

Ministerio Público de la Nación

///ma Cámara:

Llegan las presentes actuaciones en vista a este Ministerio Público Fiscal en virtud del recurso de apelación interpuesto por los Sres. Rafael Novello –apoderado de la UCR distrito Buenos Aires-, Walter Martello –apoderado del ARI distrito Buenos Aires- y Pablo Marcelo Carona –apoderado de GEN distrito Buenos Aires-, contra la resolución de fs. 66/71 que dispuso 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.

A fs. 75/80 obra la expresión de agravios, en la que los recurrentes consideran que el análisis del art. 73 de la C.N. realizado por el magistrado es equivocado y carece de sustento razonable.

A continuación reiteran varios de los argumentos expuestos en la demanda, y agregan que varios de los ejemplos citados en la sentencia no guardan relación con el caso, ya que todos son supuestos diferentes a la prohibición de dicho artículo.

Por ello, consideran que el gobernador de la Provincia de Buenos Aires no puede postularse al cargo de diputado nacional por expresa aplicación del art. 73 de la C.N.

Alegan que en el caso de no considerar el punto de vista desarrollado “ut supra”, concurren otras circunstancias que descalifican las candidaturas de Scioli y Massa, que son las candidaturas “testimoniales”, “eventuales” o “condicionales”.

Sostienen que el vínculo entre representante y representado no se encuentra presente, toda vez que la postulación como candidato lleva necesariamente implícita la voluntad de asumir la representación que le otorgue el cuerpo electoral. De lo contrario es imposible que se establezca relación alguna entre el elector y el elegido.

Señalan que lo que ha ocurrido es público y notorio, se los incorpora a las listas afirmando expresamente que su inclusión es “testimonial”, que no iban a asumir sus funciones pero que de esta manera manifestaban su adhesión al “proyecto”. Posteriormente ante los cuestionamientos públicos y las impugnaciones judiciales se cambió la estrategia, y no dicen que no van a asumir sino que afirman que no saben, harán lo que corresponde en su momento.

Ahora bien, sostienen que la presentación como candidato supone una apuesta a la buena fe, no resulta admisible una candidatura “eventual” o “condicional” ya que supone una clara ruptura del vínculo de la representación política.

Por supuesto, que si luego de las elecciones, por circunstancias sobrevivientes el elegido no asume, si bien defraudará las expectativas, la cuestión se circunscribirá al incumplimiento del contrato político entre el cuerpo electoral y el representante. En este caso se disuelve este vínculo, ya que el candidato una vez electo se desentiende del lazo con el elector. Estas candidaturas son una desvirtuación de la voluntad de representar.

Consideran que el magistrado debía verificar la calidad de los candidatos, es decir si cumplen con los requisitos exigidos por la Constitución Nacional, y que se trate de un candidato real, esto es, un candidato que efectivamente asumirá función pública para la que se postula.

Finalmente, advierten que la sentencia niega que las candidaturas impugnadas conduzcan a un proceso fraudulento o que el futuro acto electoral no sea auténtico. Sin embargo, es claro que dichas candidaturas lesionan el principio de autenticidad de las elecciones, consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional, toda vez que resulta evidente que la autenticidad mencionada se refiere a que se trate de candidatos de verdad, que se postulan para asumir en caso de resultar electos. Estas candidaturas son falsas, inauténticas y violan el derecho político de elegir. Además toda la ciudadanía sabe que dichas candidaturas son postulaciones que sólo tienen por objeto mejorar las chances electorales, pero que los candidatos no van a asumir, más allá de las declaraciones ambiguas que se hacen para tratar de mejorar la situación.

Por ello convalidar el precedente, resulta un retroceso importante para una democracia que busca consolidarse en la vigencia plena de la Constitución y las leyes.

En consecuencia solicitan se revoque la sentencia y se ordene la no oficialización de las candidaturas a diputado nacional por el “Frente para la Victoria” de Daniel Scioli y Sergio Massa.

A fs. 86/95 contestan la expresión de agravios los Dres. Landau, Lopez Wesselhoeft y Giménez, en su carácter de apoderados del Frente Justicialista para la Victoria, en la que solicitan se rechacen las impugnaciones realizadas.

Sostienen que es claro que la incompatibilidad mencionada, se refiere solo al ejercicio efectivo de ambos cargos. En efecto cuando la Constitución dice “no pueden ser miembros del Congreso” se refiere a ser *miembros* del Congreso en el cargo de legislador en ejercicio.

Señalan que el magistrado hace una fundamentación basada en la doctrina constitucional, que en forma mayoritaria ha considerado que la manda del art. 73 implica una incompatibilidad legislativa o funcional y no una inelegibilidad como no logran distinguir los quejosos. Además la Cámara Nacional Electoral ha interpretado que lo esencialmente prohibido es la simultaneidad de funciones, es decir el ejercicio al mismo tiempo de dos cargos u oficios específicos. Asimismo los únicos requisitos exigidos para elegir diputados y senadores están determinados en los arts. 48 y 55 de la C.N.

Luego de varias consideraciones generales, consideran que simplemente se ha transcrito el escrito liminar y han reiterado conceptos sobre la representación política, que ya han sido refutadas por la confusión que hacen al derecho privado.

Agregan que tal como lo advierte el juez de grado pretender que las candidaturas de Scioli y Massa resulten un engaño electoral implica desmerecer la voluntad no solo de los candidatos sino también del electorado que los apoya.

Ministerio Público de la Nación

Por otra parte, la afirmación de que no son candidatos reales es solamente unilateral y se basa en supuestos, ya que hoy por hoy no existe ninguna circunstancia que habilite a pensar en ello. Se basan en suposiciones.

Respecto de la autenticidad de las elecciones, alegan que se refiere al acto eleccionario y no a otra cosa.

Además, más allá de no compartir la doctrina, la renuncia a un cargo, se encuentra prevista en el ordenamiento electoral vigente y es un acto lícito. Asimismo es claro que el candidato aún de resulta electo para ambos cargos, no podrá asumir más de uno.

Consideran que los apelantes incurren en una gran contradicción cuando afirman que existe fraude y que la ciudadanía sabe que los candidatos no van a asumir. Es decir que si toda la ciudadanía lo sabe no hay ningún elemento que confunda, engañe o distorsione.

Por ello hacer lugar a lo pretendido transforma a todo el sistema en un verdadero tembladeral, por cuanto no existiría seguridad jurídica, si se incorporan, por vía pretoriana, nuevos requisitos para el acceso a cargos electivos.

Advierten que se trata de un liso y llano planteo político que viene acompañado de una inadmisibles extorsión públicamente vertida por la Dra. Carrio dirigida a quienes no deciden como la nombrada quiere.

Además los presentantes saben que la cuestión jurídica ya ha sido resuelta por la Cámara Nacional Electoral en el fallo n° 2481/98, en donde se trataba de posibilitar las candidaturas de sus postulantes Fernando de la Rúa y Graciela Fernández Meijide sin exigencias extras a lo que la Constitución y la ley establecían y establecen. Hoy esos actores sostienen lo contrario solo para proscribir candidatos de otros partidos, por eso no se trata de una cuestión jurídica, sino una cuestión política.

Por último realizan una reflexión final, en el presente caso se trata de crear una condición nueva para ser candidato, la de exteriorizar sus intenciones futuras.

Por lo dicho solicitan se confirme el fallo recurrido.

Sin perjuicio de lo dicho en esta misma presentación los Sres. Scioli y Massa, agregaron “otro si dicen” donde manifiestan que ratifican íntegramente la presentación realizada por los apoderados del Frente Justicialista para la Victoria y en virtud de la naturaleza proscriptiva de la impugnación realizada vienen a expresar que: “Que obviamente la aceptación de las candidaturas con las que nos han honrado las fuerzas políticas constituyentes del Frente que representamos implicó la voluntad de postulación al cargo, la consecuente disposición para la ejecución de la campaña con el fin de obtener el apoyo de los ciudadanos de la provincia para resultar electos y – eventualmente- la asunción al cargo para el que hemos sido propuestos, sin que ello importe abdicar de los derechos o las opciones que tanto la Constitución Nacional como

las leyes nos reconocen o puedan reconocer a todos los candidatos electos y a todas las fuerzas políticas que nos respaldan.”

Analizando las cuestiones traídas a esta instancia, este Ministerio Público entiende que los argumentos expuestos no modifican los fundamentos expuestos por el Sr. Fiscal de grado en su dictamen de fs.63/65, al cual me remito “brevitatis causae”.

A mayor abundamiento, vale transcribir textualmente en lo pertinente el Fallo n° 2481/98 que dice: “ 3°) Que, ello, sentado, del acto ético-político de la renuncia a un cargo público electivo constituye una decisión voluntaria personal que, en principio, no puede ser impuesta previamente. Ni la Constitución Nacional, ni la ley 23.298, ni el Código Electoral Nacional ni la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires obligan a quien ocupa un cargo público electivo a renunciar a él antes de solicitar la oficialización de su candidatura para otro distinto. Por lo demás, las inhabilidades son taxativas y su interpretación, como la de toda norma que restringe derechos, es restrictiva. No existe, en el estado actual de la legislación la supuesta “inhabilidad” a que hace referencia el apelante. Agregar por vía judicial una nueva categoría al art. 33 de la ley 23.298 –que enumera quienes no pueden ser candidatos a cargos públicos electivos- es, por lo tanto, inadmisibles, por lo tanto, inadmisibles, por lo que sentencia en recurso ha de ser confirmada en cuanto rechaza la acción incoada.”

“4°) que, de otro lado, es de destacar que lo esencialmente prohibido por la ley es la simultaneidad de funciones, es decir el ejercicio, al mismo tiempo, de dos cargos u oficios específicos (cf. Fallo CNE n° 616/88).”

“Dijo el Tribunal en el citado fallo que la Constitución Nacional, en su forma de gobierno representativa, establece restricciones al sufragio pasivo o derecho de elegibilidad, vale decir, causas de inelegibilidad por un lado, e incompatibilidades por el otro, para desempeñar sendas funciones. Así prohíbe a los miembros del Congreso recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo sin previo conocimiento de la Cámara (art. 72), ser miembro del Congreso los eclesiásticos regulares ni los Gobernadores de Provincia por la de su mando (art. 73), esto último “en el sentido de estar prohibido únicamente el ejercicio simultáneo de los dos cargos” (Rivarola, Rodolfo: Diccionario de Instrucción Cívica y práctica constitucional argentina; Buenos Aires. Ed. Goni. 1934, pág. 280)...“

Si bien tal como lo expresara precedentemente en orden al dictamen del Sr. Fiscal de grado la intervención de este Ministerio Público en el estricto marco de la vista conferida ha sido contestada, parece oportuno efectuar **algunas breves consideraciones visto el exiguo plazo de 24 hs. por el que se me confiere traslado**, que en el fragor de la campaña electoral que se está desarrollando se omiten tanto por las partes como por la mayoría de los interesados en los resultados del 28/6/2009.

Sin embargo a mi criterio, dentro de la función que el art. 120 de la C.N. me adjudica respecto de velar por el interés general, alejado del interés electoral entiendo que tal vez permitan comprender el por qué de algunos fenómenos políticos electorales

Ministerio Público de la Nación

de quienes hacen muchos años desempeñamos cargos vinculados al fuero podemos ir observando.

Ellos merecen ser observados o simplemente mencionados pues sin su análisis estos fenómenos, aunque legales, probablemente distorsivos de la buena práctica política continuaran produciéndose o agregándose en el marco de **una democracia absolutamente vigente** pero perfeccionable en su calidad institucional y jurídica.

Me refiero a hechos tales como la profusión de alianzas o frentes sustituyendo a los partidos políticos, listas colectoras, candidaturas testimoniales, renunciadas anticipadas, variación de bloques, etc..

Veamos:

a)La C.N. en el capítulo II “Nuevos Derechos y Garantías” se refiere a los derechos políticos demarcando el principio de la soberanía popular, el sufragio universal, secreto y obligatorio y en el art. 38 establece que los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. La C.N. nada dice sobre otras instituciones políticas y en su consecuencia fueron dictadas numerosas leyes al respecto. En la ley de partidos políticos el art. 10 menciona puntualmente la existencia de alianzas transitorias de naturaleza absolutamente coyuntural que la pacífica jurisprudencia de V.E. considera naturalmente agotada una vez cumplido su cometido.

Sin embargo, paulatinamente estas organizaciones que deben estar integradas por partidos políticos han ido asumiendo el rol principal que la Carta Magna le confiriera a estos. A modo de ejemplo en las presentes elecciones puede señalarse entre otros Frente Justicialista para la Victoria y Frente Movimiento de Acción Popular, ambos de Catamarca, Frente para la Victoria y Frente Cívico, ambos de Córdoba, Frente de Todos de Corrientes, Acuerdo Cívico y Social, Frente Justicialista Entrerriano, Frente Peronista disidente, todos de Entre Ríos, Frente para la Victoria de Formosa, Frente Acuerdo Cívico y Social, Frente para la Victoria y Frente Primero Jujuy, todos de Jujuy, Frente Justicialista y Frente Pampeano Cívico y Social, ambos de La Pampa, Frente Justicialista del Pueblo Riojano y Frente Cívico y Social de La Rioja, Frente Cívico Federal y Frente para la Victoria, ambos de Mendoza, Frente Renovador, Frente Justicialista por la Dignidad y Frente Unión Pro Dignidad, todos de Misiones, Frente Grande-Unión de los Neuquinos y Frente para la Victoria de Neuquén, Ari-Colación Cívica de Río Negro, Frente Progresista Cívico y Social y Frente para la Victoria, ambos de Santa Fe, Frente Federal y Frente para Victoria de Salta, Frente para la Victoria-PJ de San Juan, Frente Federal Cívico y Social, Frente Justicialista es posible, ambos de San Luis, Frente para la Victoria y Frente Cambiemos para Crecer de Santa Cruz, Frente Cívico por Santiago y Frente Justicialista para la Victoria de Santiago del Estero, Frente para la Victoria y Proyecto Progresista de Tierra del Fuego, Frente para la Victoria de Tucumán, y por último Frente Es Posible, Frente para la Victoria, Acuerdo Cívico y Social, Frente por el Trabajo y Producción, Frente de Izquierda y los

Trabajadores, Anticapitalista y Socialista –Frente PTS-MAS-Izquierda Socialista, Proyecto Sur en Capital Federal entre otros, con la particularidad que en algunos distritos hay algunos partidos aliados entre sí que en otros distritos están enfrentados y en muchos de ellos integrados por distintas facciones de un mismo partido.

A ello se agrega, que muchos de los partidos que integran esas alianzas o frentes han obtenido el reconocimiento recientemente, restándole cumplir con el art. 7 inc. e) de la ley 23.298, que establece la obligatoriedad de poseer el mínimo de afiliados necesarios para realizar elecciones internas, los cuales en muchas oportunidades caducan después de participar en una elección por no poder cumplir con dicho requisito.

b) No es ajena al panorama político actual la variable conducta política partidaria de distintos dirigentes notorios que cambian su pertenencia o afiliación con lo que se pierde para el elector común la referencia ideológica u orgánica que implica la constitución y dirección del proceso político que corresponde a los partidos.

A modo de referencia vale citar el caso del vicepresidente de la República que perteneció a un partido, integró un frente con el cual accedió al cargo mencionado y conservando el mismo participa –sin ser candidato- de una alianza opositora. El de varios diputados cuyos cargos fueron obtenidos por la pertenencia a un frente y participan ahora para acceder a un mandato nuevo renunciando a otros inconclusos por alianzas opositoras a la que integraban hace pocos años, o el caso de una vicejefe de gobierno elegida para ese cargo, renunciando al mismo en el transcurso de su mandato vigente para postularse por otro cargo electoral, diputados electos que cambiaron de pertenencia política antes de jurar.

En ese marco, la pregunta que debe responderse cada ciudadano es si ese representante desvirtuó el mandato antes, lo desvirtúa ahora, o simplemente entiende que esa conducta es la mejor ejecución de un mandato (por designarlo jurídicamente de alguna manera) muy amplio y general como es el conferido mediante el voto.

Más aún, cabe preguntarse, si esa decisión frente a la pérdida de relevancia que tienen las estructuras políticas reguladas constitucionalmente, no constituye un modo de referenciar el proyecto que sostienen los candidatos de las distintas listas cuando nos encontramos en una democracia básicamente “de personalidades”. Hoy los comentarios sobre distintos candidatos versan sobre cuanto mide en las encuestas y con quien esta, más que, cuales son sus propuestas y que pretende desarrollar en esa función.

En ese marco, debe valorarse el objeto de esta causa.

Por ello, aún suponiendo que expresamente manifestaran que no van a asumir, cabe preguntarse en ese delgado margen estrictamente jurídico que caracteriza al derecho electoral si estas candidaturas lo exceden.

En tal sentido, la Constitución nacional en su parte dogmática nada dice, manteniendo como expresa disposición el “famoso” art. 73, que nada establece sobre candidaturas o postulaciones, solo regula incompatibilidad funcional para el desempeño simultáneo de ambos cargos.

Ministerio Público de la Nación

Dicho artículo ha permanecido inmutable, desde su primitiva sanción, lo que lleva exclusivamente a esos constituyentes para su interpretación, quienes dictaron la Carta Magna en el cuadro político complejo emergente de Caseros.

Sin embargo parece poco trasladable, al presente, cuando tal supuesto de separación de funciones constituye actualmente un dogma de perogrullo y la influencia del poder que desde luego existe en nada se asemeja a la situación de aquel entonces. Así sucede, a modo de ejemplo, sin regulación expresa, con gobernadores, senadores que han sido candidatos a presidente etc...

El “análisis” técnico en esa dirección conduce, en el humilde criterio de esta Fiscalía, a una discusión de laboratorio, válida para la ciencia política, pero inútil para resolver las cuestiones actuales que presenta la vida política.

A falta de norma legal expresa, corresponde efectuar una interpretación que con ese marco lleva a facilitar el desenvolvimiento político democrático **posible**.

Tampoco se puede omitir que la elección de representantes en nuestro sistema jurídico se realiza en base a una nómina completa de los mismos, incluidos en la boleta de manera tal que el momento del sufragio cada elector conoce de antemano quienes son los representantes que selecciona, los que por diversos motivos pueden asumir el cargo a lo largo del periodo por el cual son votados, como lo determinan las normas vigentes (Titulo VII, arts. 148 y ssgtes del C.E.N.). Así sabiendo que un candidato no va a asumir su función o aún desconociéndolo comprende desde el primer momento cuales son las personas que pueden ejercer su representación, por lo que de una u otra forma no existe en ningún caso la posibilidad de sufrir un perjuicio mayor o menor en su elección.

Diluidos, los aspectos orgánicos y/o ideológicos de los partidos políticos, las candidaturas “testimoniales” buscarían ser referencias de la pertenencia de esa lista al proyecto de las “personalidades” que las encabezan.

Finalmente, en virtud de las consideraciones expresadas, las correcciones necesarias para un mejor desarrollo político institucional democrático que compete a otros poderes materializar, no enervan la facultad de este Ministerio Público de realizar unas últimas reflexiones sobre el tema.

El concepto de democracia, a mi criterio, posee una estructura típica de *características o similitudes*, esto es, un concepto que para explicarlo debe recurrirse a la descripción, más que, a la abstracción de sus esencias. Es decir se usa la palabra democracia de ciertos regimenes políticos particulares que posean las propiedades o aspectos que se convenga en considerar relevantes y del nivel en el que se decida dejar de hacer distinciones. Así, pueden ser ubicadas en la misma categoría de democracias una monarquía constitucional y una república, uno gobierno presidencialista y otro parlamentario o países con sistemas electorales totalmente distintos. En cuanto a los casos paradigmáticos, entre unas 200 naciones independientes se designan hoy como

democracias representativas estables bastante menos de la mitad. Dicho concepto ha sido siempre conflictivo, ya “demos” designaba tanto el conjunto de los ciudadanos como a la multitud, a los pobres y a los malvados.

Sin embargo cualquiera sea la definición adoptada, todas sostienen como presupuesto mínimo que el poder estatal tiene como fundamento último el consentimiento libremente expresado de todos los ciudadanos. Esta convención conceptual básica de todos los teóricos remite (por su precariedad) a una compleja y controvertida serie de cuestiones previas, tales como determinar en qué consiste la libre expresión del consentimiento, cuales deben ser sus alcances y a quienes corresponde denominar ciudadanos.

Asimismo una es la idea de democracia tal como se expresara y otra, sus manifestaciones históricas concretas. Las mismas nunca pueden ser encarnación directa y pura de esa idea. En cada lugar y en cada tiempo se incorporan y combinan de manera desigual tradiciones, costumbres, instituciones, creencias y estilos locales, que, a la vez, motorizan interpretaciones diversas acerca de la viabilidad práctica de aquella convención básica.

Por ello, se debería plantear al conjunto de la sociedad cual es el modo de organización que, cumpliendo con esos requisitos, satisfaga las expectativas de la ciudadanía para superar lo que se ha denominado crisis de los partidos, cuando en realidad, probablemente habría que plantear nuevas formas de organización democrática que integren a los ciudadanos por encima de las simpatías con las personas, de otra manera ,más allá del voluntarismo de los distintos operadores del sistema en realizar normas jurídicas que regulen la vida política, sus actualización etc., la realidad continuará transitando por un camino paralelo y distinto. En efecto, se observa que las sucesivas reformas de las normas, no captan ese fenómeno y nadan han conseguido para modificar la situación del año 2002.

En conclusión esta Fiscalía estima que V.E. debe confirmar la resolución recurrida.

Fiscalía, 27 de mayo de 2009.-