

PRESENTAN AMICUS CURIAE

Excma. Cámara Nacional Electoral,

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

1) OBJETO:

Que, en nuestro carácter de ciudadanos de la Nación Argentina y de profesores de derecho constitucional de diversas universidades del país y del extranjero, venimos a someter a la consideración de VE el siguiente *amicus curiae*, en los términos de la Acordada nº 85/2007 de esa Excma. Cámara, con referencia a la presentación como candidato a diputado nacional en representación de una provincia de un ciudadano que sólo permaneció en ella en carácter de funcionario federal o cumpliendo obligaciones relacionadas con el servicio federal que presta su esposa (arts. 34 y 75 inciso 30 de la Constitución Nacional, en adelante "CN").

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

2) CONSIDERACIONES GENERALES:

Todo el sistema republicano y democrático reposa en el principio de representación popular. Es evidente -y no requiere demostración empírica- el principio según el cual a mayor pureza en la representación de la sociedad, más república y más democracia. También es sabido que así como el sistema democrático privilegia la voluntad popular, el sistema republicano fija límites a aquélla, y que dichos límites no pueden ser violados. Eso es lo que se discute en estos autos y lo que motiva la presentación espontánea y desinteresada del presente *amicus curiae*.

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

contenidas en la parte orgánica de la carga magna deben ser interpretadas en forma extensiva, mientras que las facultades y poderes de los órganos estatales deben ser interpretados en forma restrictiva.

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

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

3) CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS:

El art. 34 CN establece *“Los jueces federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia, ni el servicio federal, tanto en lo civil como en lo militar da residencia en la provincia en que se ejerza, y que no sea la del domicilio habitual del empleo, entendiéndose esto para los efectos de optar a empleos en la provincia en que accidentalmente se encuentren”* (énfasis agregado).

A fin de explicar el requisito de la residencia con miras a la elección de un diputado nacional, Joaquín V. González enseña que ésta *“Consiste en exigir que el electo haya permanecido en la Provincia el tiempo inmediato anterior a la elección, que se fija en dos años. Esta condición está hondamente arraigada en la historia de los congresos argentinos, desde la primera década de la Independencia... No obstante, el Congreso sancionó el artículo 36, que no exigía la residencia como requisito previo. La Convención de Buenos Aires en 1860, propuso la enmienda, exigiendo tres años de residencia inmediata, que la Convención Nacional reunida en Santa Fe el mismo año, redujo a los términos del texto vigente. El propósito de la Constitución es que el pueblo de cada Provincia se halle representado por hombres salidos de su seno, inspirados en las necesidades reales, en las ideas y sentimientos de la localidad, y en los anhelos de libertad y progreso de sus vecinos, para formar un Congreso que sea la expresión íntima de la sociedad argentina; porque “el hacer venir con su Provincia al representante importa poner en contacto a los hombres de todos los extremos del país, para que lleven a ellos, a su regreso, nuevas ideas y estrechen con los de las otras, nuevos vínculos”. Se formarían así, hombres de Gobierno, abriendo una carrera al talento y ofreciendo estímulo al estudio. Por el contrario, el sistema opuesto haría un Congreso heterogéneo entre sus miembros y con relación a sus centros electivos; suprime la fuerza de la iniciativa y las sanas aspiraciones del amor local; destruye*

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

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

la vinculación del honor y el sentimiento de la comunidad de Provincia, que fundido en el Congreso, crea el honor y el sentimiento de la Nación; destruye el principio de esa “responsabilidad secreta” hacia los electores, que se hace efectiva, no por ley ni mandato alguno, sino en la vida privada, porque “cuando el representante vuelve al lugar que lo nombró, a vivir en medio de sus electores, siente su responsabilidad; por eso se cuida de no traicionarlos y no hacerles decir en el Congreso lo que no piensan ni quieren; porque sus parientes, sus amigos, sus convecinos, le harán pagar con el desprecio público, en la vida privada, su mala conducta” (Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, etc., 1860, p. 203; opinión de Domingo F. SARMIENTO). Por esta razón, los representantes no nacidos o vinculados en la Provincia, no tendrán reparo en poner su influencia al servicio de intereses ilegítimos, contrarios a los derechos e independencia de sus Provincias, y servir de auxiliares al que manda o tiene poder para distribuir favores. Hay, por otra parte, el peligro, ya experimentados en nuestros anales parlamentarios de “que se fomente una verdadera profesión de Senadores o Diputados ambulantes, buenos para representar una Provincia lo mismo que otra”, por solo el interés del estipendio anexo al empleo (Opinión de D. F. SARMIENTO, en la obra y lugar citados, informando sobre la Enmienda. Los representantes a los que se refiere el convencional, fueron los llamados alquilones, durante el Congreso de la Confederación). En las Provincias argentinas, escasas, por lo general, de recursos, y por tanto, dependientes en gran parte de la influencia de la Nación, la necesidad de vincular al diputado con la localidad es más evidente. La Constitución procura satisfacer esa necesidad por medio de la residencia inmediata de dos años anterior a la elección”³ (los destacados nos pertenecen y las notas al pie del original fueron puestas entre paréntesis en el texto).

El ex Presidente de la Nación, Dr. Néstor Kirchner ha residido, durante los años previos a la próxima elección del 28 de junio de 2009 en la quinta presidencial de Olivos. Como demostraremos a continuación, ello no implica haber tenido residencia en la provincia de Buenos Aires, por dos razones:

- (i) Porque ese inmueble asume el carácter de establecimiento de utilidad nacional.
- (ii) Porque su permanencia allí no se debió a una libre elección sino a su obligación de convivencia con su cónyuge, que ostenta desde diciembre de 2007 el cargo de Presidente de la Nación.

Desarrollaremos estos temas a continuación:

- (i) La Constitución Nacional regula en forma expresa, en el art. 75 inciso 30, el instituto de los establecimientos de utilidad nacional. Según el viejo art. 67 inciso 27 CN asumen ese carácter las fortalezas, arsenales y almacenes. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encuentran amparados por las previsiones de esa norma (hoy art. 75 inciso 30 CN), además de aquéllos: los cuarteles⁴, los puertos⁵, las penitenciarías nacionales⁶, los asilos de inmigrantes⁷, los

³ Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina (1853/1860)*, Buenos Aires, Estrada, 1983, pág. 341.

⁴ Fallos 103:403.

⁵ Fallos 155:104 entre otros.

aeropuertos internacionales⁸, los aeródromos nacionales⁹, las escuelas nacionales¹⁰, las agencias federales de impuestos¹¹ (dependencias de la Administración Federal de Ingresos Públicos, A.F.I.P.), las usinas eléctricas, las plantas depuradoras de agua, los aprovechamientos hidroeléctricos¹², los yacimientos hidrocarbúricos¹³, los parques nacionales¹⁴, las sedes o dependencias de los bancos nacionales¹⁵, de las universidades nacionales¹⁶, de los tribunales federales, de la Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.S.E.S.), de la Policía Federal Argentina, de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina, de la Policía Aeronáutica, de la Dirección General de Aduanas, de la Dirección de Migraciones, etc. A ellos deben agregarse todos aquellos establecimientos que, si bien en el presente están radicados en la Capital Federal o en sus cercanías, podrían ser trasladados al territorio de alguna provincia mediante el dictado de una norma infra-constitucional, en cuyo caso también serían establecimientos de utilidad nacional: los edificios del gobierno y del Congreso, la sede del Banco Central, la de la Casa de Moneda, etc. Claro está que la enumeración precedente no pretende ser exhaustiva, puesto que, según se ha afirmado: “*todos los fines establecidos en la Constitución Nacional, que son numerosos y variados, pueden motivar la creación de un establecimiento de utilidad nacional*”¹⁷.

En doctrina se han definido los establecimientos de utilidad nacional como “*aquéllos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos **destinados a poner en ejercicio las competencias que la Constitución Nacional coloca en cabeza del gobierno federal**... En definitiva, todas aquellas funciones o atribuciones que hayan sido delegadas al gobierno federal en el texto constitucional y que requiera la ocupación de una determinada porción de suelo, constituye un establecimiento de utilidad nacional, sea que en él se construyan edificios (como en los tribunales, agencias de impuestos, escuelas, hospitales, universidades, etc.), se instalen otro tipo de dispositivos (como en los yacimientos de hidrocarburos, puertos y aprovechamientos hidroeléctricos) o que simplemente se deje el suelo tal como está (campos militares o parques nacionales)*”¹⁸.

De ello se infiere claramente que la quinta presidencial de Olivos no es un “domicilio” que otorgue a quien lo ocupa “residencia” (en el sentido constitucional del término) en la provincia de Buenos Aires, sino un establecimiento de utilidad nacional que circunstancialmente está situado en esa provincia, a apenas unas cuerdas de la Capital Federal, pero que podría estar situado

⁶ Fallos 138:147.

⁷ Fallos 27:144.

⁸ El Derecho 47:340.

⁹ Fallos 201:536.

¹⁰ El Derecho 47:341.

¹¹ Fallos 122:5.

¹² Fallos 302:1461.

¹³ El Derecho 47 329.

¹⁴ Conf. Pedro J. Frías, *Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 336.

¹⁵ El Derecho 2:143.

¹⁶ Fallos 308:647, donde incluso consideró como establecimiento de utilidad nacional a un campo de propiedad de la U.B.A. cuyo producido se destinaba a esa universidad.

¹⁷ Conf. Pablo L. Manili, *Establecimientos de Utilidad Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, pág. 16.

¹⁸ Conf. Pablo L. Manili, *idem*, pág. 18.

dentro de la ciudad capital o eventualmente en otra ciudad, si se trasladara la capital a otro punto del país (como en su momento lo había dispuesto la ley 23.512 del 27 de mayo de 1987 de traslado de la Capital a Viedma - Carmen de Patagones). Se trata de un espacio cuyo dominio y jurisdicción corresponden al gobierno federal y no al bonaerense.

Para mayor claridad de lo que aquí se expresa, recordaremos las enseñanzas del profesor Bidart Campos, quien utiliza el término “*enclaves*” para describir los establecimientos de utilidad nacional¹⁹. Ello evoca conceptos del derecho internacional público: tanto las embajadas en países extranjeros como las bases militares extranjeras, que tradicionalmente fueron considerados como porciones de un Estado dentro del otro. Análogamente, los establecimientos de utilidad nacional, sin perjuicio de los poderes de policía e imposición que se reservaron las provincias, son porciones de territorio del estado federal dentro de las provincias.

(ii) La circunstancia de que el ex presidente Dr. Néstor Kirchner haya habitado en esa quinta durante los últimos años no es debida, como se dijo, a una libre elección, sino a dos hechos que lo obligaron a fijar allí su residencia transitoria: en primer lugar el hecho de haber ocupado la presidencia de la república entre 2003 y 2007 y en segundo lugar el hecho de ser el cónyuge de la presidente de la nación que asumió en diciembre de 2007. Con respecto a este último hecho, cabe destacar que el Dr. Kirchner estaba obligado a convivir con ella por mandato del art. 199 del Código Civil que claramente establece “*Los esposos deben convivir en una misma casa*”. Por lo tanto, su permanencia allí no puede ser considerada como la libre elección y fijación de su domicilio, sino como el cumplimiento de dos deberes distintos que le imponían las circunstancias: ocupar el cargo de presidente de la nación y ser cónyuge de la presidente que lo sucedió en ese puesto.

Aún cuando se considerara, por vía de hipótesis, que el Dr. Kirchner no cumple funciones federales desde que cesó el la presidencia de la Nación, y aún cuando se entendiera, también por vía de hipótesis, que un establecimiento de utilidad nacional es un domicilio particular, es evidente que la fecha de cese fue el 10 de diciembre de 2007, por lo cual no se encuentra cumplido el requisito del art. 48 CN.

A mayor abundamiento, cabe agregar dos extremos fácticos que refuerzan los razonamientos vertidos más arriba:

(i) Resulta ser un hecho público y notorio que cada vez que el matrimonio Kirchner (en ambas presidencias) tomaba vacaciones de la función pública, manifestaban (y todos los medios así lo informaban) que ambos volvían a “*su casa*” en la provincia de Santa Cruz. Evidentemente, la quinta presidencial de Olivos, no es “*su casa*”.

(ii) Que, según trascendió públicamente, el 21 de diciembre de 2007 (es decir, después de que su esposa asumiera la presidencia y con menos de dos años de antelación a contar desde

¹⁹ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, pág. 458.
www.joseperezcorti.com.ar

el 10 de diciembre de 2009), al suscribir una escritura pública en la cual constituyó una sociedad comercial, el Dr. Kirchner manifestó que su domicilio se situaba en la provincia de Santa Cruz.

Por lo expuesto en este título, los firmantes del presente *Amicus Curiae* consideramos que el ex presidente de la Nación Dr. Néstor Kirchner no cumple con el requisito de residencia en la provincia de Buenos Aires durante los dos años anteriores a la elección.

4) EL ROL DEL PODER JUDICIAL:

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

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

que la dinámica inherente al sistema no está dirigida a la autocorrección sino a la profundización y perpetuación de esos mismos vicios”²⁰ (los destacados nos pertenecen).

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

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

5) PETITORIO:

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

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

En palabras de Sarmiento, citadas por Alberdi: “*Una constitución no es una trampa ni una celada tendida a las preocupaciones populares, con ciertos resortillos secretos o inapercibidos, por donde se ha de hacer fracasar en la práctica las pomposas declaraciones que se ostentan en su frontispicio*”²¹.

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

²⁰ Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2º reimpresión, 2002, pág. 693.

²¹ Domingo F. Sarmiento, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto*, pág 216, citado por Juan B. Alberdi, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Buenos Aires, W. M. Jackson, 4º edición, pág. 83 (Capítulo XXII).