

# Los derechos políticos y electorales

*Alberto Ricardo Dalla Via\**

## **Resumen**

La reforma constitucional de 1994 incorporó el capítulo II bajo el título “Nuevos derechos y garantías”, ampliando de esta manera el catálogo clásico de derechos a los derechos de incidencia colectiva o “nuevos derechos”. Frente a los aportes del constitucionalismo clásico que limitaba los derechos constitucionales a los “derechos subjetivos”, el nuevo capítulo incorpora los derechos que no están en cabeza de un sujeto, sino que se tienen por pertenencia a un grupo amplio de personas. De esa manera, a los derechos civiles y políticos (primera generación) y a los derechos económicos y sociales (segunda generación), se agregan ahora también los derechos colectivos (tercera generación), entre los que la Constitución enumera los derechos al ambiente y los derechos de los usuarios y consumidores.

El capítulo también contiene los derechos electorales y de los partidos políticos que, si bien se consideran clásicamente de primera generación, se ubican en el nuevo capítulo ya que no fueron contemplados expresamente en la Constitución histórica, aunque la doctrina y la jurisprudencia ya los habían recogido a partir de la norma de habilitación del art. 33 con un criterio amplio. Luego se ubican los llamados nuevos derechos de participación política, como la iniciativa popular y la con-

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público I (Universidad de Buenos Aires), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Académico de Número de la Academia Nacional Cs. Morales y Políticas; [alberto.dalla-via@pjn.gov.ar](mailto:alberto.dalla-via@pjn.gov.ar).

sulta popular. De ese modo, la Constitución acentúa el tránsito desde un modelo individualista y representativo a un modelo democrático que también contempla la participación como valor. Los derechos de primera generación se fundaron en la libertad como valor, los de segunda generación lo hicieron en la igualdad y los de tercera generación lo hacen en la solidaridad. Son, en definitiva, derechos de la participación, los que se han visto considerablemente ampliados mediante reformas a la legislación electoral.

### **Abstract**

The Constitutional reform of 1994 incorporated chapter II under the title “New rights and guarantees”, thus broadening the classic catalogue of rights, to the rights of collective incidence or “new rights”. Face up to the contributions of classic constitutionalism, which limited the Constitutional rights to the “subjective rights”, the new chapter includes rights that are not related to an individual but which belong to a large group of people. In that way, to civil and political rights (first generation) and social and economic rights (second generation), collective rights (third generation) are also added, among which the Constitution lists the rights to environment and rights of users and consumers.

The chapter also includes the electoral rights and of political parties, even though they are considered classically of first generation, they are located in the new chapter since they were not taken into account explicitly in the historic Constitution, although the doctrine and the jurisprudence had already picked them up from the regulation of article 33 with broad criteria.

Then the new so-called rights of political involvement are placed, such as the popular initiative and the referendum. In that way, the Constitution emphasizes the transit from an individualistic and representative model to a democratic model that also considers participation as a value.

Rights of first generation were founded on freedom as a value, second generation did in equality and third generation, in solidarity. Participation rights, ultimately, are those which have been considerably extended through reforms to the electoral law.

## Los derechos de participación política

Los derechos políticos son una categoría no siempre concisa, de los cuales los electorales son una especie; abarcan los derechos de asociación y reunión con fines políticos, el derecho de petición a las autoridades, los derechos de participación y control, así como, especialmente, el derecho a elegir y ser elegido conforme a las leyes.

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental y, en su conjunto con otros derechos como la libertad de expresión, hacen posible el juego democrático, así lo resalta la Corte IDH en *Castañeda Gutman*.<sup>1</sup> Recordando, a su vez, que la propia Convención en el artículo 27 le da tal importancia al prohibir su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos.<sup>2</sup>

Estos derechos emanan de un centro de imputación de derechos más restrictivo, la posición del ciudadano, a diferencia de los derechos civiles que son titulares todas las personas. Responden a un *status activae civitatis* frente al Estado, según la caracterización clásica de Jellinek, y, en consecuencia, son los únicos que se comprenden desde una posición de libertad y, al mismo tiempo, de participación activa en la vida de una comunidad política. Especialmente, el derecho de sufragio en sus dos variantes atiende a la formación de la voluntad de los órganos del Estado mediante la elección de sus titulares y a la construcción de mecanismos de representación ciudadana, mediante la intermediación de partidos políticos, todo lo cual es indefectible para la vida de un Estado democrático.

En el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia ya que reconoce y protege el derecho y el deber de los ciudadanos de participar en la vida política.<sup>3</sup>

1. CtIDH, Sentencia de 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Serie C N°184.

2. Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Serie A N°69 y Casos CtIDH, Sentencia 23 de junio de 2005, *YATAMA vs. Nicaragua*, Serie C N°127 y *Castañeda Gutman*, cit.

3. CIDH, *Informe sobre la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009.

En la actualidad, asistimos a un profuso desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las que se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas.<sup>4</sup> Ya que la participación política puede “incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”,<sup>5</sup> asimismo, los ciudadanos “tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”.<sup>6</sup>

Los derechos políticos son derechos de titularidad individual de los ciudadanos que frecuentemente se ejercen de manera conjunta o agrupada como son la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, y el derecho de asociación en partidos, por lo que están relacionados con los “derechos de ejercicio colectivo”, que pueden realizarse con fines políticos. En el caso *Castañeda*, la Corte IDH resaltó la estrecha interrelación e interdependencia de los derechos políticos con otros derechos, recordando que, en su conjunto, “hacen posible el juego democrático”.<sup>7</sup>

Por ello, el adecuado ejercicio de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH, se vincula con la vigencia de sus derechos y libertades asociadas entre los cuales se encuentran el derecho a la libertad de expresión (artículo 13), a las garantías judiciales (artículo 8), al derecho de reunión (artículo 15), a la libertad de asociación (artículo 16), y el derecho a la protección judicial (artículo 25) y derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (IV), el derecho de asociación (XXII) y reunión (XXI) y el derecho de justicia (XVIII) de la DADH.

4. CIDH, *Informe Anual 2002*, Cuba, párr. 11.

5. CtIDH, *Castañeda Gutman*, cit., párr. 141.

6. Caso cit., párr. 147.

7. Caso cit., párr. 140.

## **Extensión de la participación política y de la protección judicial**

Desde el retorno de la democracia, uno de los temas relevantes fue la protección de las mujeres en su derecho de sufragio pasivo, lo que trajo aparejado la sanción de la Ley 24.012, llamada de “cupo femenino” o “cuota de género”, fijando la obligatoriedad de incluir un mínimo del 30% de mujeres en las listas de candidatos para elecciones nacionales. La reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 37 de la Constitución Nacional que en su segundo párrafo señala que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio –recogiendo así la tradición en materia electoral que arranca desde la Ley Sáenz Peña (núm. 8871)– y la última parte del mismo artículo favorece la adopción de acciones que tiendan progresivamente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios (relación con el art. 75 inc. 23 CN y cláusula transitoria 2º).

En este punto, nuestro país ha seguido los principios consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra toda forma de Discriminación de la Mujer, que en materia electoral y de partidos políticos se pronuncian claramente a favor de una participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios de género.

La Cámara Nacional Electoral ha asumido de un modo cabal, el rol que se le ha asignado de garante del cumplimiento de las medidas que procuran la igualdad real de oportunidades entre mujeres y varones para el acceso a cargos electivos y partidarios (cf. Fallos CNE 1568/93; 1586/93; 1595/93; 1863/95; 1866/95; 1867/95; 1868/95; 1869/95; 1870/95; 1873/95; 1984/95; 2669/99; 2878/01; 2918/01; 3005/02 y 3780/07) y veló por su respeto en todas las causas que le fueron sometidas a su conocimiento (cf. Fallos 3005/02 y 3780/07).

En particular, ha sostenido que “no basta que las listas estén compuestas por un mínimo de treinta por ciento de mujeres sino que además es necesario que tal integración se concrete de modo que –con un razonable grado de probabilidad– resulte su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley y aquel sólo puede existir si se toma como base para el cómputo la cantidad de bancas que el partido renueva (cf. Fallos CNE 1566/93; 1836/95; 1850/95; 1862/95; 1864/95; 1866/95 y 350705).

La reforma electoral, Ley 26.571,<sup>8</sup> establece el derecho de participación política de las mujeres al establecer que las agrupaciones políticas para su organización interna deben respetar la ley 24.012, de “cupos femeninos” (art. 3º, inc. b). Con ello se consagra la extensión de los derechos políticos de las mujeres, dado que ahora no sólo se requiere respetar el porcentaje mínimo por sexo en la conformación de las listas para cargos públicos electivos sino también para las elecciones internas de los partidos.

Otra modalidad de extensión del sufragio activo es la que establece la ley 24.007, que permite a los *argentinos residentes en el exterior* votar en los comicios nacionales. En este punto, se ha sostenido además que respecto a esos ciudadanos “debe procurarse facilitarse [...] el ejercicio de otros derechos que, como el de afiliación, integra también el plexo de los derechos políticos ciudadanos propios de toda democracia” (cf. Fallo CNE 1756/94).

Otro caso fue la admisión del sufragio activo de los *privados de libertad sin condena*, que a partir del caso Mignone ejercen su derecho sin restricción en las penitenciarías donde se encuentran alojados.

En este sentido, el fallo “Mignone”<sup>9</sup> del año 2000 hizo lugar a un amparo promovido por un organismo no gubernamental, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) para declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral Nacional que excluía del sufragio activo a quienes se encontraban privados de libertad sin condena en distintos establecimientos carcelarios del país. De ese modo, se hizo valer el inciso 2º del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que limita la potestad de reglamentación legal de los derechos de participación política “...exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal”.<sup>10</sup>

Finalmente, en el año 2006 se reglamentó el ejercicio del sufragio activo de los procesados con prisión preventiva (Ley 25.858).

8. Sancionada el 2 de diciembre de 2009 y promulgada por decreto 2004/2009 del 11 de diciembre de 2009 con la observación de los artículos 107 y 108 (BO N°31.800, 15/12/2009).

9. Fallos CNE 2807/2000 y Corte Suprema de Justicia, Fallos 325:524.

10. En la causa “Zárate, Marcelo Antonio s/amparo” (Fallo CNE 3142/03), la Cámara Nacional Electoral se volvió a pronunciar sobre el tema.

En cuanto a los partidos políticos, el artículo 38 de la Constitución Nacional los considera como instituciones fundamentales del sistema democrático, la jurisprudencia ya había admitido su inserción constitucional sobre la base de los arts. 1º, 14, 22 y 33 de la Constitución Nacional. El nuevo artículo incorpora también varios postulados del derecho político: la necesaria forma de organización y funcionamiento interno con contenidos democráticos, la representación de las minorías en el gobierno de los mismos, la “competencia” para proponer candidaturas para la ofertas electorales a cargos públicos electivos, y el derecho a la difusión de sus ideas a través de los medios junto con el acceso a la información pública.

La norma constitucional, a su vez trata lo relativo al financiamiento de los partidos políticos. La solución alcanzada en la Convención Nacional Reformadora equilibra la responsabilidad primaria del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y a la formación de sus cuadros y la obligatoriedad de dar publicidad del origen y destino de los fondos privados recibidos y del patrimonio de los partidos políticos. En este sentido, se ha sancionado la ley de financiamiento de los partidos políticos (primero la 25.600 y, luego 26.215, modificada por la Ley 26.571), que alienta la *participación activa de la ciudadanía en el proceso de control de los fondos*. Dicha participación no puede considerarse agotada en la circunstancia de que los terceros puedan tomar conocimiento sobre la procedencia y destino de los fondos, a efecto de hacerlos más transparentes propendiendo a lo que se ha dado en denominar el ‘voto informado’ del elector, sino también permitiéndoles colaborar en el proceso, al admitirles las observaciones que presentaren sobre las posibles anomalías que —a su juicio— detectaren sobre los estados contables.

Otro aspecto de la participación activa de la ciudadanía está dada en el *proceso de oficialización de candidaturas*, esto puede verse en la Acordada CNE N°32/09 que estableció la publicación en el sitio de Internet del fuero electoral de las listas de candidatos a los efectos de que “los particulares o el representante del Ministerio Público Fiscal puedan someter a los magistrados las cuestiones que entiendan relevantes a tal fin”.

Por otra parte, un tema de mucha actualidad, en los últimos tiempos, es el ejercicio del sufragio activo de las *minorías desprotegidas y desamparadas* que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, que hace que determinados “personajes” encuentren un campo fértil para ejercer lo que se ha denominado “clientelismo político”.

Las prácticas clientelares –entre las que se encuentra la denominada “compra de votos”– conspiran contra la expresión de libre voluntad que constituye un presupuesto indispensable del ejercicio del sufragio. El concepto general de clientelismo político está acotado en nuestra sociedad a una mera permuta de favores entre jefes partidarios y potenciales electores provenientes en su mayoría de clases bajas y desamparadas.

Estas prácticas vulneran el ejercicio de los derechos políticos, ya que cuando los instrumentos internacionales<sup>11</sup> hacen referencia al voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores procuran resguardar al sufragante de toda intimidación, pues la libertad del voto conlleva inexorablemente el derecho de cada elector de expresar su voluntad sin ser objeto de presión alguna.

En las elecciones legislativas del año 2009, la Cámara Nacional Electoral ha dictado un pronunciamiento, en la causa “Sublemas del Acuerdo Cívico y Social de Formosa s/protesta”<sup>12</sup> a fin de salvaguardar los derechos políticos de las comunidades indígenas frente a distintas maniobras, como la retención de documentos cívicos, que se habían venido evidenciado en distintas elecciones, tendientes a distorsionar la libertad cívica de ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas de distintas localidades de la provincia de Formosa. Allí, se ha establecido que “los hechos denunciados involucran a un gran número de integrantes de pueblos originarios, quienes enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad” (cf. Fallo CNE 4283/09). Lo que implica “el establecimiento de determinadas medidas con el fin de procurar en la práctica la igualdad de oportunidades que permitan corregir las situaciones que son el resultado de conductas discriminatorias” (cf. Fallo cit.).

Habermas ha señalado “[e]l problema se plantea en las sociedades democráticas cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su forma de vida y con ello fracasa la igualdad de derechos efectiva,

11. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23, inc. 2º y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25, inc. b y en sentido análogo, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21, inc. 3º y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX.

12. Fallo CNE 4283/09.

de ciudadanos con otra procedencia cultural”<sup>13</sup>, y al decir de Dworkin “[l]a teoría constitucional sobre la cual se basa [un] gobierno [democrático] no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución [...] está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”.<sup>14</sup>

Tales prescripciones se enmarcan en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que no sólo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomiendan remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos, en el caso, a la participación política.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar la extensión de los alcances del derecho de sufragio activo que establece la *participación de todos los ciudadanos en los procesos de selección partidaria de las candidaturas –elecciones primarias–* que luego van a competir en la elección de las máximas autoridades públicas nacionales: presidente y vicepresidente, diputados nacionales y senadores nacionales, así como también parlamentarios del MERCOSUR.

Las elecciones primarias establecidas en la Argentina por la ley 26.571 de finales de 2009 prevé la obligatoriedad del voto, como rige en la elección general. Asimismo, el sistema es de elección abierta plena. Es decir, todos los ciudadanos, sin distinción entre afiliados e independientes, podrán votar a cualquiera de los precandidatos de cualquiera de los partidos contendientes.

Podría decirse que este esquema permite calificar a las nuevas internas abiertas como unas elecciones verdaderamente primarias, en el sentido de que el mismo cuerpo electoral llamado a votar a sus representantes acude primero a las urnas para preseleccionar a los candidatos partidarios.<sup>15</sup>

A este respecto, la ley dispone incluso que para las elecciones primarias se utilizará el mismo padrón que para la elección general en el que constarán

13. Habermas, J., *La inclusión del otro, estudios de la teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 123.

14. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002, p. 211.

15. La Cámara Nacional Electoral se pronunció sobre el sistema de primarias en el caso “Llaver” (Fallo CNE 4597/11).

las personas que cumplan 16 años de edad<sup>16</sup> a partir del día de la elección general. Como se advierte – más allá de la deficiente redacción – los jóvenes que tengan 15 años el día de la elección primaria podrán votar si cumplen los 16 años antes o el mismo día de la elección general.

En el sistema de primarias argentino, los partidos, confederaciones o alianzas que tengan únicamente una precandidatura deben no obstante conseguir que sea votada por una cantidad mínima de ciudadanos (1,5% del total de votos válidos emitidos en el distrito) para que pueda participar en los comicios generales.

Luego de las elecciones primarias, no se pueden constituir alianzas o confederaciones para participar en los comicios generales.

## **Formas de democracia semidirecta**

La incorporación en la Constitución Nacional de las denominadas “formas de democracia semidirecta”, en los artículos 39 y 40, abrió nuevas formas de participación ciudadana, sin por ello desnaturalizar la esencia del sistema representativo-republicano, establecido en los artículos 1º y 22 de la Constitución Nacional, ya que si bien el constituyente aumentó los niveles de participación ciudadana, nuestro sistema sigue siendo representativo por la fuerza declarativa de los artículos 1º y 22.

El artículo 39 incorporó un derecho de iniciativa que viene a ensanchar la base de ejercicio de la soberanía popular a partir de este instrumento de democracia participativa, si bien es un importante avance, no limita el monopolio legislativo del Congreso porque será solamente ese órgano el que sancione o no la ley que un número determinado de ciudadanos someta a su consideración, cumpliendo con las condiciones del art. 39. La fuerza del nuevo instituto está en la fuerza popular y el consenso que significa la iniciativa en sí misma.

La norma excluye expresamente la posibilidad de iniciativas en materia de reformas constitucionales, tratados internacionales, presupuesto y materia penal, y estableció que la ley reglamentaria no podría exigir más del 3% del padrón electoral para que las presentaciones fuesen aceptadas. La ley reglamentaria, 24.747 de 1996, exige un piso mínimo del 1,5% del padrón

16. Incorporación por ley 26.774.

electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a 6 distritos electorales con el fin de mantener un equilibrio federal, excepto que la iniciativa se refiera a una cuestión de alcance regional, en cuyo caso bastará que se encuentren representados los distritos de esa región.

El artículo 40 –reglamentado por ley 25.432–, por su parte, incorpora dos institutos de democracia semidirecta: el referéndum y el plebiscito.

El referéndum es un proceso de consulta a los ciudadanos, a los efectos de que estos se expresen sobre actos de gobierno de carácter legislativo. Puede ser facultativo u obligatorio, según la Constitución deje librado al criterio del Poder Legislativo convocar a un referéndum o, al contrario, lo exija como condición *sine qua non* para la sanción de determinadas normas. El referéndum consultivo es el que se realiza para conocer la opinión del pueblo sobre un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado o se halla a estudio. Sus efectos pueden ser vinculantes o no para el Poder Legislativo. En el segundo caso se trata de un verdadero referéndum y es el caso del primer párrafo del nuestro art. 40.

El plebiscito se diferencia del referéndum en que el primero es esencialmente consultivo y el objeto de la consulta no consiste en la aprobación o desaprobación de una norma jurídica, sino que ella versa sobre un acto o una decisión de carácter político.

## **Consideraciones finales**

Como ya lo señalara la Ley 26.571, denominada “Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral”, instauró el sistema de Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, pero también contiene modificaciones a la Ley Orgánica de Partidos Políticos (núm. 23.298), la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (núm. 26.215) y el Código Electoral Nacional.

Más allá de considerar los aspectos técnicos de la reforma –que por razones de espacio no se pudieron analizar en el presente estudio– es inevitable advertir que el diseño institucional que propone en materia de administración electoral profundiza la injerencia del Poder Ejecutivo en áreas verdaderamente sensibles. Esto es cuanto menos paradójico: si se tiene en cuenta que en el continente se ha venido dando el proceso inverso –excluyendo por completo al Ejecutivo de la administración de los procesos

electorales–, con la ley propuesta no sólo no se reducen sus atribuciones sino que, por el contrario, se le reconocen nuevas.

## **Bibliografía**

- Boletín Oficial (BO) N°31.800, del 15 de diciembre de 2009.
- CtIDH, Sentencia 23 de junio de 2005, *YATAMA vs. Nicaragua*, Serie C No. 127.
- CtIDH, Sentencia de 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Serie C N°184.
- CIDH, *Informe sobre la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009.
- CIDH, *Informe Anual 2002*, Cuba, párr. 11.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23, inc. 2º.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21, inc. 3º.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002, p. 211.
- Fallos CNE 2807/00, 3142/03, 4283/09, 4597/11.
- Fallos CSJN 325:524.
- Habermas, J., *La inclusión del otro, estudios de la teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 123.
- Leyes N°26.571, 26.744, 26.774.
- Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Serie A N°69.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25, inc. b.