

LA ELECCIÓN DEL TERCER SENADOR NACIONAL EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO *

Por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS **

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—
2. EL FONDO DEL ASUNTO.—
3. LA COSA JUZGADA.—
4. EL CONTROL DEL CONGRESO.

1. INTRODUCCIÓN

En la elección habida el 14 de octubre de 2001 en la Capital Federal de la República Argentina para designar a los tres senadores nacionales por tal distrito, la «Alianza Frente para un Nuevo País» (AFNP) obtuvo cerca de 227.000 sufragios, mientras que otros dos partidos, «Alternativa para una República de Iguales» (ARI) logró 175.000, y el «Partido Popular Nuevo Milenio» (PPNM), 54.000¹. Las listas de candidatos de estos dos últimos movimientos coincidían en postular a las mismas personas.

En síntesis, los candidatos de AFNP obtuvieron 227.000 sufragios, mientras que los postulados por ARI y PPNM 229.000, si se adicionasen los votos. Si no se sumaran, la votación quedaría como se indica en el párrafo anterior.

* El presente trabajo se inserta dentro del programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

** Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional. Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina.

¹ Tomamos estos datos del artículo de MIGUEL M. PADILLA, «Bravo vs. Béлиз: una sentencia impecable», *El Derecho*, 22/3/02, p. 3. En general, los guarismos indicados, alertamos, son aproximados. En la misma publicación aparece el fallo de la Cámara Nacional Electoral que se menciona en este trabajo.

El 28 de diciembre pasado, la Cámara Nacional Electoral resolvió el caso «Alianza Frente para un nuevo País s/ solicita cumplimiento del art. 54 de la Constitución Nacional - elecciones 14 de octubre de 2001». El tema en debate, a la luz del art. 54 de la Constitución nacional, era si la tercera banca senatorial (las dos primeras habían sido ganadas por la Unión Cívica Radical) debía reconocerse a quien había obtenido más sufragios mediante la sumatoria de dos boletas electorales pertenecientes a partidos políticos distintos (ARI y PPNM), o si correspondía a quien había logrado más votos con la boleta de un solo partido (AFNP). La Cámara se inclinó por la segunda alternativa.

La cuestión, sin embargo, puede no estar definida, en caso que el debate recibiera una solución distinta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación o que después se abriera una instancia política en el Congreso, por aplicación del art. 64 de la Constitución Nacional (esta norma dice: «Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez...»).

Desde luego, el análisis del problema obliga, si es posible, a despersonalizar el conflicto. Esto es: al asunto se le puede dar un enfoque partidista, en cuyo caso los adherentes a un candidato escogerán la respuesta que más les favorece, o una visualización más objetiva, ajena a los partidos y aspirantes al cargo. Aquí se intentará la segunda opción. Vale decir, aunque resulte obvio, que la duda será tentativamente resuelta sin tener en cuenta cuál de los candidatos, según las distintas ópticas ideológicas, sería el preferible. No implica, entonces, un pronunciamiento de preferencias políticas, sino de interpretación constitucional con abstracción de los protagonistas beneficiados o perjudicados por el producto de esa interpretación.

Vale la pena aclarar esto, que no todos están dispuestos a asumir y a aceptar.

2. EL FONDO DEL ASUNTO

El art. 54 de la Constitución Nacional señala que «el Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, *correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto*» (la cursiva es nuestra).

La primera pauta interpretativa es, por su simpleza y relativa seguridad, la literal o gramatical. El texto constitucional habla del «partido político», dos veces, como sujeto al que le tocan las bancas en disputa. El Código nacional electoral, ampliando esa perspectiva, menciona, en cambio, a «la

lista del partido político *o alianza electoral* que obtuviere la mayoría de los votos emitidos y el primero de la lista siguiente en cantidad de votos» (la cursiva es nuestra). La apertura del «partido político» a la «alianza electoral» podría resultar, por cierto, discutible, ya que una ley reglamentaria del art. 54 de la Constitución permite, aparentemente, asignar las bancas a un ente (la alianza electoral) distinto al mencionado por la Ley suprema (el partido político), en el supuesto de que esa alianza existiere. Sin embargo, como veremos más adelante, la redacción del código nacional electoral no es incompatible con la Constitución.

La exégesis literal de la norma constitucional, más allá del acierto o del error del constituyente en conferir las bancas a los partidos más que a los candidatos, es por cierto simple. El tercer escaño senatorial debe conferirse al segundo partido más votado.

Cabe preguntarse si esa hermenéutica literal puede corregirse por otro método. Por ejemplo, según una interpretación voluntarista, que tenga en cuenta la intención del constituyente. Hemos adherido, siguiendo incluso jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Constitución, a que prevalezca la voluntad del constituyente por sobre el texto infiel de una norma, entendiendo por «infel» el que no refleja adecuadamente tal voluntad, siempre que ella fuese claramente detectable².

Al respecto, la guía más segura es el mensaje del miembro informante del despacho mayoritario en la convención constituyente de 1994, a la sazón Enrique Paixao. Fue en base a su discurso que la mayoría aprobó la norma vigente. Conforme al *Diario de Sesiones*, habló de las «dos primeras fuerzas electorales» de la respectiva jurisdicción, como sujetos a representar en el Senado. Exaltó asimismo la conveniencia de que «la minoría» de cada Provincia tuviese representación en la cámara alta³.

Pues bien, siguiendo esa exégesis histórica, la «primera fuerza electoral» en número de votos, es la que se lleva dos senadores. La «segunda fuerza electoral», también en número de votos, vale decir, la primera minoría, al tercero. La Constitución no habla de sumar los votos de distintas «fuerzas electorales».

Dentro del diseño constitucional aludido, naturalmente discutible y polémico en cuanto a su factura, no interesa en definitiva cuántos votos hay en favor de un aspirante al Senado, sino cuántos sufragios obtiene la fuerza electoral que lo postula. El cómputo, en resumen, se hace en virtud de

² Sobre la prevalencia, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, de la interpretación histórico-voluntarista sobre la literal o gramatical, nos remitimos a PEDRO SAGÜÉS NÉSTOR, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1992, ed. Astrea, t. 2, pp. 103 y ss.

³ Cfr. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y POLÍTICOS. MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Buenos Aires, 1997, t. V, p. 4886. Corresponde a la sesión del 27 de julio de 1994.

las referidas fuerzas o partidos. Un aspirante podrá, por ejemplo, estar sostenido por cinco fuerzas o partidos; y en su conjunto ser el más votado; pero si alguna de aquellas fuerzas o partidos no es el primero o segundo, no saldrá electo.

Desde luego, repetimos, hay quien podrá reputar esto como una opción partidocrática, quizá no la mejor desde una visión sustancial de la democracia. No le faltan razones, sin duda. Pero fue la variable seguida por el constituyente, que en ésta y en otras partes del nuevo texto puede ser objeto de críticas. La fórmula escogida por la Convención de 1994, de todos modos, discutible sin duda, como decimos, no es aberrante o lesiva de la dignidad humana, ni violatoria de instrumentos internacionales suscritos por la República⁴. Por tanto, deberá cumplirse, hasta tanto sea reformada.

Digamos, finalmente, que al tener que entenderse el texto constitucional (art. 54) como aludiendo al «partido político» (texto de la norma) y/o a la «fuerza política» (intención del constituyente), es aceptable que el Código nacional electoral (art. 157) confiriese las bancas tanto al primer y segundo «partido» como a la primera o segunda «alianza electoral» que ellos formen y se convalide jurídicamente⁵. En definitiva, tanto un «partido» como una «alianza electoral», en efecto, configuran una «fuerza política».

En resumen, el criterio de la Cámara Nacional Electoral es entendible como conforme con la Constitución.

Desde luego, esta tesis no es unánime en la doctrina argentina. Por ejemplo, partiendo del supuesto de que, pese a no existir una alianza electoral formal entre el ARI (Alternativa para una República de Iguales) y el PPNM (Partido Popular Nuevo Milenio), hubo de todos modos entre ambos grupos políticos un «entendimiento», y con el fin de respetar el principio de sinceridad electoral que tiene por fin averiguar cuál fue la voluntad real de los sufragantes, se ha sostenido que cabe sumar los sufragios alcanzados por aquellos dos nucleamientos⁶.

⁴ Cabe coincidir con lo puntualizado por la Cámara Nacional Electoral en los considerandos 40 y 41 del fallo que citamos. Al respecto, corresponde extremar la prudencia a fin de no descalificar, como opuestas a instrumentos internacionales, las prescripciones locales en materia electoral. Así, la cuestión de que puedan o no sumarse los votos de distintos partidos para elegir a un legislador, no resulta un asunto legislado, por ejemplo, por el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica.

⁵ En el caso bajo examen, no puede entenderse que por el hecho de que dos partidos lleven los mismos candidatos, configuran ya una alianza electoral en sentido jurídico. V. sobre el tema MARIO A. MIDÓN, «¿Es posible la suma de votados de dos partidos que no se registraron como alianza?», en *La Ley*, suplemento de Derecho Constitucional del 19/4/02, p. 9, quien advierte que la solución constitucional adoptada para el Senado puede ser distinta en cuanto la elección de la cámara de Diputados, regida por preceptos constitucionales diferentes.

⁶ Cfr. FÉLIX LOÑ, «Acumulación de votos en la elección de Senador (La causa "Bélibravo")», en *Jurisprudencia Argentina*, 5/6/02, p. 90. El autor rememora en favor de su tesis

La tesis es atrayente, pero debe advertirse que la claridad del texto constitucional, sumado a que de los antecedentes de la convención constituyente no surgen razones para apartarse de tal redacción, impone respetar la norma del art. 54 de la Constitución tal como fue diseñada. Nada impedía, efectivamente, que dichas agrupaciones conformaran una alianza electoral; y si no lo hicieron, tenían que asumir el costo jurídico de esa decisión omisiva.

También se ha sagazmente apuntado que, de seguirse gramaticalmente el texto del art. 54 de la Constitución Nacional (en el sentido que solamente deben tenerse en cuenta los votos de los partidos políticos), ampliado por el código nacional electoral (que admite igualmente computar las alianzas electorales), quedarían impedidos de presentarse para ser valorados útilmente sufragios en favor de candidatos independientes, mientras que del espíritu de la Constitución (en particular, de los antecedentes del nuevo art. 38 de la Constitución Nacional), se desprende la posibilidad de que la ley pueda habilitar a esos candidatos independientes⁷.

La observación es, como anticipamos, aguda. Pero puede acotarse, al respecto, que si el constituyente (según la versión mayoritaria sostenida por el miembro informante Paixao, que ya transcribimos) otorga las bancas a la primera y segunda «fuerzas políticas», nada impediría que los candidatos independientes actuaran en la elección, si la ley lo permitiese, configurando su lista (o listas, si hubiere más de una) formalmente una «fuerza política», aunque no fuesen estrictamente un «partido político», o una «alianza electoral», y así obtener dos o una banca senatorial en el distrito pertinente, según los sufragios que obtuvieren.

3. LA COSA JUZGADA

Hay en el caso otros dos asuntos dignos de interés:

- a) Uno gira sobre un pronunciamiento anterior, firme, de la jueza de primera instancia en lo electoral, que daría la razón a quien después obtuvo más votos si se sumaran los logrados mediante dos partidos políticos distintos.

La Cámara Nacional Electoral desechó la existencia de cosa juzgada porque el juez de primera instancia habría excedido, al

sentencias de la Cámara Nacional Electoral y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque son anteriores a la reforma constitucional de 1994 que sancionó el nuevo art. 54, que motiva la actual disputa

⁷ *Ibidem*, p. 92. Sobre la posibilidad de presentar según el actual art. 38 de la Constitución Nacional candidaturas independientes, fuera de los partidos políticos, si la ley electoral lo autoriza, v. nuestros *Elementos de Derecho constitucional*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1999, Ed. Astrea, t. 1, pp. 330/1.

resolver como lo hizo, sin competencia en la materia, tanto por haber entrado en temas que no era necesario abordar, como por ser el decisorio asunto de la Cámara. El segundo argumento de la Cámara fue que el afectado ahora por tal pronunciamiento, AFNP (Alianza Frente para un Nuevo País) no fue parte en aquel trámite, ni había sido notificado de la resolución de la jueza de primera instancia (consid. 2°).

La puntualización del posible exceso de la competencia de la jueza de primera instancia no tiene tanto peso. Si unas partes han aceptado la actuación de un magistrado en un asunto, y consentido la sentencia pronunciada por el mismo (por más que fuese incompetente, o que se pronunciara sobre puntos no sometidos a su conocimiento), mal podrían más tarde, finiquitados los plazos para recurrir aquel veredicto, argumentar que el decisorio ya firme no les es aplicable por mediar incompetencia de dicho juez.

En cambio, la tesis de la inexistencia de cosa juzgada para quien no fue ni se le dio oportunidad de actuar como parte en un proceso, es incuestionable.

- b) Otro aspecto especial de la litis es que la AFNP, no discutió en su momento (antes del comicio) que hubiese dos boletas electorales para un mismo grupo de candidatos, sostenidas por otros dos partidos distintos. Podría inferirse así que ello importaría el consentimiento para que se sumasen los sufragios de las dos boletas citadas.

Sobre el tema, la Cámara Nacional Electoral explicó que las normas imperativas de los comicios prevalecen sobre el eventual consentimiento de boletas, y que esto último tampoco significa que se admitió que se sumaran los votos de ambas.

Cabe reconocer que el problema es difícil, y que tal vez en él estriban las mejores posibilidades de quien, a la postre, perdió el pleito. En tren de decidir el dilema, puede pensarse que aceptar que dos boletas lleven a los mismos candidatos no implica, necesariamente, reconocer que allí media formalmente una alianza electoral, y que los sufragios correspondientes a una y otra deban forzosamente adicionarse.

En rigor de verdad, el hecho de haber dos boletas con los mismos postulantes importa un acto de torpeza para ellos, a la luz del mensaje del art. 54 de la Constitución nacional, y lo adecuado es que quien figure en dos o más boletas impugne tal situación, por todos los medios procesales (ordinarios y extraordinarios), precisamente porque esa duplicación, triplicación o la que fuere, en definitiva lo perjudica, al dispersar los votos en su favor, cuando lo bueno para él (según el diseño electoral programado por el mentado art. 54 de la constitución) es que se aglutinen.

4. EL CONTROL DEL CONGRESO

Mencionamos más arriba que el artículo 64 de la Constitución señala que cada cámara «es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez».

Una vieja duda en el Derecho constitucional argentino reaparecería si, por ejemplo, la justicia da razón a la tesis de un candidato (en última instancia, supongamos, por resolución de la Corte Suprema) y después, hipotéticamente, la Cámara se negase a aceptar ese pronunciamiento y adoptara una solución distinta, invocando que como «juez de las elecciones» ella da la última palabra.

El asunto es muy complejo. De acuerdo a la tesis tradicional, las resoluciones de una Cámara del Poder Legislativo, en el punto que tratamos, son cuestiones políticas no justiciables⁸. Pero la cuestión no es ahora tan sencilla.

Por un lado, si la justicia se expide sobre la *questio disputandi*, y en particular si lo hiciere la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ésta es la intérprete final de la Constitución. En tal hipótesis, si una Sala del Congreso entendiese que era ella, y no la Corte, la competente para definir en última instancia la litis, y la Corte Suprema no aceptase tal tesis, se plantearía un conflicto de poderes que en definitiva debería ser resuelto por la propia Corte Suprema⁹.

Por otro, es difícil (pero, desde luego, no imposible) a esta altura de la evolución jurídica argentina que una Cámara del Congreso se niegue a cumplir con una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. El conflicto que estamos tratando fue judicializado¹⁰ y ello importa suponer que la respuesta definitiva se emitirá en el ámbito de la judicatura.

Lo que podrá discutirse más tarde es si el Senado está en condiciones de revisar aspectos de la elección del vencedor de las lides tribuñalicias, pero por motivos ajenos a los ya meritados por el Poder Judicial, y que escapen por ende al radio de cobertura de la cosa juzgada. En tal supuesta y eventual situación, lo que resuelva la Sala del Congreso estaría de todos modos sujeto a revisión judicial, según las pautas ahora vigentes en la materia, en especial las sostenidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el polémico caso «Bussi»¹¹.

⁸ PEDRO SAGÜÉS NÉSTOR, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, *ob. cit.* en nota 2, t. 1, pp. 184 y ss.

⁹ Derivamos al lector a nuestro trabajo «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los conflictos de poderes», en *Doctrina Judicial*, 1998-2-511.

¹⁰ V. O. LOSA NÉSTOR, «Jurisdicción plena en un conflicto senatorial», *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 19/4/02, p. 14.

¹¹ ANTONIO D. BUSSI fue electo diputado nacional, con diploma expedido por la Junta Electoral, pero la Cámara baja del Poder Legislativo rechazó su título el 10 de mayo de 2000

En conclusión, el lector podrá advertir que la lectura de la Constitución y de la legislación subconstitucional reglamentaria de aquélla no dejan de provocar conflictos hermenéuticos nada simples de resolver, donde entran en juego posiciones de filosofía constitucional en torno a cómo interpretar la Constitución, y posiciones de partes afectadas, todo ello matizado con rasgos ideológicos que son infaltables en cualquier disputa concerniente a los alcances de las cláusulas de la Ley suprema. También es cierto que el lenguaje del constituyente no ha sido, respecto del art. 54 de la Constitución, ni el mejor ni el más coincidente con la intención del miembro informante en la convención nacional constituyente¹².

Todo ello no debe llamar la atención. Lo importante es que el conflicto se dirima jurídicamente y por los órganos habilitados al efecto. Esa gimnasia constitucional parece en alguna medida desgastante; pero debe ser visualizada como algo propio de la democracia y de la vida en un Estado de Derecho.

por «manifiesta inhabilidad moral-política e idoneidad constitucional», hechos conectados con su desempeño durante el gobierno *de facto* de 1976/83 (cfr. PABLO MANILI, «Las facultades de las cámaras del Congreso para juzgar los títulos de los legisladores. Su justiciabilidad», en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional del 30/11/2001, pp. 4 y ss. El autor explicita que la decisión de la Cámara refiere a imputaciones y procesos por delitos y crímenes de lesa humanidad).

Bussi interpuso una acción de amparo, rechazada en primera y segunda instancia por entenderse que el asunto era cuestión política no justiciable. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reputó por sentencia del 11 de octubre de 2001, que el tema era judicial, de tal modo que los tribunales estaban habilitados para evaluar y decidir sobre la decisión de la Sala del Congreso. La Corte entendió que es función del Poder Judicial precisar el alcance de las normas constitucionales que atribuyen facultades a los Poderes del Estado (en el caso, las reglas del art. 64 de la Ley suprema, sobre las competencias de cada Cámara para aprobar los títulos de los legisladores que intentan incorporarse al Congreso), pues dicha tarea exige una interpretación de la Constitución nacional para evaluar tales atribuciones. Hemos compartido tal posición (en el mismo sentido, cfr. ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, «El caso Bussi: la Corte Suprema y un importante paso hacia un control de constitucionalidad amplio con contornos y sustancia garantista», en *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, cit., pp. 1 y ss.).

Con el fallo «Bussi», la Corte Suprema ha cambiado su posición anterior (v. gr., en «Provincia del Chaco c. Estado Nacional», *Fallos*, 321:3236), donde se estimaba que la decisión de una Cámara del Parlamento acerca de la elección de un Senador, era un asunto no justiciable (*political question*).

¹² Cfr. sobre las dificultades interpretativas de los vocablos de tal precepto constitucional, MARÍA CRISTINA GIROTTI, «El caso “Bravo-Bélicz”. Interpretación del artículo 54, CN», en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Debates de actualidad*, Buenos Aires, abril/mayo de 2002, año XVII, N° 187, pp. 80 y ss.