

Artículo 62

La Ciudad garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, conforme a los principios republicano, democrático y representativo, según las leyes que reglamenten su ejercicio.

El sufragio es libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo. Los extranjeros residentes gozan de este derecho, con las obligaciones correlativas, en igualdad de condiciones que los ciudadanos argentinos empadronados en este distrito, en los términos que establece la ley.

LOS DERECHOS POLÍTICOS

Por Jorge Alejandro Amaya

Concordancias

La Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad: En nuestro ordenamiento jurídico, los derechos políticos y electorales se encuentran consagrados en el artículo 37 de la Constitución Nacional (CN) introducido en la reforma de 1994. Antes de dicha modificación, los encontrábamos con sustento normativo constitucional en el artículo 33 de derechos no enumerados o implícitos y en los pactos y tratados internacionales que integraban el Derecho interno federal a la luz de lo establecido en el artículo 31 de la CN. El texto nacional y el local también encuentran concordancias con los artículos 1; 16; 33; 38; 39, 40, 45, 51, 54, 75 inciso 23, 94, 95, 96, 97 y 98 CN, y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículo 23 de la Comisión Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Concordancias con la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: Artículos 1, 4, 10, 11, 12 inciso 2; 36, 61, 64, 65, 66, 67, 69, 80 incisos 7 y 22; 82 inciso 2; 96, 99, 113.6., 115, 121 y 130.

Concordancias con las Constituciones Provinciales: Provincias de: Buenos Aires, artículo 59, inciso 1; Catamarca, artículos 232, 233, 234, 240; Córdoba, artículos 3, 9, 30; Corrientes, artículos 3, 33, 34, 38, 44; Chaco, artículo 90; Chubut, artículos 39, 41, 256, 258; Entre Ríos,

artículo 47; Formosa, artículos 187, 189, Jujuy, artículos 2, 42, 86; La Pampa, artículo 49; La Rioja, artículos 1, 74, 78; Mendoza, artículos 4, 10, 50, 52, 53, 63; Misiones, artículos 11, 12, 48, 49; Neuquén, artículo 57; Río Negro, artículos 2, 120; Salta, artículos 2, 59; Santa Cruz, artículo 77; Santa Fe, artículos 2, 29, 30; San Juan, artículos 47, 51; San Luis, artículos 22, 37, 93, 94; Santiago del Estero, artículo 39; Tierra del Fuego, artículos 4, 26; Tucumán artículo 43.

ASPECTOS GENERALES

Derechos políticos. Concepto amplio y restringido

Los derechos políticos proporcionan un temario muy amplio que, desde distintos enfoques, pertenece tanto a la parte dogmática como a la parte orgánica de las constituciones. En cuanto se relacionan con el estatus de los habitantes; con la creación, funcionamiento o reconocimiento de los partidos políticos, o con la regulación de los derechos políticos y electorales, pertenecen a la parte dogmática. A su vez, en cuanto se vinculan al funcionamiento del poder en las relaciones con sus órganos, pueden ser analizados dentro de la parte orgánica.

Sin embargo, esta aparente división muchas veces se desdibuja. Joaquín V. González sostiene que, si bien la división de los derechos reconocidos por la Constitución se contiene en todo el cuerpo, de su primera parte emergen dos órdenes: “Derechos civiles y derechos políticos”. Estos órdenes no están deslindados con absoluta claridad, 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, 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, y 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.¹

1. Cfr. González, J. V., *Obras Completas*, Volumen III, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1935, p. 81 y ss.

En la 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.²

Los conceptos apuntados nos exponen la íntima vinculación de los derechos políticos con la representación a través de la participación política que implica el ejercicio de estos derechos en un sistema democrático constitucional.

Derechos políticos como derechos humanos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional

Los derechos políticos del constitucionalismo clásico se incorporan al patrimonio del hombre dentro de los primeros “derechos humanos” como medio de procurar la limitación del poder estatal y para asegurar y garantizar al hombre la vigencia de sus derechos a través de la realización de la “libertad política”.

Pero si bien los derechos políticos encuentran su origen con el liberalismo clásico o dentro de los llamados derechos de primera generación constitucional, 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 posguerra o social, o derechos de segunda generación.

Así, los derechos políticos se amplían en torno al concepto de democracia, abriéndose a un universo más complejo. Se profundiza la democracia política hacia la democracia participativa, donde al pueblo como titular de la soberanía se le reconoce el derecho a la participación directa en los asuntos públicos.

2. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1986, T. II, p. 33 y ss. En igual sentido se expide Dalla Via, A., en “Derechos políticos y garantías constitucionales”, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2004, p. 87.

A partir de la reforma de 1994, los nuevos artículos 37 (derechos políticos), 38 (partidos políticos), 39 (iniciativa popular), 40 (consulta popular) y los incluidos en los Pactos de Derechos Humanos con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (CN), han dado un importante contenido formal a la temática.

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 especialmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH). También encontramos referencia a estos derechos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer. El artículo 23 de la CADH consagra los derechos políticos propiamente dichos a tenor de una redacción amplia y protectora.

El voto como derecho fundamental. El sufragio ciudadano y el representativo. Perfiles activo y pasivo

El Tribunal Supremo de Estados Unidos consideró que “el derecho de voto es el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos”³ y en “Yatama v. Nicaragua” la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que

Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político (...). El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política.⁴

En un sistema democrático el voto es un *derecho*, un poder reconocido por el ordenamiento a los individuos para que intervengan en la

3. CSJEEUU, “Yick Wo v. Hopkins”, 118 U.S. 356, del 10 de mayo de 1886, disponible en: http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0118_0356_ZO.html

4. CIDH, sentencia del 23 de junio de 2005.

adopción de las decisiones políticas y en la formación de las normas a través de las que se expresa la voluntad popular.

Con su incorporación a la Constitución, este derecho alcanza además el rango de fundamental, lo cual obviamente significa, como ya dijo en 1803 la Corte Norteamericana en “*Marbury v. Madison*”, que “se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria”⁵, sea de ámbito estatal o regional.

En suma, el derecho fundamental de voto es –en principio– un derecho subjetivo; es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas de participación política (objeto del derecho). Con la fuerza normativa de la Constitución, ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de exigir a los poderes públicos que aseguren la intervención de la comunidad de manera directa o a través de representantes en el gobierno político.

Una clasificación común de los derechos políticos 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 garanticen la 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 más restringida que la aptitud para ejercer los derechos políticos activos. En principio, todo ciudadano tiene capacidad para sufragar, salvo expresas inhabilidades cada vez más limitadas;⁶ pero sólo tienen capacidad para aspirar a cargos electivos aquellas personas que reúnen los requisitos exigidos por la Constitución. Contrariamente a la flexibilidad interpretativa que la Justicia ha expuesto respecto del ejercicio de los derechos políticos activos adhiriendo a un principio “pro voto”, en lo que hace al ejercicio de los pasivos, la posición no ha sido tan clara.

5. Amaya, J. A., “*Marbury v. Madison*”, *Sobre el origen del control de constitucionalidad*, La Ley Paraguaya, 2012; Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2012 y Colección textos jurídicos, Rosario, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013.

6. Cfr. Ídem, “Reflexiones sobre los límites del sufragio: ¿Qué espacio queda al legislador? Comentario a fallo ‘Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA’”, MJ-DOC-6552-AR | MJ-DOC-6552, 23 de diciembre de 2013.

Por un lado, la Corte Suprema Nacional habilitó la posibilidad de ser candidato a un cargo electivo (senador nacional) a un candidato sobre el que pesaban varios procesos penales pero sin condena firme;⁷ y por otro, la Cámara Nacional Electoral (CNE) 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 de que pesaban sobre él dos condenas penales, a pesar de que no se encontraban firmes, anteponiendo la presunción de legitimidad y regularidad de los actos públicos (sentencias) sobre el principio constitucional de inocencia.⁸

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 Cámara Nacional Electoral⁹ como la Corte Suprema de Justicia.¹⁰

Como vemos, esta clasificación clásica de los derechos políticos en activos y pasivos gira en torno a un mecanismo de expresión entre ideas y decisiones, es decir alrededor del acto denominado voto. Por consiguiente, el “voto ciudadano” o “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 (artículo 37 CN; artículo 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA); artículo 23 CADH; artículo 25 PIDCP) 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 (artículo 40

7. Caso del ex Gobernador de la Provincia de Corrientes Raúl Romero Feris, fallado el 14 de agosto de 2002.

8. Cámara Nacional Electoral *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. La CNE posteriormente *in re* “Patti Luis Abelardo” precisó esta doctrina afirmando que basta una condena judicial, aunque no esté firme, para excluir al candidato.

9. CNE, Fallo 3054/02 *in re* “Padilla Miguel s/inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 23298”.

10. CSJN *in re* “Ríos Antonio J.”, Fallos 310;819, 22/04/87.

CN; artículos 65, 66 y 67 CCABA).¹¹ Por su parte, el “voto representativo” es el derecho y el deber de expresión de la voluntad del representante dentro de un cuerpo legislativo en ejercicio de su mandato, y también encuentra protección en el marco de los derechos políticos.

Características del sufragio. Sufragio libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo

El artículo 27 CADH inciso 2 complementa el artículo 23 de la CADH, el artículo 37 CN y el artículo 62 CCABA estableciendo que la suspensión de garantías por los Estados Miembros en casos de emergencia no podrá afectar –entre otros– los derechos políticos, y refuerza de esta manera la importancia que estos tienen dentro de la estructura normativa internacional.

El concepto de sufragio libre nos conduce al debate sobre la voluntariedad del voto (aunque seguramente esta no ha sido la intención del constituyente). El voto obligatorio dio lugar a una polémica doctrinal que aún subsiste. Imponer al ciudadano la obligación de votar ¿no vulnera su libertad?, el abstenerse de votar ¿no es un derecho?, el no voto ¿no es una forma de votar? Esta idea de que la participación del ciudadano en la elección 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.¹²

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. Estados Unidos, por otra parte, constituye un caso de proceso institucional estable y sólido pero con un abstencionismo electoral alto y régimen de voto

11. Para ampliar estos contenidos, puede verse Amaya, Jorge A., “Derechos Políticos y Participación Ciudadana” (comentario a los artículos 61, 62, 63, 64, 65, 66 y 67 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Germán Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (dirs.), Buenos Aires, La Ley, agosto de 2001, pp. 43-66.

12. Posada, Adolfo, “El voto obligatorio”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, año I, n° 10, 1911, T. II, p. 8.

facultativo. La CNE se expidió sobre esta característica del voto *in re* “Vázquez Juan A. s/Formula peticiones”.¹³

La igualdad del voto implica que la influencia del sufragio de todos los electores es igual, y no debe ser diferenciada en razón de propiedad, ingresos, capacidad impositiva, educación, religión, sexo u orientación política. El principio de sufragio igual es relevante también para la organización de las elecciones, especialmente en el ámbito de la distribución de las circunscripciones electorales.

En lo que se refiere a la igualdad del voto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidió en el caso Andrés Aylwin Azócar¹⁴ estableciendo que “debe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, el voto de un elector debe tener igual valor que el del otro”.

Una innovación importante de la Constitución de la Ciudad que se vincula con el principio de igualdad, es el reconocimiento a los extranjeros residentes del derecho al voto en igualdad de condiciones que los ciudadanos nativos o naturalizados, en los términos que establezca la ley.

Esto es así ya que los residentes extranjeros no pueden votar en elecciones nacionales (diputados y senadores nacionales, presidente y vice). No obstante ello, pueden hacerlo en aquellas jurisdicciones locales cuya legislación tenga previsto el voto de ciudadanos extranjeros, tal el caso de la Ciudad de Buenos Aires.

Para poder votar en estos casos, el ciudadano extranjero debe contar con un documento nacional. Según la Ley Nacional de Migraciones N° 25871, solamente aquellos ciudadanos que han sido admitidos para ingresar y permanecer en el país en calidad de “residentes permanentes”, “residentes temporarios” (artículos 20 al 26) podrán tramitar el DNI (artículo 30). En dichos casos, los electores extranjeros no están obligados a votar. En caso de querer hacerlo, deben empadronarse en un registro especial habilitado a tal efecto.

Puesto que el registro de electores extranjeros es administrado por la Justicia electoral local, cada provincia presenta una situación particular.¹⁵

13. CNE, Expediente N° 4634/2009, Fallo 4727/2011 del 18/10/2011.

14. Informe N° 137/99.

15. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la normativa referida al voto de los ciudadanos extranjeros se rige por el Código Electoral Nacional (art. 25) y por la Ley N° 334 (art. 10) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La característica secreta del voto exige que la decisión del elector en forma de emisión del voto no sea conocida por otros, en resguardo de posibles influencias de terceros sobre su decisión.

La universalidad del voto ha sido una conquista en constante ampliación. En efecto, al implementar el carácter universal del sufragio, la Ley Sáenz Peña¹⁶ ha inspirado otras normas que extendieron luego la composición del cuerpo electoral, como ocurrió –por ejemplo– con la participación de la mujer a partir de la incorporación del voto femenino en las elecciones del año 1951,¹⁷ la inclusión al cuerpo electoral de los habitantes de los territorios nacionales, el voto de los argentinos residentes en el exterior,¹⁸ el voto de los detenidos sin condena¹⁹ dispuesto luego del fallo de la Corte Suprema *in re* “Mignone”,²⁰ el voto de los menores a partir de los 16 años²¹ y el voto de los privados de la libertad por condena firme, que ocasionó la declaración de inconstitucionalidad en 2013 por parte del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires de los incisos e, f y g del artículo 3 del Código Nacional Electoral (en cuanto se aplica como ley local en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)²² y, recientemente, en mayo de 2016, la declaración de inconstitucionalidad de los incisos e, f y g del artículo 3 del Código Electoral Nacional y de los artículos 12 y 19 inciso 2 del Código Penal de la Nación, por parte de la Cámara Nacional Electoral.²³

El hecho de que se les haya reconocido a los extranjeros el derecho al sufragio activo no implica que ellos tengan derecho al sufragio pasivo (derecho a ser candidatos), ya que se encuentra sobradamente justificado que para ocupar cargos electivos se requiera el requisito de ser nacional o naturalizado.

16. Ley N° 8871.

17. Ley N° 13010.

18. Ley N° 24007.

19. Ley N° 25858.

20. CSJN “Mignone, Emilio F. s/hábeas corpus” (09/04/02) estableció el derecho a votar de los detenidos no condenados, disponiendo la inconstitucionalidad del artículo 3, inc. d, del Código Electoral Nacional.

21. Ley N° 26774.

22. STJ CABA “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expediente N° 8730/12). Ver nuestro comentario en “Reflexiones sobre los límites del sufragio: ¿Qué espacio queda al legislador?”, MJ-DOC-6552-AR | MJDoc6552, 23 de diciembre de 2013.

23. CNE, Procuración penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional - Ministerio del Interior y Transporte s/amparo - Acción de amparo colectivo - Inconstitucionalidad.

Con relación a la prohibición que establece el artículo respecto del voto acumulativo, implica vedar la posibilidad de que la ley electoral adopte algunos sistemas que, como el de “lemas”, contienen el voto acumulativo por considerarlo una distorsión de la voluntad popular.

La protección de los derechos políticos en el sistema interamericano

El artículo 23 de la CADH consagra en forma amplia los derechos políticos y de participación. Con la finalidad de delinear un marco de regulación razonable del ejercicio de estos derechos, la Convención reconoció un número exhaustivo de “condiciones habilitantes” que el Estado puede establecer para que los ciudadanos ejerzan el sufragio activo y pasivo, a saber, “la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental”. Finalmente, estableció la “condena, por juez competente, en proceso penal”, como única causal de suspensión o privación de los derechos políticos. Esta cláusula establecida por la Convención significa que el Estado puede suspender o privar a una persona de sus derechos políticos después de que esta haya sido sentenciada, como resultado de un proceso judicial ajustado a las garantías del debido proceso penal.

Los órganos del Pacto de San José han edificado una rica pero no extensa jurisprudencia en materia de derechos políticos, principalmente en los casos: “Yatama v. Nicaragua”,²⁴ “Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos”,²⁵ “Manuel Cepeda Vargas v. Colombia”²⁶ y “López Mendoza v. Venezuela”.²⁷

En “Yatama” la Corte decidió, entre otras cuestiones, que el Estado era responsable por no haber previsto:

... normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al

dad arts. 12 y 19 inciso 2° CP y 3° inciso e, f, y g, CEN - Expediente N° CNE 3451/2014/CA1, 24/05/16.

24. CIDH, sentencia del 23 de junio de 2005.

25. CIDH, sentencia del 6 de agosto de 2008.

26. CIDH, sentencia del 26 de mayo de 2010.

27. CIDH, sentencia del 1° de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas).

derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan.

En “Castañeda Gutman” se estableció la responsabilidad por la inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman inscribiera su candidatura independiente a la presidencia de México para las elecciones que se celebraron en julio de 2006; y en “Manuel Cepeda Vargas” la Corte destacó la importancia que tiene la oposición democrática en el sistema democrático americano.

Finalmente, en “López Mendoza v. Venezuela”, la CIDH sostuvo que de una interpretación del artículo 23 inciso 2 conforme al sentido corriente de sus términos, se tiene que el término “condena por juez competente en proceso penal”, no es equiparable a los términos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”. Mientras estos últimos son abiertos e indefinidos y, por tanto, deben necesariamente ser desarrollados y definidos por los Estados a través de sus derechos internos para tener efectividad, el término “condena, por juez competente, en proceso penal” es, en principio, cerrado y definido.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2 de la Convención estableció que para privar o suspender legítimamente los derechos políticos de cualquier persona, el Estado debe antes haberla condenado por la comisión de un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal.

En la actualidad, la garantía contra la privación o suspensión de los derechos políticos prevista por el artículo 23.2 de la Convención se encuentra incorporada, con variaciones menores, en las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.