La representación "significa la relación de los miembros de un grupo humano jurídicamente organizado (representado) con un órgano

³ Cooley Thomas, Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica, pág. 225/26, Jacobo Peuser, 2da. Edic., Buenos Aires, 1898.-

⁴ Padilla, Miguel A., Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías, Tº II, pág. 255/56, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

(representante) en virtud del cual la voluntad de este último se considera como expresión de la voluntad de aquellos ⁵.-

Quisiéramos centrar ahora la atención - dentro del amplio espectro de los derechos políticos sobre un aspecto poco estudiado por la doctrina: el conjunto de estos derechos que recubren el desempeño del cargo político, especialmente de aquellos de naturaleza electiva que son los que directamente conllevan los principios de la representación popular a la que refiere el art. 37.- El llamado "ius in officium" (por oposición al "ius ad officium" que se refiere al ejercicio del derecho de sufragio – activo o pasivo - que poseen los ciudadanos y que se vincula con el derecho electoral) puede ser definido como los derechos y garantías que el sistema institucional consagra para asegurar el libre desempeño del cargo electivo como reaseguro de la continuidad y fortalecimiento del sistema mismo. Estos derechos y garantías que rodean al cargo son definidos como “políticos” en razón que quienes los ejercen poseen siempre un fin netamente político dado por su participación en las acciones de gobierno en ejercicio de la representación popular. Es decir que forman parte del "status del cargo" pero esencialmente no difieren de los llamados derechos civiles ⁶.

En este contexto y desde esta óptica el concepto de "libertad política" y su contenido - según los alcances dados - juega un papel relevante dentro de la gama de derechos que integran el "ius in officium" y condicionante del fiel ejercicio del mismo. Por sobre el conjunto de facultades que rodean el "ius in officium" emergen con fuerza vital las libertades de conciencia (art. 19 CN); y de expresión y petición (art. 14 CN) sin las cuales el mismo se tornaría impracticable ⁷.-

2. Derechos políticos y derechos humanos.

⁵ López, Mario Justo, Introducción a los Estudios Políticos, Tº II, p. 366, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1971.

⁶ Amaya Jorge Alejandro, “Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios” (Artículo Premiado) Revista de Doctrina, Fascículo N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Resumen del Trabajo publicado en “El Derecho” (Derecho Constitucional) N° 10.054, Buenos Aires, 26 de julio de 2000.

⁷ Amaya, Jorge Alejandro, “El esquema de las Libertades Básicas Iguales de Rawls y la cláusula cerrojo de la ley 24.309. El debate político y la libertad de expresión”, Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) Volumen IV, N° 2, Buenos Aires, primavera de 2000.

Los derechos humanos - preocupación excluyente de las sociedades modernas - tuvieron – para un sector de la doctrina - ⁸ su primera evolución dentro del derecho preconstitucional clásico de los siglos XVIII y XIX, a partir del nacimiento de las primeras declaraciones de derechos como la Carta Magna de 1215; el Habeas Corpus Act de 1679; el Bill of Rights de 1689; la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, etc.

Estas primeras declaraciones, así como las que le fueron sucediendo, tuvieron por objeto establecer limitaciones al poder de los gobiernos. Durante el siglo XIX se comienza a afirmar el conocido "principio de legalidad" o el "estado de derecho" conforme el cual el poder público únicamente tiene asignados los poderes, las atribuciones y las competencias que expresamente se derivan del texto constitucional.

Hoy, casi en forma pacífica, se reconocen tres generaciones de derechos: 1) los derechos individuales que emergen del constitucionalismo liberal clásico (siglos XVIII y XIX); 2) los derechos sociales y económicos que surgen a partir de la guerra mundial de 1914 y cuyos exponentes mas conocidos son la Constitución de Weimar de 1919 y la de México de 1917; 3) y los llamados derechos de "tercera generación", de relativa reciente aparición, aún en estado de evolución y que constituyen un grupo de derechos sustentados en el principio de la solidaridad como nos enseña Francisco Fernández Segado siguiendo la línea marcada por Vasak ⁹

Conforme esta clasificación los derechos políticos encuentran su nacimiento dentro de la primera etapa de la misma, es decir conjuntamente con los llamados derechos civiles y tal como ha sucedido hasta la fecha, muchas veces entremezclados con los mismos. Pero lo cierto es que los derechos políticos del constitucionalismo clásico se incorporan al patrimonio del hombre dentro de los primeros “derechos humanos” y

⁸ La doctrina en este sentido se encuentra dividida, ya que un sector solo reconoce que los derechos humanos conforme son conocidos y tratados hoy son producto de los hechos históricos, sociales, culturales, económicos derivados de las dos grandes guerras mundiales.

⁹ Nos referimos por supuesto a aquellos derechos -relacionados con el medio ambiente; el usuario y el consumidor; la salud y la calidad de vida; el patrimonio histórico, etc. Fernández Segado Francisco, "Los nuevos retos del estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", ED, 22-07-94.

como medio de procurar la limitación del poder estatal para asegurar y garantizar al hombre ante el poder: su libertad, seguridad, igualdad, propiedad.-

Pero si bien los derechos políticos encuentran su origen con el liberalismo clásico persiguiendo el fin de limitar las arbitrariedades que la personalización del poder había generado hasta entonces, debemos tener muy presente que adquieren connotaciones de mayor "humanidad" con la segunda etapa del constitucionalismo, es decir con el advenimiento del llamado constitucionalismo de post guerra o social. Esto es así, en razón que el siglo XX y los movimientos socio políticos que en esta etapa se generan dio lugar al nacimiento de un nuevo constitucionalismo que, además de poner en crisis al clásico, generó una nueva visión sobre los parámetros fundamentales de la organización del Estado. "Si bien este movimiento constitucional afirma los derechos individuales anteriormente expresados y estos van a comenzar a estar influenciados por corrientes humanistas; de este movimiento nace una segunda ola de derechos que son los derechos sociales en las áreas laboral, educación, salud, vivienda. Por otro lado los derechos políticos se amplían en torno al concepto de democracia, abriéndose a un universo mas complejo. Recientemente se profundiza la democracia política hacia la "democracia participativa", donde el pueblo como titular de la soberanía se le reconoce el derecho a la participación directa en los asuntos públicos" ¹⁰

En el sentido apuntado, las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX plantearon en el escenario latinoamericano una ola democratizadora (mas allá de algunas regresiones políticas). Este proceso causó importantes reformas en las estructuras políticas existentes. Por un lado, se dictaron nuevas constituciones de El Salvador (1982); Guatemala (1985); Haití (1987); Brasil (1988); Colombia (1991); Perú (1993); Argentina (1994). Por otro lado se procuraron mejorar algunos instrumentos constitucionales. Lo dicho implica que el proceso de democratización y sus efectos avanzó notoriamente en nuestro continente, produciendo el afianzamiento de los "derechos políticos" en la conciencia social de todas las comunidades, las que advirtieron el gran valor de los mismos como forma de participar - directa o indirectamente - en los asuntos de gobierno y la incidencia de éstos sobre su destino.-

¹⁰ Ayala Corao Carlos "El derecho de los derechos Humanos", ED 9-12-94.

De esta manera, los "derechos políticos" han recobrado en la escala de valores de las sociedades latinoamericanas una trascendencia que excede a la características de formalidad, frialdad e indiferencia que los rodearon durante muchos años. Esta internalización que ha operado la sociedad y que se refleja en forma permanente a través de la creciente participación política en todos los asuntos de interés general ha generado una corriente normativa (dándosele al término una interpretación amplia y comprensiva de todas las fuentes del derecho) que ha consolidado, profundizado y expandido el espectro de los derechos políticos.

Al reconocimiento constitucional de los mismos y a su desarrollo jurisprudencial le ha seguido un movimiento de derecho interno e internacional que los sitúa - a nuestro criterio - en la base piramidal de los llamados derechos humanos. Si bien es cierto que la gran barrera a la protección jurisdiccional de los derechos políticos ha sido durante muchos años las llamadas cuestiones políticas no judiciales ("political questions") no menos cierto es que los sistemas jurídicos internos han evolucionado hacia un desmembramiento de tal teoría y hacia la flexibilización de formalidades, tales como la legitimación procesal que durante años cerró el camino a la protección de muchos aspectos de estos derechos, produciéndose una apertura en el diseño de mecanismos eficaces de garantía. En este último aspecto debe considerarse particularmente importante la interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional. Si bien es cierto que los organismos internacionales sobre derechos humanos y en particular los tribunales internacionales sobre derechos humanos no sustituyen a los tribunales nacionales, los actos internos de los Estados pueden ser objeto de examen por los organismos internacionales a fin de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

Esto significa que todos los actos estatales se encuentran sometidos al examen de los órganos internacionales competentes en materia de derechos humanos. Estos actos pueden incluir, desde la propia Constitución hasta las leyes, los actos de gobierno, decretos, reglamentos, actos administrativos y sentencias.

Se da respuesta así, cada vez de mejor manera, a la cruda problemática de los mecanismos de garantía de los derechos bajo la firme convicción de procurar la

vigencia del conocido aforismo anglosajón: donde no hay remedio no hay derecho ("where is no remedy there is no right").

3. Los derechos políticos en la Constitución Nacional.

Conforme adelantamos, no hay en la Constitución Nacional una línea divisoria marcada entre derechos civiles y políticos, de allí que la mayoría de las clasificaciones conceptuales hacen reserva de esta confundibilidad. Esta situación no ha variado con la introducción en la Constitución, a partir de la reforma de 1994 del artículo 37 en comentario ¹¹, el cual en su primer párrafo menciona la garantía constitucional del pleno ejercicio de los derechos políticos con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia y eleva a rango constitucional las características que el sufragio activo tiene a partir de la sanción de la ley Sáenz Peña en 1912: universal; igual; secreto y obligatorio.

Al estar el amplio espectro de los derechos políticos diseminados a lo largo de la letra y el espíritu de la Constitución y surgir de las características de la forma de gobierno que establece el artículo 1º CN resultan de difícil concentración en una norma, habiéndose limitado el artículo 37 CN en su primera parte a receptor expresamente esta categoría de derechos que con anterioridad a la reforma encontraban sustento específico en la amplia normativa del artículo 33 de la Constitución (derechos no enumerados o derechos implícitos). "Debe tenerse presente respecto de los derechos llamados políticos, que la Constitución no los ha inventado ni concedido, porque son inherentes al pueblo y que reconociéndolos existentes los consagró como un atributo del pueblo de la Nación y de las Provincias, cuyas Constituciones confirman, extienden y legislan con más detalles su ejercicio" ¹²

Cuando hacemos referencia a los "derechos políticos" en el marco de la Constitución no podemos prescindir de las características que rodean nuestro sistema de gobierno, es decir de aquellos principios esenciales sobre los que se asienta el régimen

¹¹ Amaya, Jorge Alejandro "Los Derechos Políticos en la Reforma de 1994. Un mal comienzo, un buen final", ED, número 57, Buenos Aires, octubre de 2004.-

¹² González, Joaquín V. obra citada, pág. 176

representativo, republicano y federal ¹³. Toda aproximación o interpretación hacia esta categoría de derechos que prescindiera de los pilares apuntados asume el riesgo de no interpretar con fidelidad los fines, principios y objetivos mismos de la Constitución sustentados en su bagaje histórico de la lucha por la libertad y la igualdad del hombre. La representación data de épocas remotas, y según la mayoría de los autores tuvo su cuna en Inglaterra. El sistema representativo - como bien señala Montes de Oca ¹⁴ - supone el sistema de la soberanía del pueblo, pero en el caso de nuestra Constitución no debe ser tomado de una manera general y a la letra, ya que el pueblo llamado a ejercer los derechos políticos no está compuesto por todos los habitantes de la Nación sino por los ciudadanos. Sin perjuicio de esto, es de mayor importancia tener presente que si bien la soberanía del pueblo tal como ha sido expuesta ejerce los "derechos políticos", es también representativa de la totalidad del pueblo de la Nación (ciudadanos y no ciudadanos) y no puede limitar, restringir o desconocer aquellos principios, derechos y garantías anteriores a la ley positiva no creados por la Constitución sino reconocidos por ella.-

El principio de la soberanía del pueblo que es la base del sistema representativo tiene que ser así comprendido. Aquellos que dentro de la estructura del funcionamiento del gobierno están llamados a ejercerla tienen límites en su accionar impuestos por la necesidad general, por aquellos derechos reconocidos pero no creados por la Constitución. Son, como planteó Montes de Oca trabas a que la sociedad en masa tiene derecho por la razón superior de la necesidad de su existencia.

El concepto apuntado encierra una de las claves y presupuestos de un aspecto de los derechos políticos. El "ius in officium" encuentra un fundamento esencial en la soberanía popular como principio del sistema representativo. Si bien la forma y el modo de su ejercicio se encuentra sometido a las leyes que lo reglamentan, éstas no pueden desconocer, limitar o restringir aquellos principios, prerrogativas o garantías básicas que

¹³ Amaya, Jorge Alejandro "La Corte Suprema, la división de poderes y la Reforma Constitucional", Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste N° 12, Corrientes, octubre de 2001.-

¹⁴ Montes de Oca, M.A. Derecho Constitucional, pág. 81 y stes. Ed. La Buenos Aires, Buenos Aires, 1910

lo revisten en la medida que sean anteriores a la Constitución y que hagan a la razón superior de la existencia de la sociedad. El ejercicio de la soberanía es limitada. Quien ejerce el poder electoral (individuo u órgano colegido) no puede limitar los derechos ni restringir aquellas libertades o principios que la Constitución consagra como anteriores a ella.-

El principio de la soberanía popular, el sistema representativo y el gobierno republicano se presentan revestidos de características especiales que encierran los principios que edifican el sistema: división de poderes; libertad del sufragio; responsabilidad de los mandatarios; publicidad de los actos de gobierno ¹⁵.-

La doctrina clásica ha considerado que los derechos de petición; reunión y asociación son los derechos políticos fundamentales ¹⁶. El derecho de petición es consagrado por el artículo 14 CN e interconectado con el de reunión (artículo 33 CN) al que se refiere por conducta prohibitiva el artículo 22 CN. Este último ratifica la forma de gobierno

¹⁵. Es tan variado el significado que se ha dado a la palabra república que existen muchas dificultades para caracterizar su alcance en forma universal.. Todo gobierno no puede considerarse una república. Advuértase que república se ha llamado al imperio de Carlos V; al régimen imperante en la antigua Holanda y en la antigua Venecia donde no había ni un átomo de autoridad que respondiera a las ideas democráticas. Rousseau llamaba república a todo gobierno regido por las leyes. Johnson en Inglaterra llamaba república a la nación en que el poder soberano era ejercido por más de una persona. Montesquieu en Francia sostenía que república era aquella nación en que el pueblo en masa o una parte de este tiene el poder soberano. Para Webster no había república sino complementada con el sistema representativo, para él la república era un Estado en el cual el poder soberano era ejercido por representantes que el pueblo elige. Al dictarse la Constitución de 1787 en Estados Unidos Madison en "El Federalista" hacía notar que ella sancionaba la forma republicana de gobierno y explicando su alcance decía: "Si acudimos por criterio de los diferentes principios sobre los cuales se hallan establecidas diversas formas de gobierno, podemos definir la república como que es, o al menos puede darse ese nombre, el gobierno que deriva todo su poder directa o indirectamente de la gran masa del pueblo y que es desempeñado por personas que ocupan sus empleos durante la voluntad de aquel, por un periodo limitado o mientras dure su buena conducta". El gobierno republicano es entonces - según muchos autores - una particularidad del gobierno representativo y por consiguiente está imbuido de todos los caracteres del mismo. Resumiendo las opiniones de los constitucionalistas norteamericanos y argentinos podemos decir que el concepto que encierra la palabra república es una especie del sistema representativo y debe tener todos los caracteres que el régimen representativo reviste. Exige además que todos los poderes emanen de la elección directa o indirecta del pueblo.

¹⁶ González Joaquín V. Manual de la Constitución. Argentina, pag. 209 y stes. Ed. Estrada, 1983.

representativa que se consagra en el artículo 1º y regula el delito de sedición (uno de los delitos constitucionales) consistente en autoarrogarse los derechos del pueblo y peticionar en nombre de éste, ya sea que esta actitud sea ejercida por una fuerza armada o un grupo de personas. El derecho de asociación lo encontramos en el artículo 14 CN al consagrarse la fórmula "asociarse con fines útiles".

Vemos así, que los derechos políticos enunciados por la doctrina tradicional no se encuentran separados de los civiles revistiendo doble carácter según las circunstancias que sean de aplicación al caso.

A los fines de la "participación política" y frente al ejercicio de los "derechos políticos" enumerados como tradicionales, cobran igual o mayor envergadura el ejercicio pleno de las libertades de conciencia y de expresión (las cuales se encuentran interrelacionadas) y los principios esenciales sobre los que se asienta la representación republicana¹⁷. Ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la libertad de conciencia: "Esta Corte ha reconocido raigambre constitucional... a la libertad de conciencia... que consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales..."¹⁸; el sentido del artículo 19 de la CN "otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado y de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros".

Rápidamente se advierte el sustento que la "libertad de conciencia" y de "expresión" otorgan al "sufragio" (derecho político subjetivo y principio del sistema representativo republicano) al que definimos como la manifestación de voluntad individual que tiene por finalidad concurrir a la formación de una voluntad colectiva sea para designar los

¹⁷ AA.VV, "Poder Político y Libertad de Expresión" (coordinado por el Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina) editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, mayo de 2001 (ver Amaya, Jorge Alejandro, "El debate político y la libertad de expresión").-

¹⁸ CS, abril 6-1993, Bahamondez Marcelo s/medida cautelar B. 605.XXII

titulares de determinados cargos o roles concernientes al gobierno de una comunidad sea para decidir acerca de asuntos que interesan a esta ¹⁹ .

Es importante también considerar en el presente análisis que los derechos políticos y la normativa que los rodea no escapan a una valoración ética y moral. Todo el régimen político que nuestra Constitución Nacional juridiza a través de los institutos y sistemas que implementa a lo largo de su normativa encuentra correlato y sustento en principios éticos y morales. Estos principios no son cualesquiera, ni moldeables o interpretables según las necesidades de la oportunidad política, son los principios que guían la moral y la ética representativa-republicana.-

"La Constitución que es la expresión jurídica del régimen político... no es ajena a los principios éticos, por el contrario los contiene y los exige" " No es concebible una república, con funcionarios frívolos o extravagantes... o que carezcan de todo escrúpulo o pudor político, pues ello prostituye los principios de la república, que nació reaccionando ante aquellos excesos y arbitrariedades" ²⁰

Los conceptos desarrollados en este punto se encuentran inmersos en la sabia norma del artículo 33 CN introducida por la reforma de 1860, donde se reconocen los derechos no enumerados en el texto constitucional pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Es de este principio que emanan los derechos políticos que hacen a la participación social en una comunidad organizada en nuestra Constitución Federal. Si bien los nuevos artículos 37 (Derechos políticos); 38 (partidos políticos); 39 (iniciativa popular) y 40 (consulta popular) han dado un importante contenido formal, complementando y explicitando la norma originaria; el artículo 33 mantiene una relación global con el tema que abarca brillantemente los principios considerados.

4. Los derechos políticos en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

¹⁹ Padilla, Miguel, obra citada, p. 255 y stes.

²⁰ Salvadores de Arzuaga, Carlos, Moral y Constitución", ED, 5-5- 93

Como es sabido, la reforma constitucional de 1994 introdujo importantes modificaciones en relación al principio de supremacía constitucional de nuestro sistema. Como principio general y siguiendo la senda abierta jurisprudencialmente por nuestro Alto Tribunal y la opinión de parte de la doctrina, se reconoció jerarquía superior a los tratados internacionales respecto de las leyes (artículo 75, inciso 22 CN). Asimismo, el segundo párrafo del citado inciso 22 otorgó rango constitucional a una variedad de tratados sobre derechos humanos ratificados por el país dejando constancia que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Se ha conformado así, el llamado “Bloque de Constitucionalidad Federal”²¹. Muchas de las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos encierran principios y disposiciones relacionados con la materia de los derechos políticos.

Así lo hacen algunos de los tratados a los cuales nuestra nueva Constitución les ha asignado jerarquía Constitucional, a saber la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre"; la "Declaración Universal de Derechos Humanos"; el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"; la "Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial"; la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer" ; y la "Convención Interamericana de Derechos Humanos".

Estos instrumentos internacionales a través de diferentes normas - DUDH art. 21; PIDCP art. 25 ; CADH art. 23 – garantizan la participación política, la periodicidad de los mandatos y elecciones auténticas que deben realizarse por sufragio universal, igual y secreto.

Según la CADH - cuya violación habilita la jurisdicción internacional según el procedimiento vigente - el derecho de reunión encuentra tratamiento dentro del contexto de los derechos civiles (artículo 15), al igual que el derecho de asociación (artículo 16) que menciona entre sus fines a los políticos. A su vez la libertad de conciencia es citada en el artículo 12 y la de expresión y pensamiento en el artículo 13.

²¹ Ver Manili, Pablo L. “El Bloque de Constitucionalidad Federal”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.-

El artículo 23 consagra los derechos políticos propiamente dichos a tenor de la siguiente redacción: "Derechos políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a los que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal".

El inciso a) consagra el derecho de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos. Esta participación puede operarse en forma directa (por ejemplo cuando el ciudadano ejerce un cargo público electivo y así forma parte de las acciones de gobierno o cuando participa a través de las formas de democracia semidirecta) o indirecta, cuando en el contexto del sistema representativo se ejercen los derechos de petición, reunión, asociación, libre expresión, y libertad de sufragio con fines netamente políticos. Estos conceptos tienen gran relevancia pues su desarrollo impulsa la participación política y el enriquecimiento de los valores democráticos. "La sociedad pluralista es la que mejor puede sostener el tantas veces denominado y difundido "sistema democrático" ²²

El inciso b) del artículo 23 del llamado "Pacto de San José de Costa Rica" consagra el derecho de elegir y ser elegido que poseen los ciudadanos; las características de las elecciones (periódicas, auténticas y realizadas por sufragio); y las particularidades del sufragio al decir que el mismo debe ser universal, igual, y por voto secreto, para

²² Albanese Susana, Los Derechos Políticos en el Contexto de los Pactos Internacionales incorporados al Derechos Interno", LL, 1987.B, pág. 1066 y stes.

garantizar la libre expresión de la voluntad de los electores. Por último el inciso c) sostiene el acceso a la función pública en condiciones generales de igualdad.-

La parte segunda del artículo 23 establece un límite a la reglamentación legal, afirmando que los derechos y oportunidades consagrados en el inciso anterior sólo pueden ser reglamentados por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena de juez competente en proceso penal ²³. Es dable destacar respecto de la interpretación de esta parte de la norma que el derecho interno ha establecido que "no deben reputarse prohibidas - ni por ende inconstitucionales - las limitaciones al derecho a ser elegido que, no encuadrando en las que "exclusivamente" menciona el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, responden objetivamente a razones institucionales que no exhiben naturaleza proscriptiva ni discriminatoria" ²⁴.-

En resumen, advertimos que - en el marco de los tratados internacionales- los derechos políticos no sólo encuentran una consagración expresa y detallada sino también muchos de los derechos de carácter ambivalente o bifrontales como el de asociación o reunión los cuales están revestidos de fórmulas aclaratorias interesantes en el conjunto general de su reconocimiento.

5. El sufragio y sus características: universal; igual; secreto y obligatorio.

La titularidad de los "derechos políticos" se reconoce solo a los ciudadanos, es decir a los integrantes de la "comunidad política" y excepcionalmente a los extranjeros ²⁵, ya que, como vimos, tiene por objeto conducir a la formación y participación del "gobierno" del Estado. Una clasificación común de los derechos políticos – que ya mencionamos - es aquella que los caracteriza en activos y pasivos, según estén destinados a concurrir por medio del "sufragio" a la elección de los representantes que tendrán a su cargo el "gobierno del Estado" (activos); o en la

²³ Respecto de la interpretación de este concepto a los fines de habilitar los derechos políticos activos y/o pasivos ver los fallos de la CSJN in re "CELS" y Romero Feris Raúl y de la Cámara Nacional electoral in re "Partido Nuevo".

²⁴ Bidart Campos Germán, El derecho a elegir y a ser elegido en el pacto de san José de Costa Rica y en el Derecho Interno", ED, Tº 153, página 1040/41

²⁵ Tal el caso del art. 62 de la CCABA reglamentado por la Ley N° 334 .

capacidad de los ciudadanos de postularse como candidatos a los cargos electivos solicitando el apoyo de sus conciudadanos mediante el “sufragio” con la aspiración de acceder al cargo ambicionado (pasivos). La aptitud para el ejercicio de derechos políticos pasivos es mas restringida que la aptitud para ejercer los derechos políticos activos, ya que si bien, en principio, todo ciudadano tiene capacidad para sufragar salvo expresas inhabilidades cada vez mas limitadas ²⁶, solo tienen capacidad para aspirar a cargos electivos aquellas personas que reúnen los requisitos exigidos por la Constitución (edad, residencia, ejercicio de la ciudadanía, etc.) y en “las leyes que se dicten en consecuencia” (art. 37, primer párrafo).-

Contrariamente a la flexibilidad interpretativa que la Justicia ha expuesto respecto del ejercicio de los derechos políticos activos, adheriendo a un principio “pro voto”; en lo que hace al ejercicio de los pasivos, la posición no ha sido tan clara. Por un lado la CSJN habilitó la posibilidad de ser candidato a un cargo electivo (Senador Nacional) a un candidato sobre el que pesaba varios procesos penales pero sin condena firme ²⁷; y por otro, la Cámara Nacional Electoral, tomó un criterio restrictivo al disponer que no podía asumir el cargo un funcionario ya elegido (como Senador Nacional) que aún no había jurado, en razón que pesaba sobre él dos condenas penales a pesar que no se encontraban firmes, anteponiendo la presunción de legitimidad y regularidad de los actos públicos (sentencias) sobre el principio constitucional de inocencia ²⁸.

Asimismo, existe otra limitación en el ejercicio de los derechos políticos pasivos que consiste en que el candidato debe pertenecer a un partido político reconocido legalmente, ya que no son admisibles en nuestro sistema las “candidaturas libres o independientes” y así lo ha resuelto, tanto la CNA ²⁹ como la CJSJ ³⁰.

²⁶ Tanto la CNE en su fallo N° 2807/00 como la CSJN in re “Mignone Emilio F.” (M 1486 XXXVI) de fecha 9/04/02 declararon la inconstitucionalidad del art. 3° inciso d) del Código Electoral Nacional, habilitando a sufragar a los detenidos sin condena.

²⁷ En el caso del Ex Gobernador de Corrientes Raúl Romero Feris, fallado conjuntamente con la causa “Mignone Emilio F.”, CSJN, 14 de agosto de 2002.-

²⁸ CNE in re “Partido Nuevo”, Fallo 3275/03, del 9 de diciembre de 2003.. Curiosamente la impugnación de la candidatura correspondió también al ex Gobernador de Corrientes, Raúl Romero Feris.

²⁹ CNE, fallo 3054/02 in re “Padilla Miguel s/ inconstitucionalidad del art. 2° de la ley 23.298,

³⁰ CSJN in re “Ríos Antonio J.” fallos 310;819, 22-4-87

Ahora bien, todas las limitaciones deben pasar por un control estricto de razonabilidad en virtud de la calidad de los derechos comprometidos. “En consecuencia la restricción del derecho debe evidenciar relación y proporción con un interés legítimo e intenso del Estado a fin de no imponer barreras discriminatorias al derecho que constituye el centro de la participación política”³¹

Por consiguiente, el “sufragio” es el derecho que tienen los miembros del cuerpo electoral de participar en el ejercicio del poder. La herramienta que les permite concurrir a formar la voluntad colectiva, eligiendo a los titulares de los cargos electivos o participando en las decisiones sobre aspectos fundamentales de la marcha del gobierno que se somete a consulta u opinión de la ciudadanía (art. 40 CN).

La norma contenida en el artículo 37 de la CN establece que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio, conforme ya estableciera parcialmente en 1912 la ley Sáenz Peña³². Algunas Constituciones locales le han asignado otras características. Por ejemplo la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) califica también al sufragio como “libre” y “no acumulativo”³³.

Que el voto sea universal significa que solo pueden ser excluidos del padrón electoral aquellos que tengan impedimentos físicos o psicológicos dirimentes (los incapaces de hecho) y los incapaces de derecho por encontrarse incurso en responsabilidad penal³⁴, siempre como vimos que pese sobre ellos sentencia firme.

El concepto de sufragio libre que introdujo la CCABA en su art. 62 nos conduce al debate sobre la voluntariedad del voto (aunque seguramente esa no ha sido la intención del constituyente porteño que también lo calificó como obligatorio, generando - a nuestro criterio - un conflicto interpretativo). El voto obligatorio dio lugar a una polémica doctrinal que aún subsiste. Imponer al ciudadano la obligación de votar ¿no vulnera

³¹ Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, pág. 409, Editorial La Ley, 2005 (tercera edición).-

³² La ley 8871 conocida como Ley Sáenz Peña instaló el voto masculino universal, secreto y obligatorio. La extensión del voto a las mujeres llegó en 1947 con la ley 13.010.

³³ Con relación a la prohibición que el artículo 62 CCABA establece respecto del voto acumulativo implica – sin duda – vedar la posibilidad que la ley electoral de la ciudad adopte algunos sistemas que, como el de “lemas” imperante en algunas provincias argentinas, contiene el voto acumulativo.

³⁴ Quiroga Lavié Humberto, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, Comentada”, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 173.

su libertad?, el abstenerse de votar ¿ no es un derecho?, el no voto ¿ no es una forma de votar ? Esta idea que la participación del ciudadano en el comicio depende exclusivamente de su libre decisión, encuentra su réplica en el argumento que entiende al sufragio como un derecho político y a la vez como una función pública ³⁵.

En la adopción del voto obligatorio o facultativo intervienen circunstancias políticas, argumentos, ideas y la experiencia comparada. Italia reúne las condiciones de un proceso estable y de elevada concurrencia electoral bajo régimen de voto obligatorio; EEUU por otra parte, constituye un caso de proceso institucional estable y sólido pero con un abstencionismo electoral alto y régimen de voto facultativo.-

Compartimos el criterio de Mora y Araujo -Aftalión- Noguera ³⁶ al sostener que la indiferencia vigente en Estados Unidos obedece a la importancia que allí han adquirido las asociaciones intermedias. Aplicando al país este análisis mostraría según el autor citado que el énfasis concedido a la participación política es excesivo si advertimos la inestabilidad institucional desde 1930 a la fecha , sin que la masiva concurrencia electoral haya sido capaz de conjurarlo. La conclusión de estos autores radica en que el mejor reaseguro contra la inestabilidad no surge de la participación política obligatoria, sino en la proliferación de asociaciones libres, al modo norteamericano .

La constitución y vigencia de asociaciones intermedias de diferente naturaleza y con disímiles intereses, en la que los habitantes encuentren los canales de participación -no necesariamente políticos- que lleven a motivarlos y la presencia asegurada de la libertad de expresión en el marco comunitario a través de las diferentes formas en que puede brindarse conforman - según nuestro entender - el medio mas seguro para consolidar y reafirmar nuestro sistema democrático, sin necesidad de una imposición que busque a través del voto obligatorio el ejercicio de una función o deber "público" que muchas veces el ciudadano ejerce influenciado por técnicas de comunicación que ejercen notable

³⁵ Posada Adolfo, "El voto obligatorio", Revista Argentina de Ciencia Política, año I, T II, Nro. 10, 1911, pag. 08.

³⁶ Aftalión-Mora-Araujo-Noguera, ¿ Que nos pasa a los Argentinos ?, Sudamericana-Planeta, Buenos Aires, 1985, pág. 112/14.

influencia sobre su “libertad”, sin desconocer también que la “obligatoriedad” beneficia las políticas clientelistas presentes en la vida democrática argentina ³⁷.

El concepto de “sufragio universal” significa que el voto se extiende a todos los ciudadanos con cumplan con los requisitos que exige la ley y que por cada elector un voto. Lo contrario al “sufragio universal” es el “voto calificado”, ya que excluye o limita el mismo para determinadas categorías de ciudadanos en razón de su ausente o escasa educación, de su estado familiar, raza, sexo o situación patrimonial. Cabe destacar que la CIDH en el art. 23.2 prescribe que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos “exclusivamente” por razones de edad, nacionalidad, residencia, capacidad civil o mental, condena por juez competente en proceso penal y “intrucción”, lo que podría permitir la imposición de un “sufragio calificado” por parte de los Estados miembros, aunque esta afirmación encuentra como contrapartida la calificación del sufragio como “universal” en la misma Convención.

La característica del sufragio como “igual” se relaciona con el principio general de “igualdad” que en nuestro sistema constitucional se encuentra consagrado en el art. 16 CN e implica que cada ciudadano tendrá igualdad de derechos con respecto a los demás. Por último, la característica de “secreto” significa que nadie puede ser obligado a manifestar o informar su voto y tiene derecho a ser protegido contra cualquier presión en contrario, se relaciona con la libertad de pensamiento y de expresión, que implica tanto la libertad de expresarse como de no expresarse.-

6. Los derechos políticos y la doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”.

En toda construcción científico constitucional palpita la eterna tensión entre el orden jurídico y el orden político ³⁸. Ello así, ya que por definición el derecho constitucional procura encuadrar jurídicamente el fenómeno político que en muchas ocasiones como “res dura” que es, se resiste a ser encasillado. Sin duda el abanico temático del ejercicio

³⁷ Amaya, Jorge Alejandro “A propósito de la Reforma Política: Reflexiones en torno a democracia y representación”, RAP (Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública), octubre de 2002, año XXV, N° 289

³⁸ Carnota Walter, Los Derechos Políticos y la Jurisdicción Constitucional Costarricense” E.D. T° 151, pág. 97 y stes.

de los derechos políticos, entendidos estos en sentido amplio, acusan un perfil marcadamente político.

Por ello es que ante restricciones a su libre y correcto ejercicio, ya sea que provengan de particulares o del poder público, resultan de compleja argumentación jurídica ante los tribunales en su pedido de protección jurisdiccional. El meollo de la cuestión se circunscribe a la “justiciabilidad de la política”. Afortunadamente las “political questions” van cediendo progresivamente terreno y adeptos a su postura y esta es la evolución de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A los fines de intentar una clasificación que nos resulte útil y que además se sustente en parámetros válidos dentro de las variables relacionadas con el amplio temario de los “derechos políticos” y su relación con las cuestiones políticas no judiciales dividiremos los mismos en : a) las “cuestiones electorales” y de partidos políticos; b) las cuestiones vinculadas con la “participación política”.

Respecto del primer punto, es decir las cuestiones electorales y de partidos, nuestra Jurisprudencia tradicionalmente las consideró como políticas no judiciales. Fue así que durante mucho tiempo estos problemas (problemas internos de los partidos políticos; oficialización de listas de candidatos, planteos en torno a resultados de elecciones, etc.) estuvieron excluidos del control judicial.

Pero al igual que en los Estados Unidos a partir del renombrado caso "Baker vs. Carr"³⁹ punto desde el cual la Corte Americana modificó su criterio acerca del control judicial sobre las cuestiones políticas, nuestro Alto Tribunal fue progresivamente ingresando en el análisis de las mismas hasta llegar al total abandono de la doctrina negatoria, pudiéndose afirmar que en la actualidad las cuestiones electorales y de partidos políticos ya no integran el catálogo de asuntos ajenos a la revisión judicial.-

Fue así que, como a comienzos de la década de 1960 (lo que constituye una excepción dentro de la jurisprudencia del Tribunal en dicho periodo) la Corte en el caso "Partido Obrero"⁴⁰ ingresó plenamente en su conocimiento y confirmó la sentencia del inferior que había negado la personería a dicho partido político por propiciar ideas contrarias al

³⁹ 369 U.S. 186, RESUELTO EL 26 DE MARZO DE 1962.-

⁴⁰ fallos 253;133, 27-6-62

estado democrático. Años mas tarde en la causa "Partido Socialista Orden Nacional"⁴¹ resolvió el fondo de la cuestión en debate sin invocar la doctrina de las cuestiones políticas. Algo similar sucedió en los casos "Partido Socialista de los Trabajadores"⁴²; "Partido Intransigente"⁴³; y "Frente Justicialista de Liberación"⁴⁴ donde la Corte dirimió lisa y llanamente una elección provincial. A partir de estos precedentes, nuestra Corte Suprema siguió interviniendo en la materia a través de varias formas. Así lo hizo para decidir conflictos de competencia entre diversos tribunales electorales ("Junta Electoral de la Pcia. de Buenos Aires"⁴⁵); para reconocer el derecho de uso al nombre de un partido político ("Partido Unión Cristiana Democrática"⁴⁶); para dirimir un conflicto entre las siglas de dos partidos; para confirmar el rechazo de un pedido de suspensión de elecciones internas de un partido ("Partido Demócrata Progresista"⁴⁷); para interpretar el derecho público provincial en materia de empleo de cocientes electorales ("Unión Cívica Radical de la Pcia. de Buenos Aires"⁴⁸); para declarar la constitucionalidad del monopolio dado por ley a los partidos políticos en la nominación de los candidatos ("Antonio J. Ríos")⁴⁹; o para reinterpretar el derecho público provincial respecto a la actuación de un Colegio Electoral en temas vinculados a la elección de un Gobernador y Vicegobernador Provincial ("Electores y Apoderados de los Partidos Justicialista-UCR-Partido Demócrata s/nulidad de elección de gobernador y Vicegobernador de la Pcia. de Corrientes")⁵⁰

En lo que respecta al segundo punto de la clasificación, o sea los derechos políticos vinculados a la "participación política" debemos adelantar que nuestro Máximo Tribunal ha dictado un muy escaso número de pronunciamientos relacionados con la

⁴¹ fallos 285;338, 9-3-73

⁴² Fallos 287;31, 2-10-76.

⁴³ Fallos 284;446, 26-12-72.

⁴⁴ Fallos 285;410, 14-5-73.

⁴⁵ Fallos 305;926, 14-7-83

⁴⁶ Fallos 305;1262, 1-9-83.

⁴⁷ Fallos 307;1774, 24-9-85

⁴⁸ Fallos 308;1745, 22-9-86.

⁴⁹ Fallos 305;926, 14-7-83; fallos 305;1262, 1-9-83; fallos 306;2048, 18-12-84;fallos 307;1774, 24-9-85; Fallos 308;1745, 22-9-86; fallos 310;819, 22-4-87.

⁵⁰ E 26 XXIV, diciembre de 1991

libertad de participación, en comparación a la cuantiosa jurisprudencia relativa a las cuestiones electorales y de los partidos políticos. Sin perjuicio de esto, no queremos dejar de mencionar los fallos "Ormache" del 17 de junio de 1986; "Ríos" del 22 de abril de 1987; "Rosi Cibils" y su acumulado "Romero Feris" y "Polino" del 7 de abril de 1994 y "Romero Feris" del 1 de julio de 1994.

En el citado caso "Ormache" la Corte Consideró que el artículo. 157 de la Constitución de Entre Ríos prohibitiva de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del poder judicial local era contraria a los artículos 14, 16 y 33 de la Constitución Federal. En "Ríos" (este fallo ha sido mencionado en la clasificación anterior relativa a cuestiones electorales pero lo reiteramos en este punto en razón que consideramos de importancia conocer el concepto que surge del mismo con relación al derecho político público subjetivo del sufragio). La Corte expuso que el sufragio es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del cuerpo del Estado que en cuanto actividad exterioriza un acto político."

En "Rosi Cibils" y su acumulado "Romero Feris" se reclamó – "el status" de la representación política como vía de legitimación procesal para cuestionar la intervención federal al poder judicial de una provincia en violación a la normativa constitucional ⁵¹ ⁵². En Polino ⁵³ y Romero Feris ⁵⁴ fallados previo a la reunión de la Asamblea Constituyente Federal en la ciudad de Santa Fe en 1994 y con motivo de la discutida cláusula cerrojo que contenía el artículo 5° de la ley

⁵¹ Este fue un caso particular. Romero Feris J. (Senador Nacional por Corrientes) obtuvo pronunciamiento favorable de la CNCAF que declaró inconstitucional el decreto del PEN que había intervenido el Poder judicial de la Provincia por razones de necesidad y urgencia sin respetar el procedimiento constitucional y ante la sola presentación del recurso extraordinario por parte de la Procuración del Tesoro solicitando se otorgara al recurso efecto suspensivo, la CSJN sustrajo el expediente y lo acumuló a Rosi Civils que revistando la misma petición había sido interpuesto en competencia originaria de la Corte por un grupo de legisladores provinciales para rechazar conjuntamente ambas peticiones.

⁵² Amaya, Jorge Alejandro "Un aspecto del "Caso Corrientes". La Corte Suprema en deuda con el Federalismo" (versión ampliada), Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional Nro. 95, Buenos Aires, marzo de 1994.-

⁵³ CSJN P 304 XXVII, 7/04/94.-

⁵⁴ CSJN, 1 de julio de 1994, R 292 XXVIII

declarativa de la reforma constitucional N° 24.309⁵⁵, la Corte difirió el análisis de la cuestión a la actuación de la Asamblea Constituyente, con la excepción de una disidencia que abordó el fondo de la cuestión declarando inconstitucional la norma impugnada.

Podemos sostener con fundamento, que a partir del conocido caso “Fayt”⁵⁶ a través del cual la CSJN avaló el control formal de la reforma de la Constitución, es decir del Poder Constituyente derivado y del reciente caso fallado por la justicia tucumana “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Convención Constituyente de Tucumán”⁵⁷ que formuló un control formal y material del procedimiento de reforma de la constitucional local⁵⁸, las “cuestiones políticas” han prácticamente desaparecido de nuestro derecho constitucional. Por supuesto, hasta que la CSJN – último interprete de la CN - decida reflotarlas.

7. La protección de los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos.

Hemos visto precedentemente el variado espectro que incorporan los diferentes pactos y tratados con jerarquía constitucional en relación a los derechos políticos y a los derechos civiles de extensión política. Como vimos el artículo 23 de la CADH consagra específicamente los derechos políticos y de participación. Cabe tener presente, que el artículo 27 CADH complementa el artículo 23 estableciendo que la suspensión de garantías por los Estados miembros en casos de emergencia no podrá afectar - entre otros - los derechos políticos reforzando – de esta manera - la importancia que éstos tienen dentro de la estructura normativa internacional.

Pero es de mayor envergadura conocer, a los efectos de poder contar con una visión completa de la temática de los derechos políticos que estamos desarrollando, cual es la línea marcada por el sistema interamericano al respecto. En este sentido y dentro del

⁵⁵ Amaya Jorge Alejandro, “La polémica cláusula cerrojo de la Reforma Constitucional Argentina desde la óptica de la interpretación”, Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 2, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, Perú, 2000.-

⁵⁶ CSJN, F 100 XXXV, 19/08/99.-

⁵⁷ Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II, 05/02/08.-

⁵⁸ Ver comentarios del fallo en la revista jurídica LL del . Cometarios de Amaya, Jorge Alejandro “Democracia vs. Constitución. Cuando los jueces vienen marchando”; Basterra Marcela, y Gil Domínguez Andrés.

amplio espectro de actuación de los órganos creados por el Pacto de San José de Costa Rica, es interesante destacar un caso íntimamente vinculado al derecho de participación política, menos abordado por los órganos jurisdiccionales internos e internacionales, tal como hemos visto en el punto anterior. El 17 de mayo de 1990 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió la resolución N^o 01/90 recaída en los *casos* 9769; 9780; y 9828 referidos a denuncias de irregularidades producidas en procesos electorales realizados en los departamentos de Chihuahua y Durango de los Estados Unidos de Méjico. La Comisión concluye formulando a Méjico una recomendación para que adopte las medidas necesarias en su derecho interno que permitan hacer efectivas la protección de los derechos políticos, ordenando la publicación de las conclusiones en el informe anual a la Asamblea General de la organización de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 g. de la Convención Americana.

Por sobre el detalle de los sucesos que la originaron, la resolución de la CIDH ofrece rico material para el análisis, considerando que se trataba de denuncias de violación a derechos políticos efectuadas por partidos políticos minoritarios del Estado Mejicano (se adujeron distintas irregularidades dentro del marco de diferentes elecciones imputadas a miembros del partido gobernante (PRI)).-

Para comprender el alcance de la resolución 51 es bueno recordar que Méjico es parte en el tratado internacional de San José de Costa Rica y que su normativa interna contiene un plexo amplio de derechos humanos entre los que figuran los "derechos políticos" y - por supuesto - el derecho a elegir y ser elegido.-

Ha dicho la Comisión en su informe: " El ejercicio de los derechos políticos es un elemento esencial del régimen de democracia representativa, lo cual supone, además, la vigencia de otros derechos, la tutela de esos derechos civiles y políticos en el marco de la democracia representativa implica la existencia de un control institucional de los actos que ejercen los poderes del Estado como así la supremacía de la ley".

Vemos en esta síntesis que el deber interno e internacional que han asumido los estados que ratificaron el Pacto implica dar plena efectividad en su jurisdicción interna a cada

uno de los derechos y libertades contenidas en el tratado, debiéndose organizar el aparato gubernamental y "todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público" ⁵⁹ a efectos que aseguren el ejercicio de los derechos humanos.

Respecto de la competencia de la Comisión y muy especialmente considerando el principio de "no intervención en asuntos internos", se dice concretamente: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es competente para reconocer en materia de reclamaciones electorales y para adoptar la decisión que estime pertinente, ya que los derechos políticos se encuentran protegidos por aquélla (artículo 23) al igual que lo están en el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que también ha sido ratificado por el estado actuante en estos obrados. Esto confiere competencia a la Comisión en razón de la materia".

Como anticipamos, el principio de "no intervención" no juega resulta aplicable en el caso porque cuando "un Estado se obliga internacionalmente a hacer y omitir algo en su jurisdicción interna, el asunto ya no queda recluido íntegramente en dicha jurisdicción reservada, como que es compartido también por la jurisdicción internacional".

Respecto de este punto la Comisión dice algo sugestivo y trascendente: el derecho del Estado a desenvolver su vida interna tiene como contrapartida la obligación de respetar los derechos humanos. La denominada libre determinación de cada Estado se somete a una condición: la que ese Estado la ejerza de conformidad con el respeto a los derechos humanos. Y aquí conviene disipar, como enérgicamente manifiesta Bidart Campos el fantasma de "la soberanía". "No mezclemos el remanido problema de la soberanía a esta altitud del tiempo histórico en el derecho internacional de los derechos humanos, que en buena hora tiende progresivamente a democratizar la vida interna de los Estados en protección de la persona humana" ⁶⁰.

⁵⁹ Bidart Campos Germán, Una Resolución sobre Derecho Electoral en el sistema Interamericano del Pacto de San José de Costa Rica, ED, T^o 148, p. 210 y sgtes.

⁶⁰ Bidart Campos Germán, trabajo cita precedente.-

Un aspecto muy interesante respecto del informe de la Comisión es el hecho del desdoble que efectúa de los derechos políticos al establecer dos contenidos: uno referido al derecho de elegir y ser elegido, es decir de contenido estrictamente personal; otro, en relación con los mecanismos del sistema y proceso electoral, a la forma en que ese proceso se desarrolla para permitir el ejercicio de aspectos personales y subjetivos de los derechos políticos.

Los aspectos de la resolución que hemos destacado conducen – a nuestro criterio - a cuatro conclusiones que queremos exponer a continuación: 1) las cuestiones relacionadas con derechos políticos, con el derecho electoral y con los procesos electorales son judiciales en todo el espectro relacionado con los aspectos y contenidos de la legitimidad electoral; 2) en este espacio amplio no puede haber retracciones a la judicialidad so pretexto de tratarse de cuestiones políticas no justiciables; 3) el derecho interno de los Estados debe garantizar con efectividad la existencia de un control institucional de los actos que ejercen los poderes del mismo ante las denuncias de violación a los derechos políticos subjetivos ya que éstos edifican la participación política como sustento y esencia del régimen democrático representativo; 4) la deficiencia del sistema interno o el control defectuoso habilita la jurisdicción internacional prevista para los Estados miembros por el sistema Interamericano.

8. Las acciones positivas en los partidos políticos y en el régimen electoral.

El art. 37 en su segundo párrafo establece: “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

La igualdad real de oportunidades es un concepto que deviene de la evolución del principio de igualdad que consagra el art. 16 CN, que ha evolucionado desde una visión liberal formal de la igualdad hacia un concepto que - transitando por la no discriminación – procura arribar a una visión estructural del principio de igualdad. En 1958, Isaiah Berlin, uno de los pensadores liberales más importantes del siglo XX, distinguido internacionalmente por haber dedicado su vida a la defensa de los derechos civiles, ofreció una Conferencia Inaugural en la Universidad de Oxford, donde fue

profesor hasta su muerte en 1977. Allí Berlin propone su teoría acerca de la existencia de una libertad positiva que, lejos de limitarse a la idea de libertad entendida como no-injerencia estatal en las decisiones de las personas (libertad negativa) se funda en la necesidad de que éstas participen en igualdad de condiciones de la empresa colectiva del autogobierno. Una visión “estructural” de la igualdad, en lugar de tomar como elemento único de juicio la relación de funcionalidad entre la categoría escogida para hacer diferencias y la actividad regulada, considera relevante la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido. A la luz de las modificaciones introducidas en 1994, en particular su nuevo artículo 75, inciso 23⁶¹ el párrafo del art. 37 que estamos comentando la visión “estructural” de la igualdad – para algunos autores - ha sido expresamente incorporada a la Constitución y es consistente con una tradición constitucional liberal igualitaria que se inicia en 1810, se refleja en la Carta Magna de 1853 y se perfecciona en la reforma constitucional de 1994 ⁶².

Igualdad real, en los términos del artículo 37, “significa apelar a las discriminaciones positivas las cuales implican disponer medidas reparadoras como la acción afirmativa, es decir el otorgamiento de beneficios especiales a los grupos desaventajados (en este caso las mujeres) para remover los obstáculos sociales y económicos que, de hecho, limitan la igualdad de oportunidades aunque formalmente no exista trato desigual” ⁶³.

En relación a esta cuestión la cláusula transitoria segunda de la reforma de 1994 sostiene: “Las acciones positivas a que alude el artículo 37 en su último párrafo no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”. De este modo la llamada “ley de cupos” (24.012) que

⁶¹ Artículo 75, Inciso 23 de la Constitución Nacional: “[Corresponde al Congreso] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *igualdad real* de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. El énfasis es mío.

⁶² Saba Roberto, “(Des) Igualdad estructural”, en Visiones de una Constitución (Jorge Alejandro Amaya, coordinador), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, en conmemoración del sesquicentenario de la sanción de la Constitución Nacional, Buenos Aires, junio de 2004.-

⁶³ Pizzolo, Calógero “Constitución Nacional”, comentada, anotada y concordada, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2003.-

estableció un cupo del 30% a favor de las mujeres en las listas de candidatos de las elecciones nacionales debe ser respetado y se constituye un piso mínimo, sin que la ley pueda bajar dicho porcentaje.

La situación que finalmente derivó en la ley 24.012 comenzó a gestarse con la recuperación de la democracia en 1983, a partir de la cual fue masiva y activa la participación de mujeres en la política pero escasa la representación en los lugares de decisión. Esta fue la situación de la cual se partió y sobre la cual se trabajó lograr la búsqueda de consensos y el reconocimiento de la necesidad de la inclusión de cuotas o cupos. Fue así que en noviembre de 1989, la senadora nacional de la Unión Cívica Radical (U.C.R) por la provincia de Mendoza, Margarita Malharro de Torres, presentó un proyecto de ley de reforma del Código Electoral Nacional en el sentido de establecer en forma imperativa para todos los partidos políticos un mínimo del 30 por ciento de mujeres en las listas de candidatos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas. El camino no fue sencillo, ya que si bien la reglamentación de la ley fue un avance importante ⁶⁴, cuando se conformaron las primeras listas de diputados nacionales para las elecciones de 1993 fueron muy pocas las listas en las que se respetaba el cupo femenino. Luego de mucho andar, las mujeres en defensa de sus derechos obtuvieron los primeros fallos de la Justicia Electoral y de la Corte Suprema de la Nación que legitimaron que la Ley 24.012 era una ley de orden público. Esta ley no solo establece que las listas de candidatos deberán tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir sino que deben estar en proporciones con posibilidad de resultar electas.

El decreto reglamentario de la ley 24.012 estableció que el 30% de cargos a integrarse por mujeres se interpretará como una cantidad mínima (art. 2°) y si se renuevan dos cargos, al menos uno de los candidatos debe ser mujer (art. 5°).

En 1996 se sancionó la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, uno de los cuerpos normativos más avanzados del mundo en esta materia. Esta Constitución busca la equiparación de ambos géneros tanto en el ámbito público a través de acciones positivas en los planos político

⁶⁴ Decreto Pen 1246/2000, modificado por Decreto Pen 451/05.-

y laboral como en el ámbito privado, estableciendo igualdad en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y en la familia.

Acciones positivas concretas también se incluyen en esta Constitución en forma explícita referidas a la integración de las listas de candidatos para el Poder Legislativo, las Juntas Comunales, la integración del Consejo de la Magistratura por parte de los jueces y de los abogados y la de la lista para el jurado de enjuiciamiento por parte de los jueces, abogados y legisladores (tal como surge de la interpretación armónica de los artículos 36, 130, 115 y 121 CCABA), la de los órganos colegiados que designa o requieren acuerdo de la Legislatura (por ejemplo, la Procuración General, la Auditoría General, el Esto significó un avance de gran envergadura en relación a la Constitución Nacional que sólo prevé “acciones positivas” para el Poder Legislativo y para la conducción de los partidos políticos. Las leyes provinciales fueron avanzando en esta década por el esfuerzo y la presión de las mujeres. En general se sancionaron leyes similares a la Ley nacional, con sus errores y con un agravante: no contemplar las particularidades de los sistemas electorales provinciales.

Implementar todas estas acciones – temporales por cierto - supone y contribuye a profundizar la democracia, modernizar el Estado y lograr mayor eficiencia en la gestión de las políticas públicas.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.

AFATALIÓN-MORA-ARAUJO-NOGUERA, “¿ Que nos pasa a los Argentinos ?,” Editorial Sudamericana- Planeta, Buenos Aires, 1985.-

ALBANESE SUSANA, “Los Derechos Políticos en el Contexto de los Pactos Internacionales incorporados al Derechos Interno”, LL, 1987.B.

AMAYA JORGE ALEJANDRO “Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios” (Artículo Premiado) Revista de Doctrina, Fascículo N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Resumen del Trabajo publicado en “El Derecho” (Derecho Constitucional) N° 10.054, Buenos Aires, 26 de julio de 2000.

- “El esquema de las Libertades Básicas Iguales de Rawls y la cláusula cerrojo de la ley 24.309. El debate político y la libertad de expresión”, Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) Volumen IV, N° 2, Buenos Aires, primavera de 2000.
- “Los Derechos Políticos en la Reforma de 1994. Un mal comienzo, un buen final”, ED, número 57, Buenos Aires, octubre de 2004.-
- “La Corte Suprema, la división de poderes y la Reforma Constitucional”, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste N° 12, Corrientes, octubre de 2001.-
- “La polémica cláusula cerrojo de la Reforma Constitucional Argentina desde la óptica de la interpretación”, Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 2, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, Perú, 2000.-
- “Democracia vs. Constitución. Cuando los jueces vienen marchando”, Revista Jurídica La Ley del 13 de febrero de 2008.-
- "Un aspecto del “Caso Corrientes”. La Corte Suprema en deuda con el Federalismo" (versión ampliada), Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional Nro. 95, Buenos Aires, marzo de 1994.-
- “A propósito de la Reforma Política: Reflexiones en torno a democracia y representación”, RAP (Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública), octubre de 2002, año XXV, N° 289

AA.VV, “Poder Político y Libertad de Expresión” (coordinado por el Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina) editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, mayo de 2001 (ver Amaya, Jorge Alejandro, “El debate político y la libertad de expresión”).

AYALA CORAO CARLOS "El derecho de los derechos Humanos", ED 9-12-94.

BIDART CAMPOS GERMAN “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T° II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1986.

- “El derecho a elegir y a ser elegido en el pacto de san José de Costa Rica y en el Derecho Interno”, ED, T° 153.-

CARNOTA WALTER, “Los Derechos Políticos y la Jurisdicción Constitucional Costarricense” E.D. T° 151.-

DALLA VIA ALBERTO R. “Los sistemas electorales en la Argentina”, LL, 21/12/2007.-

DUVERGER, Maurice “Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”. Ariel. Barcelona, 1970.

EDMEDKJIAN, Miguel Angel “Derecho Constitucional”, Depalma, Buenos Aires, 1994.

ELY, JOHN “Democracia y Desconfianza . Una Teoría de la interpretación constitucional”. Traducido al castellano y publicado por la Universidad de Los Andes, Colombia, 2002.-

FAYT, CARLOS S. “Derecho Político”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO FRANCISCO, "Los nuevos retos del estado social para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", ED, 22-07-94.

FISHKIN JAMES, “Democracia y Deliberación”, Ariel, Madrid, 1995.

GELLI, MARÍA A., “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Editorial La Ley, 2005 (tercera edición).-

GONZÁLEZ, JOAQUÍN V. Obras Completas, 1897, Universidad Nacional de La Plata, 1935.-

- Manual de la Constitución. Argentina, Ed. Estrada, 1983.

QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, Comentada”, Editorial Rubinzal Culzoni.-

LÁZZARO ALEJANDRA M. “La igualdad y la ley de cupo femenino, un largo camino”, LL Actualidad, 26/02/08.

LÓPEZ, MARIO JUSTO, Introducción a los Estudios Políticos, Tº II, p. 366, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1971.

MANILI, PABLO L. “El Bloque de Constitucionalidad Federal”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.-

MONTES DE OCA, M.A. Derecho Constitucional, Ed. La Buenos Aires, Buenos Aires, 1910

PADILLA, MIGUEL A., Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías, Tº II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

PIZZOLO, CALÓGERO “Constitución Nacional”, comentada, anotada y concordada, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2003.-

POSADA ADOLFO, "El voto obligatorio", Revista Argentina de Ciencia Política, año I, T II, Nro. 10, 1911.-

SABA ROBERTO, “(Des) Igualdad estructural”, en Visiones de una Constitución (Jorge Alejandro Amaya, coordinador), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, en conmemoración del seicentenario de la sanción de la Constitución Nacional, Buenos Aires, junio de 2004.-

SALVADORES DE ARZUAGA, CARLOS, “Moral y Constitución”, ED, 5-5- 93

VANOSI, JORGE REINALDO A. “Teoría Constitucional” (2 vol.) Editorial DePalma, Buenos Aires.

- “ El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social”, Editorial EUDEBA. 3ra. Edición, Buenos Aires, 2000.