

**Expte. nº 8730/12 “Asociación
por los Derechos Civiles (ADC)
c/ GCBA s/ acción declarativa
de inconstitucionalidad”**

Buenos Aires, seis de septiembre de 2013.

Visto: el expediente citado en el epígrafe,

resulta:

1. A fs. 28/51 la Asociación por los Derechos Civiles promueve la presente acción en los términos de los arts. 113, inc. 2, CCABA y 17 y ss. de la ley nº 402, “a fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los incisos ‘e’, ‘f’ y ‘g’ del artículo 3 del Código Electoral”; por contradecir los arts. 1, 10, 11, 13 (incs. 3, 7 y 9), 15 y 62, CCABA; arts. 1, 16, 18, 19, 28, 33 y 37, CN y artículos concordantes de los tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Declaración Universal de Derechos Humanos).

Sostiene, en sustancia, que “el régimen electoral vigente en la ciudad, de manera ilegítima, excluye del padrón de electores a los condenados por delitos dolosos a pena privativa de libertad, a los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos y a los sancionados por la infracción de deserción calificada” (fs. 28 vuelta).

Afirma que “la prohibición genérica de votar que pesa sobre los condenados (...) no persigue un fin legítimo” ni contiene regla expresa o implícita que permita echar luz acerca de “la finalidad del impedimento” (fs. 37); asimismo refiere que ella “recae diferencialmente sobre un grupo vulnerable y vulnerado por la propia intervención penal del Estado” (fs. 44) y que, en suma, consagra de manera discriminatoria, ilegítima y arbitraria “una restricción desproporcionada y desvinculada del delito cometido” (fs. 42 vuelta y 44).

Añade, por último, que la “inclusión de las personas hoy excluidas al padrón no será más que otro paso, necesario y debido, en la progresiva igualación y universalización del derecho a la participación política” (fs. 45 vuelta).

2. A fs. 71/73 el Sr. Fiscal General dictaminó a favor de la admisibilidad de la demanda declarativa por considerarla “fundada mínima, pero suficientemente” (cf. puntos III y IV del dictamen).

3. A fs. 75 se dispuso integrar el Tribunal (cf. arts. 24 y 25 *in fine*, ley n° 7). Del sorteo resultó desinsaculado el juez Horacio G. Corti (fs. 79).

4. A fs. 83/85, por resolución del 1° de agosto de 2013, se declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada y se ordenó correr traslado de la demanda al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

5. A fs. 99/114, la Procuración General de la Ciudad solicitó el rechazo de la acción por considerar que la pretensión formulada, “pese a su extensión y abundantes citas doctrinarias, jurisprudenciales y normativas, está huérfana de fundamento”. En tal sentido, la representación del Gobierno expresó que “la accionante no ha efectuado un análisis minucioso, individualizado e independiente de las normas objetadas” (fs.100 vuelta).

Adujo además que “...la atribución estatal de reglamentar conlleva necesariamente la limitación del ejercicio y goce de los derechos, mediante el dictado de normas razonables y proporcionales al interés general protegido” (fs. 103). En este sentido, alegó que “las restricciones establecidas en las normas citadas por la propia parte actora (art. 30 y 32.2 de la CADH), fijan reglas para la limitación de derechos...” (fs. 105 vuelta). Afirmó a continuación que “...el legislador supranacional delegó en los legisladores locales el dictado de leyes que reglamentaran el derecho de voto” (fs. 106 vuelta).

También consideró que “(a)tender a la pretensión de la actora en la cuestión planteada, no es competencia del Poder Judicial y su solución debe buscarse en otros poderes del Estado, ya que, en principio, la restricción del Código Electoral Nacional, efectuando una interpretación integral del ordenamiento jurídico argentino, no aparece arbitraria ni irrazonable” (fs.104).

Al mismo tiempo, la Procuración destacó que “...la Ciudad de Buenos Aires no cuenta con un sistema penitenciario equivalente a los existentes en las provincias, razón por la cual, no posee un registro de ciudadanos de la ciudad privados de la libertad. Ello conlleva a que no exista un padrón local de tal categoría de electores” (fs. 109). También precisó en este punto que en el sistema nacional las personas privadas de su libertad en calidad de procesados votan mediante un sistema de boleta única (...) que no se encuentra previsto en el marco regulatorio del proceso electoral de la Ciudad de Buenos Aires, razón por la cual,

“en el caso de promoverse su aplicación, necesariamente debe ser aprobado por la Legislatura” (fs. 109).

Por último, al ingresar en el tratamiento particular de las normas impugnadas, la demandada planteó que las penas de reclusión y prisión por más de tres (3) años llevan como accesorio la inhabilitación absoluta y que ella importaría la privación del derecho electoral. De esta manera, acceder a dejarla sin efecto con carácter general por medio de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad implicaría violar el principio de cosa juzgada que deviene de las sentencias judiciales firmes y al mismo tiempo sustraer de la causa a los jueces naturales, vulnerando con ello la garantía del art. 18 de la Constitución nacional y 13.3 de la local (fs. 111). Enfatizó sobre el punto que, con relación a los condenados a penas de prisión o reclusión por más de tres (3) años, la inhabilitación resulta de normas nacionales —arts. 12 y 19 del Código Penal— cuya sanción es privativa del Congreso Nacional.

6. A fs. 117/128, el Sr. Fiscal General emitió su dictamen y opinó que correspondía hacer lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por la ADC.

7. A fs. 143/159 y 190/207, se presentaron en calidad de *amici curiae* (cf. art. 22, ley nº 402), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), respectivamente.

8. Con fecha 20 de marzo de 2013 se celebró la audiencia del art. 6º de la ley nº 402. Allí expusieron su posición la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en calidad de *amicus curiae*, las partes actora y demandada y el Sr. Fiscal General —quien mantuvo la opinión sustentada oportunamente en su dictamen— (fs. 238).

Fundamentos:

La jueza Ana María Conde dijo:

1.- La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) impugna la validez constitucional de los inc. “e”, “f” y “g” del art. 3º del Código Electoral Nacional (CEN) en cuanto se aplica como ley local en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

La accionante considera que la norma atacada deber ser considerada una ley local, en atención a lo dispuesto en el art. 5° de la ley 24.588 y de acuerdo con lo establecido por el Tribunal en la Acordada 6/07.

Como sustento de su pretensión de declaración de inconstitucionalidad, la parte actora sostiene que las normas objetadas violentan los arts. 1, 10, 11, 13 inc. 3°, 7° y 9°, 15 y 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y 1, 16, 18, 19, 28, 33 y 37 de la Constitución Nacional, además de distintos artículos de instrumentos internacionales de derechos humanos que integran ambos cuerpos normativos, en especial el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.- La normas impugnadas —art. 3°, incs. “e”, “f” y “g” del CEN— disponen:

“Artículo 3.- Quienes están excluidos. Están excluidos del padrón electoral:

...e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena;

f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis;

g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción; ...”

La parte actora señala que las mencionadas disposiciones, vinculadas todas ellas al ejercicio del sufragio por parte de los condenados a penas privativas de libertad, afectan el principio de universalidad del voto que prescribe el art. 37 CN, el art. 62 CCBA y el art. 25 del PIDCP. Por lo demás, entiende que la posibilidad de reglamentar el derecho a voto en los supuestos de personas condenadas a penas de prisión, contenida en el art. 23.2 de la CADH, sólo puede significar —bajo la luz del principio interpretativo *pro homine* que consagra el mismo instrumento— que se han de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho a votar de la persona condenada y no su restricción o limitación.

Indica además que la restricción al voto no supera el test de razonabilidad (art. 28 CN) ya que conspira contra la resocialización de la persona, que es una finalidad esencial de la pena y su motivo no parece tener asidero en razones de tipo preventivo de futuros delitos, y

por lo demás, debilita el sistema democrático al privar del debate y la participación política a una categoría de personas.

Por último, entiende violentado el derecho a la igualdad a partir de la restricción que determina la exclusión del padrón electoral dispuesta en las normas tachadas de inconstitucionales, puesto que, a su entender, se estaría marginando de la participación política a una categoría de personas que se encuentra en una situación desventajosa con relación al resto, lo que afecta la igualdad proclamada desde la más alta normativa de la República (arts. 16 y 37 CN y art. 11 CCBA).

3.- Las disposiciones atacadas por la accionante —art. 3º, incs. e), f) y g) Código Electoral Nacional (CEN) — rigen como derecho público local, en su redacción anterior a la reforma efectuada en el ámbito nacional por la ley n°25.858 (conf. Acordada Electoral n° 6/2007).

En este punto corresponde señalar que las normas del CEN que aquí se impugnan en su validez constitucional, lo son en cuanto a su carácter de legislación local, y no se superponen con la figura de la “inhabilitación” que el Código Penal prevé como accesoria a la pena principal, ni tampoco puede entenderse sin más que constituya una reglamentación de ésta.

En efecto, y aun cuando en principio pareciera que se trata de la especificación de la sanción penal que deniega el derecho al voto, analizados en detalle ambos conjuntos de normas, es posible advertir diferencias en los plazos y en las figuras que comprenden, otorgándoles significación y origen propio. En este aspecto, es contundente el Sr. Fiscal General cuando afirma que las restricciones electorales no importan una **reglamentación de las disposiciones penales** al señalar que: *“...a) Es claro que el supuesto contemplado por el art. 3, inc. f), al excluir (del padrón electoral) a los condenados por faltas vinculadas al juego prohibido, se aleja de aquellas disposiciones (las penales) en la medida que la norma no se refiere a condena por delitos...b) Por su parte la causal que contempla el inc. g) del art. 3 del CEN dispone la exclusión (del padrón electoral) de los sancionados por la infracción de deserción calificada por **el doble término de la duración de la sanción...**, al establecer (la restricción) por el doble término de la condena, la aleja de la accesoria establecida en el Código Penal y c)...el caso del art. 3 que prevé el supuesto de delitos dolosos a pena privativa de la libertad y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena, tampoco parece consecuencia de la inhabilitación que opera como accesoria del Código Penal, aun cuando en muchos casos puedan cumplir con los requisitos de ambos ordenamientos///Así, por ejemplo, la inhabilitación absoluta*

que establece genéricamente el art. 12 del Código Penal abarca casos de condenas por más de 3 años de reclusión o prisión, en tanto que el Código Electoral Nacional se refiere a cualquier condena privativa de libertad ejecutoriada. El CP permite extender la inhabilitación absoluta hasta 3 años más del tiempo de la condena, mientras que el CEN refiere sólo el término de ésta. Por último, el CEN alude a delitos dolosos, excluyendo los casos de penas privativas de libertad por delitos culposos, diferenciación que el CP no efectúa” (dictamen del Sr. Fiscal General de fs. 117/128, quien, con precisión, efectúa las distinciones del caso; las aclaraciones entre paréntesis y la enfatización en negrita es propia).

Tal como allí se concluye con acierto, “...Las normas penales están previstas como una consecuencia directa de la pena por la comisión de un delito y, más allá de su acierto o error, constituyen el ejercicio de una facultad legislativa que la Ciudad no posee. En cambio, las disposiciones de neto carácter electoral, en la medida que se refieren a la elección de autoridades de la CABA, surgen de sus propias facultades legislativas autónomas...” (dictamen de fs. 117/128 ya citado).

En efecto, los estados locales (provincias y CABA) deben aplicar las leyes de fondo dictadas por el Congreso Nacional en materia de legislación común, por lo tanto cuando se juzgan las acciones que tipifican como delito se aplica el Código Penal de la Nación que comprende, sin duda, las inhabilitaciones que allí prevé la ley penal (arts. 12 y 19 CPN). Pero, en otro orden, cada jurisdicción establece sus propias reglas procesales y dicta sus propias leyes relacionadas a las materias en las que tiene competencia exclusiva, tal como ocurre con la legislación de faltas y contravenciones y la electoral, obviamente respecto de la elección de autoridades locales. Es en este aspecto en el cual la Ciudad tiene facultades legislativas que, de acuerdo con lo que aquí se debate, la habilita a regular el derecho al voto bajo su propio diseño, tal como lo hace con el voto de extranjeros o de personas procesadas sin condena.

4.- El derecho al voto se encuentra contemplado en la Constitución Nacional:

Artículo 37: Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dictan en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también lo reconoce, en los siguientes términos:

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.

Lo garantizan asimismo, diversos pactos internacionales, que hoy forman parte de nuestra Constitución Nacional, de acuerdo con lo previsto en el art. 75 inc. 22, a saber:

La Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), establece:

Artículo 23 que: “ Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades...b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores...2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), dispone:

“Artículo 25: Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas , de los siguientes derechos y oportunidades; a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de los representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país”.

A su turno el Código Penal de la Nación dispone en su art. 12 que:

“La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena,

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además, la privación, mientras dura la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”, y el art. 19 agrega: “La inhabilitación absoluta importa... 2° la privación del derecho electoral...”

Dentro de este marco legal, el derecho activo al voto, como fue dicho ya, no es un derecho absoluto y se encuentra restringido o limitado por disposiciones penales, que funcionan como penas accesorias a la condena principal, y también por normas electorales, que no se identifican con las penales, sino que son independientes y se sostienen, básicamente, en razones de indignidad o de moralidad.

Precisamente, de conformidad con el objeto de la pretensión de esta acción, se analizará si estas disposiciones electorales que restringen el derecho al voto en la Ciudad de Buenos Aires se encuentran en línea con las normas constitucionales y con los principios y garantías del bloque de constitucionalidad federal vigente hoy en nuestro país.

5.- La normativa impugnada, cuyo análisis y debate en audiencia pública se ha llevado adelante en este proceso bajo la pretensión de que las restricciones al voto de las personas condenadas comprendidas en las categorías indicadas sean declaradas inconstitucionales y expurgadas del ordenamiento jurídico de la Ciudad, vincula la suspensión del derecho político de sufragio activo, esto es a elegir autoridades de gobierno mediante voto popular, con la condición de persona condenada o sancionada cuya conducta encuadre en alguna de las figuras descriptas, al disponerse, respecto de ellas, su exclusión del padrón electoral.

Entonces, y a partir de esta premisa, corresponde señalar que el análisis que debe abordarse consiste en determinar si las restricciones al sufragio activo que prevé el CEN a partir de la exclusión en el padrón de ciertas personas, son o no válidas a la luz de su confronte con la Constitución de la Ciudad y con la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos que la integran.

Cabe advertir en este punto, que la tarea de este Tribunal — regulada por la vía de la acción prevista en el art. 113, inc. 2° CCBA— consiste en efectuar el confronte constitucional en abstracto de las normas objetadas, sin que implique en modo alguno emitir opinión sobre las disposiciones reguladas en el Código Penal de la Nación, que, aun cuando constituyen una referencia obligada por su vinculación

con la cuestión, resultan ajenas al objeto de la pretensión actora en tanto no son “normas emanadas de las autoridades de la Ciudad” (art. 113, inc. 2º CCBA) y, en consecuencia, este Tribunal no se pronuncia, ni podría hacerlo, acerca de su validez constitucional.

6.- El análisis que se propone a este Tribunal involucra una toma de posición acerca de la pertinencia de las restricciones en el voto a las personas con condena privativa de la libertad en la Ciudad de Buenos Aires. La cuestión en sí misma se encuentra estrechamente vinculada con las restricciones penales al mismo derecho, por lo que no será posible soslayar las opiniones y antecedentes de índole penal que tratan el tema, aunque no está de más reiterar que aquí sólo se encuentran en consideración las normas electorales vigentes en esta jurisdicción.

Cabe señalar que la cuestión que se trata ha evolucionado con el correr del tiempo y, especialmente, a la luz de los tratados de derechos humanos y de la regla “*pro homine*” que guía su interpretación y que, bajo las pautas internacionales de aplicación de estos instrumentos, ya no resulta admisible sostener —como se hizo por décadas— que la restricción al ejercicio del derecho a votar deriva de la situación fáctica de encierro en que se encuentra el condenado, y que, frente a ello, la situación no tiene remedio.

Una breve reseña del estado de la cuestión bajo las diferentes ópticas de los operadores del derecho, es suficiente para ilustrar la evolución referida:

a) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “*Mignone, Alberto Fermín s/ acción de amparo*” (Fallos 325:524, sentencia del 9 de abril de 2002), consideró inconstitucional, por contrariar disposiciones de derecho internacional de derechos humanos y la Constitución Nacional, la prohibición del ejercicio del sufragio a los detenidos sin condena firme, en virtud de la interpretación que dio al art. 23 de la CADH. En virtud de ello, se agregó al CEN el art. 3º bis que prevé el derecho de los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, de emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos (conf. ley nº 25.858).

Este Tribunal, en su carácter de autoridad electoral local, dispuso, con sustento en argumentos constitucionales y convencionales análogos a los mencionados por el precedente “*Mignone*” de la CSJN, admitir la participación como electores de los detenidos que solicitaran ejercer su derecho a votar en las elecciones

locales y, a tal efecto dictó, con fecha 14 de junio de 2007, la Acordada Electoral n°6 en la que determinó la forma en que emitirían el sufragio en los comicios del 24 de junio de 2007, *“si reunían las demás condiciones exigidas por la legislación electoral (no encontrarse inhabilitados por otro motivo distinto al encarcelamiento preventivo, contar con el documento exigido para sufragar etc.)”*. En igual sentido se pronunció en la causa iniciada por el Sr. Defensor General de la Ciudad, en representación de dos personas detenidas que solicitaron se les permitiera ejercer su derecho electoral (conf. “Rojo, Horacio Adolfo s/amparo”, expte n° 5349/07, sentencia de 20 de junio de 2007, “Constitución y Justicia”, t. IX, 2007/B, p. 2003).

Asimismo, diversos fallos, en distintas jurisdicciones del país, reconocieron el derecho a votar de las personas condenadas con penas privativas de su libertad (Juzgado de Garantías n°8 de Lomas de Zamora, “E.E.M. s/ portación de arma de guerra sin contar con la debida autorización legal”, causa n° 00-016113-11, resolución del 20/10/2011; Cám. Fed. La Plata; expte. n° 6574, “García de la Mata, Angel María s/su presentación”, sentencia del 22/10/2011 y Juzgado de primera Instancia de Distrito de Ejecución Penal de Sentencia de la Ciudad de Santa Fe, expte.n° 646/2011, “Hábeas Corpus Correctivo Colectivo Internos alojados Cárcel Las Flores U2 de Santa Fe s/ solicitan emitir sufragio”, resolución del 27 de septiembre de 2011).

En el orden internacional, la perspectiva resulta similar.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso “Hirst vs. Reino Unido” concluyó que la exclusión automática del sufragio a los condenados con prescindencia del tipo de delito y sin mayor ponderación legal (es decir, en general), no tiene eficacia disuasoria del crimen y dificulta la posterior inserción de los presos en la comunidad; profundizando que “no existe ningún vínculo racional” que permita afirmar que la suspensión del derecho al sufragio funcione como “un disuasor para delinquir” (“Hirst vs. U. K.”, n° 74025/01, sentencia del 06 de octubre de 2005).

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) entendió que *“...los derechos político-electorales no son derechos absolutos sino que pueden estar sujetos a restricciones, siempre que las mismas estén previstas en la legislación, sean objetivas y razonables y respondan a un fin legítimo (el destacado es propio), agregando en un caso particular que :...la suspensión de los derechos políticos es innecesaria y desproporcionada si se atiende a la finalidad del régimen de derecho penal basado en la readaptación social del individuo al no haberse establecido como pena principal en la sentencia condenatoria...”* (“Juicio para la protección de los derechos electorales del ciudadano, SUP-JDC-20/2007”, sentencia del 28 de febrero de 2007).

En el conocido caso “Sauvé vs. Fiscalía General Canadá”, del 31 de octubre de 2002, se declaró inconstitucional un precepto de la ley electoral que excluía del derecho al sufragio a los privados de la libertad por sentencia con una pena de duración mayor de dos años; estimándose que la autoridad electoral *“no pudo justificar por qué la denegación de un derecho fundamental democrático puede ser considerado como una forma de pena estatal”* (“Sauvé vs. Canadá”; Chief Electoral Officer, 2002 S.C.C. 519, 2002 SCC68, sentencia del 31 de octubre de 2002).

En Israel, la Suprema Corte se negó a suspender el derecho al sufragio de un condenado a pena privativa de libertad considerando que en tal caso no se perjudicaría al condenado sino a la democracia israelí (“Hilla Alrai vs. Minister of Interior et al.”, 50-2- PD 18, 1996) y, por su parte, la Corte Constitucional de Sudáfrica dejó sentado que el carácter universal de los derechos políticos es un aspecto fundamental de la civilidad y la democracia (“August vs. Electoral Comm”, 1999, en el mismo sentido “Minister of Home Affairs vs. National Institute for Crime Prevention and Re-Integration of Offenders (NICRO)”, Case CCT, 03/04, sentencia del 03 de marzo de 2004).

Con relación al ejercicio del derecho electoral activo de las personas condenadas, la Corte Suprema de Costa Rica, se pronunció diciendo que: *“...Todos los ciudadanos debidamente inscriptos en el Registro Civil tienen derecho a ejercer el sufragio, función cívica primordial que se realiza ante las Juntas Electorales en votación directa y secreta y es obligación del Estado universalizar el proceso electoral, facilitando que el mayor número de ciudadanos logre ejercer ese derecho. En el supuesto de las personas privadas de la libertad, ese derecho subsiste a menos que la sentencia condenatoria les inhabilite para ejercer los derechos políticos de acuerdo a lo previsto en nuestra constitución política y en el Código Penal...Los privados de la libertad gozan entonces de todos los derechos y garantías contenidos en la Constitución Política con excepción de aquellos que sean incompatibles con su estado, pues a pesar de que la pérdida de la libertad ambulatoria constituye la consecuencia principal de la sentencia impuesta, aún conservan los derechos inherentes a su condición de seres humanos, con las excepciones apuntadas en el considerando anterior...”* (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia nº 02016, exp .nº 94-000420-0007 CO, sentencia del 28 de abril de 1994, Redactor Luis Paulino Mora Mora).

b) Conforme las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reclusos.htm>), “...61. *En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse en lo posible a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos...Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos*”.

En el ámbito nacional, resulta relevante la ley nacional n°24.660 —ley de la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad— puesto que ella expresa los principios rectores aplicables en la materia, estableciendo un marco conceptual alineado con las modernas tendencias que priorizan la reinserción social del condenado a partir del respeto a la ley. En este sentido dispone en su art. 1° que *“La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”* (el destacado es propio), disponiendo el art. 2°, además, que: *“El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone”*.

Por lo demás, y esto no es un dato menor, el art. 3° de la ley somete la ejecución de la pena privativa de libertad a un permanente control judicial, disponiendo que *“El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”* (el destacado es propio).

Corresponde poner de resalto que, además, el Proyecto de Reforma del Código Penal deja sin efecto la inhabilitación absoluta prevista por los arts. 12 y 19 del Código Penal para los condenados a penas mayores a tres años, derogando estos artículos bajo el argumento de que tal incapacidad priva al condenado de derechos inherentes a la condición de persona humana, derechos que deben

serle reconocidos aun cuando se encuentre privado de su libertad (“Proyecto de Reforma del Código Penal”, elaborado por la Comisión de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, años 2005-2006, Resolución MJyDH nº 303/04 y nº 136/05). Resu lta valioso transcribir el párrafo que se refiere específicamente al derecho electoral de los penados y a la pena privativa de derechos, que señala “...Se suprime como efecto de la inhabilitación absoluta la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, por resultar lesiva a derechos constitucionales. Asimismo se aclara que la privación del derecho electoral sólo puede establecerse para ser electo, porque el principio republicano adoptado por la Constitución obliga a evaluar la idoneidad personal de los funcionarios públicos pero no puede ser consagrada para ser elector dada la inexistencia de norma constitucional alguna que imponga tal tacha, y la ley infraconstitucional no puede establecer distinciones al respecto (“Fundamentos del Anteproyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal”; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2005-2006)

c) También han expresado su parecer los autores y doctrinarios de la ciencia penal, especialmente con relación a las limitaciones impuestas por los arts. 12 y 19 del Código Penal para el ejercicio del derecho a votar por parte de los reclusos a quienes les son aplicables estas normas.

El fundamento de la privación del derecho electoral al voto de los condenados a penas privativas de libertad, parece encontrarse, según los diversos autores de la doctrina penal de nuestro país, en razones de carácter vindicativo y deshonoroso. La ley nº 8871, conocida como Ley Saenz Peña, disponía que se encontraban excluidos del padrón electoral:

“...Inciso 3. Por razón de indignidad:... f) Todos aquellos que se hallen bajo la vigencia de una pena temporal, hasta que ésta sea cumplida”; entre otros.

Señala Soler que *“Las legislaciones antiguas, siguiendo las huellas del derecho romano, imponían a los delincuentes una serie grande de inhabilitaciones que tenían un carácter deshonorante y represivo... También en este punto, como en tantos otros del derecho penal, la influencia de la filosofía del siglo XVIII ha marcado una profunda transformación...Dicha evolución no puede juzgarse definitiva y claramente concluída, pues, si bien por una parte hallamos diferenciadas, en forma neta, las inhabilitaciones con respecto a esferas determinadas de derechos, subsiste un pequeño remanente de la idea de indignidad cívica , en lo que debiera ser tan sólo incapacidad*

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

civil de hecho, inherentes a las penas privativas de la libertad” (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”; t. II, ed. 1953, p. 445).

Por su parte Zaffaroni, sostiene que “Los efectos de la pena de inhabilitación absoluta están previstos en el art. 19 del Código penal y tienen una extensión limitada, lo que de otra manera resultaría inconstitucional por producir la muerte civil del condenado, inadmisibles en el derecho contemporáneo...” (Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, p. 979).

Así lo reconoce también la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral, al señalar que, en el Anteproyecto “...Se suprime la pena accesoria de inhabilitación absoluta y la incapacidad civil cuya fuente lejana se remonta a la muerte civil” (documento ya citado).

7.- Este Tribunal ha aceptado las presentaciones efectuadas por los asistentes oficiosos propuestos (*amicus curiae*), cuya intervención en el proceso se valora especialmente en tanto herramienta de participación ciudadana, al aportar voluntariamente sus puntos de vista y opinión acerca del tema que se trata, que involucra un derecho político y humano de las personas. En este sentido, se han adjuntado las colaboraciones de Mario Alberto Juliano y Nicolás Laino en su carácter de Presidente y Secretario General de la Asociación Civil Pensamiento penal; del Dr. Alberto Martín Binder en su carácter de vicepresidente y en representación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y el Dr. Martín Sigal en su carácter de Presidente de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), las cuales han brindado argumentación concordante sobre la cuestión.

Señalaron los primeros presentantes que: “...Es imprescindible advertir que el ordenamiento jurídico nacional fue reconfigurado en sus bases y fundamentos con la reforma constitucional de 1994...Entre los Nuevos Derechos y Garantías” constitucionales se garantizó ‘el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio’ (art. 37, párrafo 1º Constitución nacional). El adjetivo ‘pleno’ que describe la garantía no es una inclusión banal, tiene el sentido de otorgarle la mayor amplitud compatible con las exigencias de una sociedad democrática. Luego, la ‘privación del derecho electoral’ consagrada en la norma de segundo grado, anula la fuerza normativa de la ‘plenitud’ de la garantía, excluyendo del colectivo titular de la soberanía popular a cierta categoría de seres humanos que —aunque han cometido una infracción penal— comparten los valores y aspiraciones del Pueblo al que siguen perteneciendo. En la misma línea, las propiedades de

universalidad e igualdad anexas al sufragio son incompatibles con su privación a una categoría de personas...” (Asociación Civil Pensamiento Penal, presentación de fs. 89/97).

A su turno, se ilustró: “...El origen temporal permite dar cuenta del paradigma jurídico bajo el cual se restringió el derecho al voto a personas condenadas. Se trata de la antigua doctrina que consideraba a la persona penada como a un objeto a disposición del Estado calificada negativamente con un estatus (sic) jurídico inferior que implicaba la pérdida del derecho de ciudadano equiparable a la *capitis diminutio...*”, mencionando profusa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para concluir que, con relación a la problemática del caso, “...es preciso reaccionar con vigor, con todo el que proporciona la Constitución nacional y sus inseparables raíces humanistas, con el peso de todos los derechos y garantías que consagra en el capítulo único de su primera parte ...,resaltando que ‘Ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad’ (Fallos 313, 1263, disidencia del Dr. Fayt) y que ‘Los prisioneros son, no obstante ello, personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso (Fallos 318:1984, voto de los Dres Fayt, Petracchi y Boggiano, en sentido coincidente se expidieron en su voto conjunto los jueces Moliné O’Connor, López y Bossert)” (INECIP, presentación de fs. 143/159).

Se sostuvo asimismo que: “...Las leyes de privación del voto reflejan el concepto de ‘muerte civil’ o de retirada de la vida política y jurídica y del ejercicio de los derechos civiles, todas ellas originarias de las antiguas sociedades griega y romana y adoptadas por la Europa medieval...” y “El art. 3° del Código Electoral Nacional es inconstitucional por contradecir los términos de la Constitución Nacional, en concreto art.1°; 16, 18, 19, 28, 33,37 y 75 inc.. 19 y 22./// La supresión de este derecho también es violatoria de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en tanto contradice a su art. 1°..10...11...y 11...Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica **o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo . La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la**

persona y la efectiva **participación en la vida política**, económica o social de **la comunidad** (remarcado en la presentación). Por otra parte, remarcó —citando a los autores López, Axel y Machado, Ricardo, “Análisis del régimen de ejecución penal, Ley 24.660”, bs As, 2004, ps.37 y 39— que : “...la readaptación exige un cambio en la actitud del desadaptado; la reinserción exige, además, la participación de la sociedad en la comprensión y el apoyo que debe brindar”/// Indica, además que: “Los derechos políticos en general y el derecho a votar en particular, facultan al individuo a participar de la ‘cosa pública’, pudiendo modificar desde su acción las orientaciones de las políticas públicas que afectan a la vida de su familia, de su comunidad y del país en general. Esta ‘acción creadora’ otorga una dignidad superlativa al individuo como miembro de una comunidad política/// En el contexto de estos fundamentos constitucionales, la restricción del voto de las personas condenadas a penas de prisión privativa de la libertad, no supera un sano juicio de razonabilidad en función de los fines buscados y los medios empleados. Por el contrario, la supresión de este derecho a los condenados resulta manifiestamente irrazonable, toda vez que a) esta limitación, que puede ser asimilada, para algunos autores, como ‘muerte civil’ contraría a la finalidad de la pena, que debe ser siempre la resocialización de los condenados y la reincorporación de éstos a las actividades lícitas a nivel público y privado. Al contrario, esta supresión los convierte en una especie de ‘parias’ sociales, a los que no se les reconocen capacidades morales para participar activamente en la vida política...por lo tanto, lejos de resocializar a los condenados, la pena los aísla y los estigmatiza socialmente y b) el Estado no especifica tampoco cuál sería la ‘finalidad’ buscada con la restricción de este derecho, so pena de incurrir en vaguedades como el ‘interés general’...“(ACIJ, presentación de fs. 190/207).

8.- En este punto, corresponde señalar, como conclusión de los antecedentes presentados, que el derecho al sufragio o derecho activo al voto forma parte del plexo de garantías y derechos humanos fundamentales por su naturaleza de derecho político que vehiculiza lo que se ha dado en llamar “el derecho humano a la democracia”, recordando que la Convención Americana de Derechos Humanos —en el art. 27— afirma su importancia al prohibir su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para su protección. 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 de su país (Dalla Via, Alberto Ricardo; “Los derechos políticos y electorales. Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Revista La Ley 25/06/2012)

9.- Sentado el marco normativo y jurisprudencial que debe ser tomado en consideración para definir la cuestión propuesta a debate, corresponde determinar si es posible restringir válidamente desde la óptica constitucional —mediante la exclusión del padrón electoral— el derecho político a votar de ciertas categorías de personas, tal como lo hace la normativa identificada por la parte actora, que ya fuera transcripta.

Las reglas atacadas regulan la actividad electoral en la Ciudad de Buenos Aires y operan localmente como legislación propia de esta jurisdicción, tal como ha quedado sentado con claridad en la Acordada nº6/07 de este Tribunal. De tal modo, las objetadas restricciones al voto han quedado determinadas en ejercicio de facultades legislativas de la Ciudad en materia electoral, y por tanto, corresponde analizar su adecuación con los principios y normas constitucionales que nos rigen desde la más alta regla fundamental, dejando sentado una vez más que el referido análisis sólo se efectúa desde la óptica del derecho electoral y no abarca las posibles situaciones regidas por la legislación de fondo —Código Penal—, en las que la inhabilitación establecida por aplicación de los arts. 12 y 19 resulte impuesta al condenado.

Corresponde entonces analizar cuál es el campo operativo de aplicación en nuestra jurisdicción de lo dispuesto en la normativa cuestionada.

El inc. “f” contempla la exclusión del padrón electoral —con la consiguiente imposibilidad de emitir el voto— a los condenados por tres años (o seis en caso de reincidencia) por faltas previstas en leyes nacionales o provinciales de juegos prohibidos. En la Ciudad de Buenos Aires la actividad ilícita de juego se encuentra configurada como contravención (art. 116 Código Contravencional) y las penas que se le aplican tienen una pena máxima de 60 días de arresto. De tal modo, la disposición en cuestión se aplica, y corresponde —bajo la actual ley electoral— que los condenados por esta contravención queden excluidos del padrón por tres años o por seis si fueran reincidentes.

Con relación al inc. “g” que prevé la exclusión del padrón a los sancionados por deserción calificada, por el doble del tiempo de la sanción; debe señalarse que la mencionada infracción no existe a la fecha como ilícito penal en ninguna de sus variantes.

Por último, el caso del inc. “e” parece ser el de mayor relevancia de los cuestionados. En efecto, el supuesto prevé que quedarán excluidos del padrón electoral por el tiempo que dure la condena, aquellas personas condenadas a pena privativa de la libertad por delitos dolosos y que tengan una sentencia ejecutoriada.

10.- Es cierto, tal como lo sostuvo el Sr. Procurador General de la Ciudad en la audiencia de debate, que el art. 23 CADH admite específicamente la posibilidad de reglamentación de los derechos políticos al señalar que ***“2. La Ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”*** (CADH, art. 23, punto 2). No obstante, cuando se trata de derechos humanos fundamentales, como lo es el derecho político a votar, la regla interpretativa debe tender hacia la menor restricción posible del derecho en cuestión, sin perder de mira que la posible suspensión de un derecho de esta índole debe ser razonable y guardar suficiente relación con la finalidad que justifique su aplicación.

En este caso, si bien es cierto que la Convención autoriza a reglamentar este derecho, tal reglamentación (impuesta necesariamente en caso de los privados de libertad, en razón de su confinamiento en lugar específico) no implica restringir, ni limitar sino, antes bien, propiciar estrategias y acciones que permitan practicar la votación en cada caso.

Por otro lado, la regla “pro homine” —principio general en materia de armonización de la Constitución con los instrumentos internacionales de derechos humanos— indica que las normas deben ser siempre entendidas e interpretadas en la forma más beneficiosa para la persona humana y sus derechos (Conf. Bidart Campos, *“Las fuentes del derecho internacional y el principio Pro Homine”*; en *“El derecho constitucional del siglo XXI”*; p. 11 a 13)

Dispone al respecto el art. 29 de la CADH que: *“Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de a) permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados...”*. Similares enunciaciones de este principio se encuentran en el PIDCP (art. 5º); CDN (art. 14); CD M (art. 23); entre otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

De acuerdo con este principio, *“...el intérprete debe elegir aquella norma que brinde una protección más favorable a la persona humana, en el sentido de darle mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones”* (Manili, Pablo; *“El bloque de constitucionalidad, la recepción del Derecho Internacional de los*

Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino”, p. 218/221).

A ello se agrega que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Resolución 1/08 “Principios y Buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, dispone específicamente —como Principio XXV— que: *“Con el fin de garantizar y respetar plenamente los derechos y las libertades fundamentales reconocidas por el sistema interamericano, los Estados Miembros de la organización de los Estados Americanos deberán interpretar extensivamente las normas de derechos humanos, de tal forma que se aplique en toda circunstancia las cláusulas más favorables a las personas privadas de libertad”*.

Dentro de este contexto, el Estado debió fundamentar con buenas razones su negativa a modificar el *status quo* que hoy impide a los condenados por conductas abarcadas en las normas que se han cuestionado, ejercer —mediante la forma que las autoridades determinen— su derecho a expresar una opinión y preferencia política a través del sufragio para autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Esta justificación no puede consistir meramente en la situación de “privación de libertad ambulatoria” de la personas comprendidas en las disposiciones atacadas o en la complejidad para efectivizar su participación en los comicios, tampoco en genéricas referencias a la seguridad del acto eleccionario, ni en la premisa de que se trata de una restricción habitual en el derecho comparado puesto que, en suma, se trata sólo de objeciones que, vinculadas claramente con la logística a considerar para garantizar la operatividad del derecho universal al sufragio, se encuentra en las propias manos del Gobierno subsanar.

11.- Tal como ha sido planteada la cuestión a través de la vía elegida, que solo permite analizar el control abstracto de constitucionalidad de las normas que se impugnan, debe precisarse nuevamente que, de lo que aquí se trata es de determinar si la decisión política de la Legislatura de adoptar como legislación electoral propia las disposiciones que ahora se cuestionan y que excluyen del padrón electoral a quienes incurrir en las figuras contravencionales o penales que se describen, resulta válida.

Los fundamentos expuestos resultan contundentes para concluir que no resulta admisible, al día de hoy, y bajo los parámetros impuestos por los instrumentos de derechos humanos que sustentan las modernas tendencias en materia penal, propiciar que las penas privativas de libertad signifiquen tanto como un desprendimiento social del condenado, produciendo un cisma entre la vida bajo encierro y la que transcurre en libertad, al punto que implique tanto como la

anulación de los derechos a expresarse en términos políticos. Tampoco es posible segregar de la participación política a quien ha sido condenado por una contravención de juego prohibido. Ello constituye tanto como el cercenamiento de parte de la vida civil de la persona y la anulación de derechos que hacen a su misma condición de persona, como el derecho a expresar sus ideas opinando sobre el transcurrir de los asuntos públicos y políticos. Estas manifestaciones, lejos de ser proscriptas deberían ser fomentadas en la inteligencia de que constituyen formas de resocialización e inclusión en la vida democrática y, encauzadas rectamente, no pueden sino beneficiar el tratamiento del condenado pues su debate e información lo podrían acercar al conocimiento de las leyes, de los derechos propios y ajenos y al respeto hacia diferentes formas de expresión. El hecho de que una persona, al estar privada de su libertad, necesariamente vea restringidos algunos de sus derechos fundamentales, no supone la innecesaria limitación de otros, que no se encuentren relacionados con la pena a cumplir como una parte de ella y que, en tanto no sean exigidos para el cabal cumplimiento de la condena o para mantener el orden o la seguridad del lugar, no pueden ser suspendidos puesto que se encuentran bajo el amparo de la Constitución Nacional y de instrumentos jurídicos internacionales incorporados a ella.

Por lo demás, no puede obviarse la referencia al principio de la igualdad ante la ley, de reconocida jerarquía constitucional (art. 16 CN), que inspirara concretas disposiciones de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (art. 8, ley n° 24.660), basadas en “...*El respeto a la dignidad humana, a los derechos de los condenados y el rechazo enfático de todo tipo de discriminación en virtud de los mandatos constitucionales, de los principios de igualdad y humanización en el cumplimiento de encierro de los detenidos y de los contenidos en convenios, pactos y declaraciones universales y regionales*” (Exposición de motivos, Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad).

Por ello, a la luz de estos antecedentes y de lo que surge del bloque de constitucionalidad aplicable en nuestro país, no es posible sostener que la actividad estatal vinculada con el ejercicio de punición de actividades no permitidas por las leyes pueda, aun cuando no fuera su finalidad, producir una lesión al derecho constitucional de sufragar. Efectivamente, existe un derecho universal al voto (arts. 37 CN y 62 CCBA) para elegir a quienes realizarán distintas funciones en el gobierno y, en tanto no se ha demostrado cuál es la finalidad concreta y racional de discriminar o recortar ese derecho a un grupo de personas por su condición de condenados, la negación de ese derecho a tal grupo de personas constituye una discriminación ilegítima.

En consecuencia, entiendo que –en abstracto- deben declararse inconstitucionales las normas objetadas en tanto disponen excluir del padrón electoral y, consecuentemente, privar a las personas comprendidas en ellas, del derecho político al voto, en forma general y sin ponderación de las circunstancias del caso.

12.- Establecido lo anterior, determinar cuáles son las acciones más convenientes o más adecuadas para que el Gobierno pueda cumplir su obligación de garantizar el derecho al voto en los supuestos analizados, es una cuestión de índole práctica, de experiencia y dependiente de múltiples factores, que excede el objeto de este pronunciamiento y deberá articularse, en su caso, por la vía pertinente y ante las autoridades que correspondan.

En efecto, la acción directa de inconstitucionalidad, tal como lo dispone el art. 113 inc. 2º de la CCBA tiene por único objeto impugnar “la validez de una norma de carácter general emanada de autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución...” y provocar la decisión de este Tribunal que, en el supuesto de que admitiera la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada acarreará la “pérdida de vigencia” de aquella. La sentencia no tiene otros efectos que el que se acaba de señalar. (TSJBA, causa SAO 31/99, “Massalin Particulares S.A. c/ Gob. Ciudad de Buenos Aires s/ Acción Declarativa de inconstitucionalidad”, expte. nº 31/99, resolución del 5 de mayo de 1999, *Constitución y Justicia*, *Fallos del TSJBA*, T I, ps. 56 y ss).-

Por las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por ADC y declarar que las disposiciones contenidas en los incisos “e”, “f” y “g” del art. 3º del Código Electoral Nacional vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no resultan constitucionalmente válidas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) impugna la validez constitucional del art. 3 incs. e), f) y g) del Código Electoral Nacional (ley nº 19.945) por resultar contrarios a lo dispuesto en los artículos 1, 16, 18, 19, 28, 33 y 37 de la Constitución Nacional; 10, 11, 13 inc. 3, 7 y 9, 15 y 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en diversas normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Como bien lo señala la actora, el Código Electoral Nacional que se aplica en la Ciudad (CE) forma parte del derecho público local, conforme lo dispuesto por la ley nº 24.588 y lo resuelto por el Tribunal

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

in re "Rojo, Horacio Adolfo s/ amparo", expediente n° 53 49, sentencia del 20/6/2007 y en la Acordada Electoral n° 6/07.

2. Las normas de alcance general cuestionadas por la ADC coartan en forma total el derecho a sufragar —mediante su exclusión del padrón electoral— de aquellas personas que fueran condenadas a pena privativa de la libertad por delitos dolosos, condenadas por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, o sancionadas por la infracción de deserción calificada, durante diversos plazos, no necesariamente coincidentes con el término de la condena:

ARTICULO 3° — **Quiénes están excluidos.** Están excluidos del padrón electoral:

e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena;

f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por 6;

g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción;

3. La ADC sostiene que la exclusión del padrón electoral dispuesta en la regla que impugna es infundada, resulta irrazonable, contraría el principio constitucional de universalidad del voto, y es un exceso de reglamento violatorio del principio de interpretación *pro homine*.

4. Es ineludible, en el marco de esta acción abstracta de inconstitucionalidad, reseñar las disposiciones constitucionales que, en tanto se encuentran afectadas, motivaron la demanda instaurada:

4.1 La **Constitución Nacional** "garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia", y dispone que el sufragio es "universal, igual, secreto y obligatorio" (art. 37). Por su parte, la **Constitución de la Ciudad de Buenos Aires** "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"; a la vez que establece que el sufragio es "libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo" (art. 62).

4.2 Diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional contienen garantías semejantes.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** dispone en su art. 21 (3) que “la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público, esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** prevé que “todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (art. 25).

El art. 2 (1) del mismo instrumento pone a cargo de cada uno de los Estados Partes el compromiso de “respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** el tratamiento es el que sigue: “toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres” (art. XX).

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** garantiza a todos los ciudadanos el derecho de “votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” (art. 23). El segundo inciso de esa norma contiene la siguiente previsión: “la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

5. La reseña precedente muestra de modo indubitable que el sufragio es constitucionalmente universal, igual, libre y obligatorio, y que no puede estar sujeto a restricciones indebidas relacionadas con la condición social de las personas.

En este escenario, no hay más que concluir que las disposiciones impugnadas limitan en forma absoluta e ilegítima un derecho fundamental, al que el constituyente atribuye una importancia tal que su ejercicio es obligatorio. Así, en mi opinión, el art. 3 del CE contiene una restricción prohibida, basada claramente en una condición social como es el *status* de condenado a prisión.

6. No existe, y esto es central, regla o argumento de carácter constitucional que autorice la restricción de derechos realizada por el art. 3 del CE.

6.1 En este sentido, he de destacar que, tal como lo afirma la ADC, “la redacción aparentemente restrictiva del inc. 2 [del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] (...) en modo alguno autoriza a limitar el alcance de los derechos consagrados en otros instrumentos de igual jerarquía o en la propia CN. Mucho menos exige algún tipo de restricción” (fs. 34). La actora destaca con acierto que no es constitucionalmente plausible sostener que la autorización para “reglamentar” derechos implique la posibilidad de restringirlos en forma absoluta, como ocurre con la norma que es objeto de esta acción (art. 28 de la CN y art. 10 de la CCBA). Sostiene que, en realidad, el inciso considerado no hace más que limitar los criterios que autorizan una reglamentación legítima de derechos.

Por su parte, las restantes fuentes reseñadas no contienen preceptos análogos al art. 23 inc. 2° de la CADH, de modo que garantizan el derecho de un modo aún más robusto.

Ante lo expuesto, resulta dirimente la regla de interpretación *pro homine* provista por el art. 29 de la CADH que dispone:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Así lo sostuvieron los *amici curiae* cuando afirmaron que el art. 23 inc. 2 de la CADH “habilita un conjunto de reglamentaciones derivadas de la calidad de condenado y de su internación en un establecimiento penitenciario (v. gr. la restitución transitoria del DNI al solo efecto del acto eleccionario, el acceso bajo cierto orden al sitio de votación, etcétera). La reglamentación no puede consistir en la anulación del derecho reglamentado, sino en disposiciones que posibiliten su ejercicio” (fs. 93).

6.2 En ocasión de contestar demanda, el GCBA sostuvo que “a diferencia de lo que sostiene la actora, la atribución estatal de reglamentar conlleva necesariamente la limitación del ejercicio y goce de los derechos, mediante el dictado de normas razonables y proporcionales al interés general protegido” (fs. 103). Además, explicó que las normas impugnadas no eran más que una normal manifestación del poder de policía estatal, y adujo que el planteo de la actora omitía la consideración del art. 14 de la CN y los arts. 23 inc. 2º, 30 y 32 inc. 2º de la CADH que “contemplan la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio y goce de los derechos que reconocen” (fs. 103 vuelta).

El Gobierno afirmó, también, que “[a]tender a la pretensión de la actora en la cuestión planteada, no es competencia del Poder Judicial y su solución debe buscarse en los otros poderes de estado, ya que, en principio, la restricción del Código Electoral Nacional, efectuando una interpretación integral del ordenamiento jurídico argentino, no aparece arbitraria ni irrazonable” (fs. 104).

Dijo, por fin, que el art. 3 del CE está fundado en “razones objetivas y no se sustenta en un propósito persecutorio hacia personas o grupos determinados” (fs. 104).

Sin embargo, el esfuerzo argumental realizado por el demandado para sostener la legitimidad, en abstracto, de la reglamentación de derechos cuando es acorde a la finalidad que persigue, carece de toda eficacia. Son insuficientes en este sentido manifestaciones como: “[n]o puede desdeñarse que aquellos sujetos que cuentan con condena judicial firme por delitos de tal gravedad que generen su inhabilitación, dado las condiciones propias del encierro, pueden sentirse psicológicamente determinados y/o moralmente obligados a emitir su voto acatando mandatos externos a su propia voluntad”. Esta afirmación expresa un perjuicio descalificador respecto

de quienes están presos, inaceptable en el marco de un Estado democrático de derecho.

Los argumentos relacionados con supuestos impedimentos de carácter práctico para hacer efectivo el derecho al voto de las personas privadas de su libertad —debido a que cumplen su condena en establecimientos localizados en diversos lugares del país— son francamente inatendibles de cara a un derecho fundamental, y de las obligaciones de garantía que la Constitución porteña pone a cargo del Estado local.

6.3 La posición que sustento es coincidente con la del Ministerio Público Fiscal que, en su dictamen, afirmó que no hay “motivo alguno, ni ha sido explicado por el legislador al trazar las limitaciones, que logre conmovir la evidente irracionalidad del nexo entre la negación del derecho al voto y la pena como sanción estatal” (fs. 119).

7. Lo expuesto me lleva a sostener que mientras el bloque de constitucionalidad garantiza un derecho al voto universal, igual, libre y obligatorio, los incisos e), f) y g) del CE —respecto de las personas a las que se refieren— lo cercenan hasta aniquilarlo de modo que implican una limitación irrazonable de un derecho fundamental y una discriminación prohibida por normas constitucionales. Corresponde, entonces, hacer lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por la Asociación por los Derechos Civiles. **Así lo voto.**

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. La “**Asociación por los Derechos Civiles**” (ADC) ha articulado la presente **acción declarativa de inconstitucionalidad** (conf. al art. 113, inc. 2º de la CCABA) *impugnando los incisos “e”, “f” y “g” del art. 3º del Código Electoral Nacional*, vigente al 1º de octubre de 1996, tal cual se aplica como ley local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El cuestionamiento constitucional se ha realizado invocando la actora la pugna entre las **exclusiones electorales** contempladas en los referidos incisos respecto **de quienes han sido objeto de condena penal o sanción infraccional** y los arts. 1º, 10, 11, 13 inc. 7º y 9º, 15 y 64 de la Carta Magna porteña, como los arts. 1º, 16, 18, 19, 23 y 37 de la Constitución Nacional y, asimismo, con diversas regulaciones receptadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que han alcanzado rango constitucional con motivo de la Reforma de 1994, según el art. 75 inc. 22, al afectarse la igualdad, la expresión plena de la soberanía del pueblo, el funcionamiento acabado de la democracia representativa y la universalidad del sufragio.

2. Los preceptos que en esta causa se intentan invalidar, como se anticipó, son los contenidos en el **art. 3º del Código Nacional Electoral**, que ha venido a formar parte de la **regulación local en la materia**, a partir de lo dispuesto en el art. 5º, segundo enunciado, de la Ley Nº 24.588 —Ley de Garantía de los Intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires—, que hace propia la legislación nacional vigente en este ámbito territorial al momento en que comenzó a regir la Constitución de los porteños, esto es el 1º de octubre de 1996. Por tal plexo normativo quedan excluidas del padrón electoral las siguientes personas:

e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena;

f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis;

g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción.

3. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de abordar una cuestión en cierta medida vinculada al tema que hoy nos ocupa en oportunidad de atender los planteos de inconstitucionalidad incoados contra el **artículo 3º inc. d) del Código Nacional Electoral**, en tanto allí también se disponía la exclusión del padrón electoral de: **“Los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”**. En aquella ocasión, se hizo eco en esta instancia de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re: “Emilio Fermín Mignone”* (Fallos: 325:524), sentencia del 9 de abril de 2002, conforme a la cual se estableció: que **la prisión preventiva era una medida cautelar, no punitiva; que el estado de inocencia de las personas que, aunque detenidas, no han sido condenadas en un proceso penal, determinaba que no se pudiera afectar su derecho de sufragio**; que no podía equipararse situaciones diversas, como la de los procesados sin condena y la de aquellos otros condenados; que correspondía confirmar la sentencia de la anterior instancia que ya había decretado la inconstitucionalidad del art. 3º, inc. d) del Código Electoral Nacional, al tiempo que se urgió al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adoptasen las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de voto de los detenidos no condenados dentro del plazo de seis meses. El acatamiento por este Tribunal de la apuntada doctrina dio lugar al dictado de la **Acordada Electoral Nº 6 del 14 de junio de 2007** por la cual dispuso, con alcance general, que para los comicios del 24 de junio de ese año los procesados no condenados

que así lo solicitaran, reunidas determinadas condiciones, y mediante un procedimiento especial, pudieran sufragar. En concreto, hizo aplicación del apuntado temperamento en las causas: "**Rojo, Horacio Adolfo s/ amparo**", Expediente N° 5.349/07, **sentencia del 20 de junio de 2007** (conf. en *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IX, 2007/B, p. 2003 y ss.); y "**Rey, Gustavo y otros s/ amparo**", Expediente N° 5.367/07, **sentencia del 18 de julio de 2007** (conf. en *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IX, 2007/B, p. 2012 y ss.). Igual metodología se implementó por este Estrado mediante la **Acordada Electoral N° 7 del 20 de abril de 2011** para los comicios del 10 de julio y eventual segunda vuelta del 31 de julio, en ambos casos del año 2011, regulándose meticulosamente el procedimiento a tales fines mediante Anexo I.

Corresponde referir que en el Código Electoral Nacional, que rige en el orden federal, y como consecuencia de la sanción de la **Ley N° 25.858** de diciembre de 2003, **se reconoció el derecho de sufragio de los procesados no condenados**, implementando los medios necesarios para su ejercicio, pero sin asignarle carácter obligatorio.

4. En el pensamiento jurídico extranjero como en el de nuestro país, y aquí fuera y dentro de esta causa, se han vertido diversos argumentos en favor y en contra de mantener la exclusión electoral de los detenidos con condena, como de revisar el criterio, lo que se pretende lograr en el ámbito local mediante la presente acción declarativa de inconstitucionalidad. Concretamente en el **ámbito legislativo nacional** mediante el **expediente N° 0992-D2012, trámite parlamentario 011 (16/03/2012)**, promovido por los **diputados Ricardo Rodolfo Gil Lavedra; Margarita Rosa Stolbizer; Marcela Virginia Rodríguez; Oscar Edmundo Nicolás Albreieu; Manuel Garrido; Ricardo Luis Alfonsín; se propició derogar los incisos "e", "f" y "g", del artículo 3° del Código Nacional Electoral**. En sus fundamentos se discurre desarrollando sucesivamente los siguientes ejes de argumentación: i. "La condena penal no es una restricción legítima del derecho a votar"; ii. "La jurisprudencia comparada ya invalida la prohibición absoluta del voto a los condenados"; iii. "La condena penal no puede trascender la restricción de la libertad ambulatoria"; iv. "La finalidad resocializadora de la pena exige no excluir a los condenados de nuestra comunidad"; v. "La participación política de los condenados enriquecerá el debate político"; vi. "La implementación del voto es altamente factible" (<http://www.diputados.gov.ar/>). Es importante destacar que en los fundamentos de la iniciativa, que se encuentra encabezada por un jurista reconocido, como lo es el **Doctor Ricardo Gil Lavedra**, profesor

regular por concurso de la materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ex integrante de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, que juzgó en la Causa 13, originalmente instruida por el Consejo Supremo de la Fuerzas Armadas a las cúpulas militares del último gobierno *de facto*, al propiciarse la derogación de las normas de que se trata, no se argumenta explícitamente sobre su inconstitucionalidad, más aún, allí puede leerse: “*La finalidad de la restricción del voto a las personas privadas de su libertad en nuestra legislación es dudosa y resulta, sobre todo, una rémora de la consideración de ciertos grupos como incapaces de emitir una decisión política válida*”. Todo pareciera indicar, que a partir de tal enfoque, que considera “*dudosa*” la regulación que aquí se cuestiona, se ha entendido que el ámbito propicio para remover tal estado de cosas es el Congreso de la Nación, mediante una ley abrogatoria de la apuntada exclusión del padrón.

Por su parte la iniciativa referida en el párrafo anterior fue complementada mediante el **expediente Nº 8034-D-2012, trámite parlamentario 165 (13/11/2012)**, que en este caso **incorpora las firmas de los diputados María Graciela Ocaña; Eduardo Raúl Costa; Enrique Andrés Vaquie; Olga Inés Brizuela y Doria de Cara; Victoria Analía Donda Pérez; María Luisa Storani; Víctor Maldonado y Juan Pedro Tunessi**, en donde se reiteran los términos del anterior proyecto, modificándose, además, el artículo 3 *bis* del Código Electoral Nacional, por cuanto **respecto de procesados y condenados el proyecto contempla que el sufragio se concibe, al mismo tiempo, como un derecho y un deber**, con lo cual pierde el carácter facultativo que para los procesados no condenados reviste hasta hoy el apuntado derecho político, como consecuencia de la reforma introducida al Código Nacional Electoral mediante la Ley Nº 25.858.

De todos modos, **las iniciativas** referenciadas en los dos párrafos anteriores, más allá de haber sido giradas a las respectivas Comisiones de: “Asuntos Constitucionales”; “Justicia”; y el último de los indicados proyectos también a la de “Legislación Penal”, **no experimentaron avance en su trámite en la Cámara Baja, al no contar con los pertinentes dictámenes**, al menos al momento de elaborar el presente voto. Por otro lado, **el Código Electoral Nacional, desde que fue receptado en el orden local** —esto es el mes de octubre de 1996 con la entrada en vigencia de la Constitución de la Ciudad, en virtud de lo dispuesto por el art. 5º de la Ley Nº 24.588— **ha experimentado sucesivas modificaciones, derogaciones, y agregados, sin que se compruebe que desde el Poder Legislativo o, incluso, desde el**

Poder Ejecutivo (ejercitando su competencia co-legislativa) **se impulsaran** por los integrantes de dichos órganos o magistratura, en su condición de dirigentes políticos representantes del pueblo de la Nación, **modificaciones enderezadas al reconocimiento del derecho político del sufragio respecto de los ciudadanos con condena penal o sanción infraccional**. En tal sentido pueden citarse las sucesivas y numerosas modificaciones al Código Electoral Nacional, operadas con posterioridad a octubre de 1996, y entre ellas, las introducidas por la **Ley Nº 24.904** —que incluso **elimina el inciso c) del art. 3º que excluía del padrón electoral** a “*Los soldados conscriptos de las Fuerzas Armadas y los agentes, gendarmes, marineros o sus equivalentes de las Fuerzas de Seguridad de la Nación y las provincias, como así también los alumnos de los institutos de reclutamiento de todas esas fuerzas, tanto en el orden nacional como provincial*”—; **Ley 25.658** —que adecua a la Reforma Constitucional de 1994 las modalidades de la elección directa por el pueblo de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires de los senadores nacionales—; **Ley Nº 25.858** —que, como se viera, incorpora el artículo 3 *bis* reconociendo el derecho a emitir sus votos a los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva durante el lapso de su detención y que, además, como se verá más adelante, deroga los incisos “d”, “h”, “j” y “k” del art. 3º del Código Electoral Nacional—; **Ley Nº 25.983** —que sustituye la regulación sobre convocatoria y fecha de elecciones—; **Ley Nº 26.744** —que entre otras cosas, arbitra un mecanismo para posibilitar el voto del personal de las fuerzas de seguridad afectados al comicio, regula la constancia a extender por emisión del voto, establece las sanciones por no votar, alude a la justificación administrativa, e instituye el Registro de Infractores al Deber de Votar—; **Ley Nº 26.774** —por la que, dentro de su extenso articulado, dispone que los argentinos que hubieran cumplido **la edad de dieciséis (16) años, gozan de todos los derechos políticos** conforme a la Constitución y a las Leyes de la República, sin perjuicio de establecer que el voto a su respecto no es obligatorio entre los dieciséis y los dieciocho años, al tiempo de introducir abundantes modificaciones al Código Electoral Nacional en los artículos: 1º, 6º, 12, 15, 18, 25, 26, 28, 29, 33, 35, 41, 43, 61, 68, 72, 73, 75, 75 bis, 86, 87, 88, 89, 92, 94, 95, 112, 125, 127 y 137—.

Por la **Ley Nº 25.858** sancionada en diciembre de 2003, como se anticipara, **se eliminaron otras diversas exclusiones del padrón electoral**, no sólo de los procesados no condenados mediante la ya referida incorporación del artículo 3º *bis*, abrogando otros incisos del aludido artículo 3º, del Código Nacional Electoral que **no se proyectan al ordenamiento local** por no conformar el bloque de legalidad vigente en la Ciudad de Buenos Aires a la entrada en vigencia de su

Constitución en octubre de 1996. Así **se derogaron las exclusiones** consignadas en diversos incisos del apuntado artículo, esto es: **“h) Los infractores a las leyes del servicio militar, hasta que hayan cumplido con el recargo que las disposiciones vigentes establecen... j) Los que registren tres sobreseimientos provisionales por delitos que merezcan pena privativa de la libertad superior a tres años, por igual plazo a computarse desde el último sobreseimiento; k) Los que registren tres sobreseimientos provisionales por el delito previsto en el art. 17 de la Ley Nº 12.331 (Ley de Profilaxis y castigo a quienes exploten Casas de Tolerancia), por cinco años a contar del último sobreseimiento. // Las inhabilitaciones de los incisos f) y k) no se harán efectivas si entre el primero y el tercer sobreseimiento hubiesen transcurrido tres y cinco años, respectivamente”** (el agregado entre paréntesis ha sido añadido).

También se pensó en eliminar la exclusión del padrón electoral de los condenados con sentencia firme y a más de tres años de prisión o reclusión, pero mediante una **“reforma legislativa”**, al adoptarse tal criterio en el **“Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal”**, elaborado por una **Comisión** creada a tal fin por el **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación** mediante las **Resoluciones Nº 303/04, 136/05 y 736/06**, coordinada por el entonces Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios Alejandro Walter Slokar, e integrada por David Baigún, Guillermo Jorge Yacobucci, Edmundo S. Hendler, Raúl Miguel Ochoa, Carlos Alberto Chiara Díaz, Alejandro Tizón, Gustavo Raúl Ferreyra, Edgardo Alberto Donna (luego suplantado por Daniel Aníbal Erbetta), Enrique García Vitor (después sustituido por Javier Augusto De Luca), y Gabriel Di Matteo.

5. Con carácter preliminar es menester reconocer que se advierte de un tiempo a esta parte un conjunto de **pronunciamientos jurisdiccionales**, algunos de ellos provenientes de **Estrados Internacionales** a cargo de la aplicación de Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, y otros de las **máximas instancias judiciales de algunos países** que con mayor o menor extensión han venido a reconocer el derecho de los condenados detenidos al ejercicio del derecho político del sufragio.

En tal línea de resoluciones se encuentran los pronunciamientos emanados del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)** de Estrasburgo aplicando el **“Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”** del 4 de noviembre de 1950. Dentro de esta familia de decisiones se

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

encuentran las recaídas en los casos: a) “**Hirst v. Gran Bretaña**”, causa N° 74.025/01 con sentencia del 6 de octubre de 2005 (conf. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70442>); b) “**Frodl v. Austria**”, causa 20.201/04 con sentencia del 8 de abril de 2010 (conf. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-98132>); y c) “**Scoppola v. Italia**”, causa 126/05 con sentencia del 22 de mayo de 2012 (conf. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111044>).

El criterio general sostenido enfatizó que cualquier restricción de los derechos electorales debe tener un fundamento legítimo y que una prohibición absoluta para todo condenado en cualquier circunstancia excedía el margen de apreciación aceptable que poseía el Estado, sin perjuicio de **admitir la posibilidad de fijar límites para los derechos electorales**, pero no inhabilitaciones incondicionales de carácter general, decisiones que debían ser adoptadas por un juez teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

También se inscriben en idéntica tendencia los pronunciamientos de la **Suprema Corte de Israel** en el caso: “**Hilla Alrai v. Minister of Interior**” fallado en el año **1996**, en donde el Alto Tribunal se negó a revocar la ciudadanía al condenado Yigal Amir para castigarlo, a pesar de haber cometido un delito violento, mortal y de sensibles efectos políticos —el asesinato del Primer Ministro y artífice de los Tratados de Paz con los árabes Isaac Rabin— aclarando que debía separar el contenido de su acto reprochable, respecto de sus restantes derechos, al entender que la sociedad ya había castigado al imputado al ponerlo en la cárcel y que suspender su derecho al sufragio no perjudicaría al condenado sino a la Democracia Israelí misma (citado por Antonio Márquez Aguilar en “*Mundos aparte: las leyes sobre suspensión del derecho al sufragio en las Cortes Supremas*”, conf. http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/ponencias/alec_ewald.pdf); la decisión de la **Corte Suprema Canadiense** en el caso: “**Sauvé v. Canadá**” (Chief Electoral Officer), 2002 SCC 68, sentencia del 31 de octubre de **2002**, obligando al Estado a demostrar que toda restricción respondía a un fin constitucional válido y que los medios empleados para alcanzarlo eran razonables y proporcionados (conf. <http://csc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/2010/index.do>); de la **Corte Constitucional de Sudáfrica** en la causa CCT 03/07, “**Minister of Home Affairs vs. National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO)**”, sentencia del 3 de marzo de **2004**, donde se afirmó que no se había probado que el levantamiento de la restricción implicara privilegiar a los condenados por sobre otras personas con dificultades para votar agregando que por ende, no cabía presumir que tal política importara un excesivo aumento de los gastos (conf.

<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.pdf>); y de la **Sala Superior del Tribunal Electoral de los Estados Unidos Mexicanos**, Expediente SUP-JDC-20/2007, en la causa "**Omar Hernández Caballero**", sentencia del 28 de febrero de 2007 (conf. http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Serie_comentarios/30_SUP-JDC-20-2007.pdf), por la cual se resolvió que la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores entregara al actor en el plazo máximo de 15 días a partir de la notificación, su credencial para votar con identificación fotográfica, teniendo en cuenta que el interesado se encontraba en un *régimen penal de preliberación, en el cual podía ejercitar sus derechos político-electorales*, ya que su situación no implicaba estar sujeto a pena corporal ni encuadrar en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 38 de la Constitución Mexicana, de suspensión de los derechos ciudadanos.

6. En la República Argentina han existido diversos pronunciamientos de las instancias de mérito en las cuales se ha reconocido el derecho al voto en el caso de presos con condena. Así se pronunció la *Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sala II*, en el expediente 6.574 caratulado "**García de la Mata, Ángel María s/ su presentación**", sentencia del 22 de octubre de 2011, bajo la firma de los magistrados Leopoldo Héctor Schiffrin y César Álvarez, oportunidad en la cual se decidió con fundamento en los artículos 18 y 37 de la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, declarar la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 2º del Código Penal y del artículo 3º inciso e) del Código Electoral Nacional (Ley Nº 19.945), estableciendo a la vez la obligación de las autoridades electorales de emplear los medios para que Ángel María García de la Mata ejercite, en el establecimiento donde se halle detenido, su derecho al sufragio. Cobra relevancia el tener en cuenta que el Tribunal, más allá de que el planteo se hubiera articulado como un *habeas corpus*, lo encuadró procesalmente en el artículo 10 del Código Nacional Electoral, en el cual se dispone: "**Amparo del Elector. El elector que se considera afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad, o privado del ejercicio del sufragio, podrá solicitar amparo por sí, o por medio de cualquier persona en su nombre, por escrito o verbalmente, denunciando el hecho o al juez electoral o al magistrado más próximo o a cualquier funcionario nacional o provincial, quienes estarán obligados a adoptar urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento, si fuere ilegal o arbitrario**" (el énfasis añadido en negrita no obra en el texto original). También se hizo mérito que el artículo 147 del mismo plexo normativo

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia."

—esto es el Código Electoral Nacional— establece, en lo esencial, que la sustanciación de las acciones de amparo electoral será verbal y con resolución inmediata. Finalmente se tuvo en cuenta, que tanto la intervención en la anterior instancia denegando la petición por el Juez Federal de Lomas de Zamora, como de dicha alzada —Cámara Federal de La Plata—, se veía justificada ya que la competencia para este tipo de acciones, si bien se asignaba al juez electoral o al magistrado más próximo, también permitía intervenir a cualquier funcionario nacional o provincial, quienes estarían obligados a adoptar urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento (conf. <http://igualitaria.org/camara-federal-de-la-plata-declara-inconstitucional-prohibicion-del-voto-a-condenados/>). Por su parte, el *Juez de Ejecución Penal de Sentencia de la Ciudad de Santa Fe, Provincia del mismo nombre*, Alejandro Tizón, en la causa caratulada: “**Leiva Oscar Víctor s/ Habeas Corpus Correctivo vinculado al derecho de voto**”, mediante pronunciamiento de 1º de marzo de 2011, dio curso favorable al planteo presentado por un condenado detenido, para poder sufragar, y declaró la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 2 del Código Penal, por ser contraria a las previsiones contenidas en los artículos 16, 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” art. XXVI; “Declaración Universal de Derechos Humanos” art. 4º y 5º; “Convención Americana sobre Derechos Humanos” art. 5º, ap. 2º y art. 6º, ap. 1º; “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” art. 16; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo” arts. 7º y 8º, ap. 3º; y por afectación a los principios básicos de la Ley Nº 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, en donde se establece que la efectivización de la misma no debe conducir a discriminación alguna y debe hacerse con el debido respeto de la dignidad humana de los condenados y el rechazo enfático a todo otro tipo de conculcación de derechos de los privados de la libertad (v. art. Leonardo Filippini y Felicitas Rossi: “Nuevos Aportes para el Reconocimiento del Derecho al Voto de las Personas Condenadas”, en “*Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*”, Año 13, Nº 1, Buenos Aires, diciembre del 2012, ps. 283 y ss., autores que a su vez son los letrados patrocinantes de la Asociación por Derechos Civiles que han promovido la presente acción declarativa de inconstitucionalidad). Es importante tener en cuenta que, en este caso, la intervención estuvo a cargo de un **Juzgado de Ejecución Penal de Sentencia**, previsto en la organización del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, y que la vía procesal por la cual el magistrado se entendió competente para intervenir fue la del “**Habeas Corpus Correctivo**”, al reputarse respaldado en su actuación por el **artículo**

43, tercer párrafo, de la Constitución Nacional reformada en 1994, que predica que tal herramienta procesal es utilizable, incluso, **“en el caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención”**, derivadas en dicha oportunidad, del desconocimiento que se denunciaba de los derechos políticos electorales del condenado. Reforzó su argumentación el juez interviniente en que, estaba habilitado para conocer, tomando en cuenta que el artículo 3º de la Ley Nº 24.660 —Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad—, le otorgaba competencia, por cuanto: *“La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”*. Finalmente, el juez Gabriel Vitale a cargo del *Juzgado de Garantías Nº 8 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires*, en el Expediente Nº 00-016113-11, causa seguida al condenado **“Edgardo Emanuel Miño”**, sentencia del 20 de octubre de 2011, también se pronunció por la inconstitucionalidad de las normas que impiden el sufragio de los condenados de la Ley Electoral Nº 5.109 de la Provincia de Buenos Aires, del Código Nacional Electoral, y del Código Penal, manteniendo el derecho al sufragio del condenado Edgardo Manuel Miño incluido en los padrones definitivos, compeliendo a las autoridades de Seguridad para arbitrar las medidas necesarias para que el condenado pudiera ejercer sus derechos políticos el 23 de octubre de 2011, agregando las notificaciones respectivas un profuso número de oficios acompañando copia de la sentencia a las más variadas autoridades provinciales y nacionales y a los poderes públicos y asociaciones civiles. No está de más agregar que Edgardo Emanuel Miño al ser notificado, en audiencia el 2 de mayo de 2011 de la sentencia por la que la Cámara de Apelaciones y Garantías lo condenara a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias, legales y costas, por haber sido autor penalmente responsable de los delitos que se le imputaban, manifestó su voluntad de ejercer el derecho al sufragio universal, secreto y obligatorio en las elecciones previstas poco tiempo después, lo que dio lugar a que las actuaciones fueran devueltas al Juzgado de Garantías para que se pronunciara sobre tal petición (conf. [www.adc.org.ar /download.php?fileid=647](http://www.adc.org.ar/download.php?fileid=647)).

7. *Este Estrado* ya ha tenido oportunidad de atender un planteo semejante, justamente, articulado por la aquí accionante en la causa: **“Asociación por los Derechos Civiles s/ amparo”**, Expediente Nº 8.179, en el cual en un amparo colectivo contra el Gobierno de la

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

Ciudad de Buenos Aires en los términos de los artículos 14 y 113 inc. 6º de la Constitución local, art. 43 de la Constitución Nacional y concordantes de la Ley de la Ciudad N° 2.145 se planteó la ilegal restricción del voto de las personas condenadas y sancionadas de acuerdo a las previsiones contenidas en los incisos “e”, “f” y “g” del Código Electoral Nacional y los artículos 12 y 19 del Código Penal de la Nación, respecto de los comicios que habrían de celebrarse el 10 de julio de 2011, alegándose la contradicción de tales preceptos con diversos artículos de la Constitución porteña, de la Carta Magna Argentina y de las previsiones contenidas en distintos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. En dicha causa se dictó *sentencia* el 7 de julio de 2011 rechazándose la acción de amparo in limine. En el voto del Presidente del Tribunal, y juez de trámite, se fundamentó la decisión en los siguientes términos: *“En primer lugar porque, en lo que hace al planteo relacionado con la elección del próximo 10 de julio, el Código Electoral prevé un plazo para realizar reclamos por exclusión del padrón (art. 27) que se encuentra ampliamente vencido y que no ha sido tachado de inconstitucional por la actora. Es obvio, que para votar es necesario estar en el padrón, razón por la cual este impedimento es un óbice insalvable para la articulación de esta demanda en la oportunidad escogida a ese fin. // En segundo lugar, porque en relación a elecciones posteriores —amén de que aún siendo locales no siempre quedan bajo la competencia del Tribunal en virtud de la simultaneidad prevista por la Ley N° 15.262 y la doctrina de la CSJN in re: “Partido Justicialista” (Fallos: 326:1481)—, desaparece el requisito de actualidad e inminencia necesarios para que proceda la vía elegida. // En tercer lugar, porque la importancia del tema torna aconsejable, en ausencia de premura por lo apuntado más arriba, un debate pleno incompatible con la vía escogida”*.

En dicha oportunidad al adherir al voto antecedente añadí: *“Por lo demás, cabe apuntar que el asunto traído a conocimiento del Tribunal tampoco puede reconducirse como una acción declarativa de inconstitucionalidad según las previsiones del art. 113 inc. 2º de la Constitución de la Ciudad, por encontrarse incluidas en el planteo normas nacionales”*.

Vista la cuestión que aquí se debate desde otra óptica, el artículo 12 del Código Penal contempla para los condenados a pena de reclusión y prisión por más de tres años la inhabilitación absoluta, lo que implica la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, quedando el penado sujeto a la curatela establecida en el Código Civil para los incapaces.

Sobre este último aspecto se registran distintos pronunciamientos judiciales en los cuales a partir del *“control de constitucionalidad”* y del

“control de convencionalidad” se ha invalidado dicha norma. Así lo ha declarado el Juez de Ejecución Penal Nº 10 de General Roca, Provincia de Río Negro, Juan Pablo Chirinos, el 7 de abril de 2011, en el incidente caratulado “Defensor Particular Dr. Jorge Crespo s/ Planteo de Inconstitucionalidad” en la causa: “Reguera, Fernando Ángel”, Expediente Nº 390. El magistrado interviniente entendió que el hecho de que un sujeto esté privado de su libertad no importa que esté fácticamente imposibilitado de realizar los actos para los cuales el artículo 12 del Código Penal lo incapacita, toma en cuenta que en los hechos los internos cuentan con dineros mínimos, pero fondos al fin, para compras de menor cuantía e, incluso, la regulación del trabajo penitenciario reserva una parte de los emolumentos del interno para su “fondo disponible”, y nadie duda que dentro del penal y durante las salidas transitorias puedan realizar transacciones comerciales habituales. Añade que en su rol de progenitores se los autoriza para reconocer la paternidad de sus hijos, se les permite la asistencia a eventos escolares, y se los autoriza para anotar a niños en determinados establecimientos educativos. Atendiendo a la descripción de tales hechos, los mismos marcarían un divorcio entre las previsiones normativas contenidas en el artículo 12 del Código Penal —que se habría entendido inspirado en “proteger al interno”—, y las prácticas efectivas antes descriptas, argumenta que en concreto, tal tutela no sería necesaria y contravendría disposiciones contenidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”; “Convención Americana sobre Derechos Humanos”; “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Organización de las Naciones Unidas” de 1957; como así también las directivas que extrae del artículo 18 de la Constitución Nacional, con lo cual *ex officio* se pronunció por la inconstitucionalidad del mencionado artículo del Código de fondo, con el alcance que se ha señalado precedentemente.

En la sentencia referida en el párrafo anterior se da cuenta que otros tribunales de nuestro país se habrían expedido con igual alcance, citando: el Tribunal Oral de Necochea, Provincia de Buenos Aires, en autos: “Sorensen, Carlos Aberto s/ homicidio”, sentencia del 18 de diciembre de 2002; la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, Sala III, en autos: “R., E. O. y S., J. E. s/ Homicidio Calificado”, sentencia del 23 de marzo de 2006; y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, en autos: “Miguel Sotelo”, sentencia del 10 de abril de 2006.

Por su parte, también considerando el artículo 12 del Código Penal en lo tocante a la suspensión de la patria potestad y a la

incapacidad de administrar y disponer de los bienes, la Defensoría General de la Nación por Resolución N° 1.597 del 10 de diciembre de 2012, suscripta por su titular Stella Maris Martínez, ha recomendado a los Defensores Públicos con competencia penal para que arbitren los medios necesarios para evitar la aplicación genérica y automática del aludido precepto en los aspectos anteriormente referidos (conf. <http://www.mpd.gov.ar/area/index/titulo/defensora-general-de-la-nacion-41#>). En lo tocante a la patria potestad, además de hacerse una referencia genérica a distintos instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se hace particular hincapié en la “*Convención sobre los Derechos del Niño*”, y particularmente en sus principios rectores que resaltan “*el interés superior del niño*” (art. 31.1 de la Convención) y, “*el derecho del niño a ser oído*” en todo procedimiento judicial que pudiese afectarlo (art. 12 de la Convención), que requieren tener en cuenta su opinión, por cuanto difícilmente pueda determinarse cuál es aquel interés superior, sin haberlo oído. También en dicho escenario, recuerda que por el artículo 195 de la Ley N° 24.660 —Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad— se permite a las mujeres encarceladas que permanezcan con sus hijos menores de 4 años en los establecimientos penitenciarios, lo que demostraría que la mujer que provee al cuidado y atención de los hijos, difícilmente es ajena al ejercicio concreto de la patria potestad.

De todos modos, las consideraciones y referencias desarrolladas en los cuatro párrafos que anteceden, si bien en algún sentido pueden modularse con la exclusión del padrón electoral y la suspensión provisoria del derecho de sufragio de los condenados, están referidas a supuestos diferentes, como son la incapacidad de hecho que contempla el Código Penal de los penados para contratar y disponer sus bienes, como de la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

8. La acción declarativa de inconstitucionalidad bajo tratamiento se sustenta en la interpretación que se realiza de un plexo de normas constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, junto con una serie de argumentaciones complementarias que abarcan, tanto el alcance que debe dársele a una democracia ampliamente participativa, a la universalización del sufragio y a los principios que, en el criterio de la impugnante, deben inspirar toda política criminal.

8.1. Desde el punto de vista estrictamente constitucional se argumenta sobre la base de diversos principios, derechos y garantías contenidos en la **Constitución local** y en la **Carta Magna federal**.

Respecto de la Constitución porteña se invoca: la adopción de la democracia participativa y de la forma republicana y

representativa de gobierno (**art. 1º**); que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos (**art. 10**); que todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley y que la Ciudad debe promover la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (**art. 11**); que los funcionarios deben atender estrictamente a los principios de legalidad, determinación y proporcionalidad (**art. 13 inc. 3º**), asegurando a todo detenido la integridad psíquica, física y moral (**art. 13 inc. 7º**), y que se erradica de la legislación de la Ciudad toda norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos (**art. 13 incs. 9º**); que se consagra la acción de *habeas corpus* frente al agravamiento ilegítimo, la forma o condiciones de detención (**art. 15**); y que la Ciudad garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, conforme a los principios republicano, democrático y representativo, consagrando que el sufragio es libre, igual, secreto, universal, obligatorio y no acumulativo (**art. 62**).

Respecto de la Constitución Nacional se alega: que ha adoptado como forma de gobierno la representativa y republicana, partiendo de la premisa de que toda autoridad proviene del pueblo y de la elección que éste hace de sus representantes (**art. 1º**); que es un valor superlativo la igualdad ante la ley (**art. 16**); que postula que *“las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que lo autorice”* (**art. 18 in fine**); que los principios de legalidad y libertad inspiran todo el instrumento político (**art. 19**); que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (**art. 28**); que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (**art. 33**); y que la Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en su consecuencia, consagrando que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio (**art. 37**).

8.2. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se hace mención de distintos Instrumentos que han adquirido rango constitucional como consecuencia de la Reforma de nuestra Ley Fundamental en 1994, art. 75 inc. 22.

Aquí corresponde referir a la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Por la misma se ha venido a establecer:

“Art. 21: 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que se habrán de celebrar periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

También cobra interés como fundamento de la pretensión el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, instrumento en el cual se establece:

“Art. 25: Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 (en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social), y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

´a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes libremente elegidos;

´b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

´c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (el agregado entre paréntesis recogido del art. 2º del Pacto, no obra en el texto original del artículo 25 y ha sido incorporado en la formulación del precepto, para dotarlo, de modo autónomo, de completividad).

Finalmente se invoca la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. En dicho Instrumento Internacional se vino a disponer en materia de Derechos Políticos:

“Art. 23: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

´a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

´b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

´c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país.

´2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Se alega, asimismo, la pertinencia en el caso de las previsiones contenidas en el apuntado Instrumento Internacional cuando para su hermenéutica se dispone:

“Art. 29: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en sentido de:

´a) permitir a alguno de los Estados partes, grupos o personas, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

´b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención de la que sea parte uno de dichos Estados.

´c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

´d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Correlativamente sobre el alcance de las restricciones que pueda establecer el derecho positivo en los distintos países que adopten la Convención, en el Instrumento se deja establecido:

“Art. 30: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

8.3. Desde otra perspectiva se alega, asimismo, que las disposiciones contenidas en el artículo 3º, incisos “e”, “f” y “g” del Código Electoral Nacional no superarían un escrutinio de constitucionalidad, por no estar inspiradas en la prosecución de un fin

legítimo y que la sanción de las mismas, se concretó mediante la Ley Nº 19.945 durante el *gobierno de facto* del General Alejandro Agustín Lanusse, lo que generaría una razonable duda sobre su validez.

8.4. Se señala, como **primer fundamento**, que **el derecho federal de rango constitucional no autorizaría restricciones a la universalidad del voto y que tampoco haría lo propio la CCABA**. A tal efecto se invocan el artículo 37 de la Constitución Nacional y el artículo 62 de la Constitución porteña que garantizan los derechos políticos y consagran como caracteres del sufragio, su emisión secreta, la libertad, la igualdad, la universalidad, la obligatoriedad, y la no acumulación.

Las disposiciones constitucionales son glosadas con citas de Juan Bautista Alberdi, Carlos Sánchez Viamonte, regulaciones internacionales y pronunciamientos judiciales.

8.5. En **segundo término**, se apunta que **el Derecho federal y la CCABA exigirían, cuanto menos, un examen riguroso de las restricciones legales al ejercicio de derechos**, con mención del pensamiento de calificados autores nacionales, como Germán Bidart Campos y María Angélica Gelli, haciendo hincapié en los artículos 19 y 28 de la Constitución Nacional, añadiendo que toda reglamentación encuentra un límite preciso en la razonabilidad, en la proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido y en la preservación de la sustancialidad de los derechos. También en este punto se trae en auxilio del planteo de inconstitucionalidad diversos pronunciamientos judiciales, incluso de este mismo Estrado, y de opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

8.6. Como **tercer fundamento**, se acota que **las restricciones impuestas por el Código Electoral Nacional, no superarían el escrutinio que exige el Derecho federal de rango constitucional y la CCABA**, señalando que **las exclusiones** dispuestas en los distintos incisos del art. 3º de dicho plexo **no perseguirían un fin legítimo** y que **los antecedentes parlamentarios** de la Ley Nº 19.945, **tampoco aportarían argumentos decisivos** para el recorte de los derechos, agregando que el impedimento electoral posiblemente subsista, más por la atmósfera de exclusión de derechos y marginalidad que todavía rodea al muro penitenciario, a pesar que hasta hoy no se ha dado un debate elevado sobre la cuestión, en donde los afectados, o quienes defiendan sus derechos, hayan tenido oportunidad de hacer oír su voz.

Se aspira a consolidar esta tacha con el respaldo de diversos pronunciamientos de tribunales constitucionales, e incluso, con los principios liminares que inspiran **la Ley Nº 24.660 de Ejecución de la**

Pena Privativa de la Libertad, al prescribirse en la misma que **tal castigo**, en todas sus modalidades de ejecución, **tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social** y promover la comprensión y el apoyo de la sociedad, todo ello en consonancia con el mandato constitucional de readaptación social de los condenados.

También se argumenta sobre la base de las prescripciones contenidas en la Constitución porteña cuando en su artículo 13 consagra específicamente el principio de **proporcionalidad de la pena, la erradicación de la peligrosidad sin delito** o de cualquier manifestación del **Derecho Penal de autor**.

Igualmente se agrega que se afectaría, a partir de esta discriminación en los derechos políticos, el **reconocimiento de la igual dignidad de todos los hombres**, y de la **igualdad en derechos**, sobre todo cuando se priva de modo genérico a todos los condenados de su derecho a sufragar.

Por lo demás, se aduce que tales políticas conspirarían con la **finalidad resocializadora de la pena** que apunta a la reinserción de los condenados, de la mejor manera posible, en el seno de la sociedad. Pareciera, de acuerdo a este enfoque, que la participación de los condenados en el debate político y la expresión libre de las ideas contribuiría a no desmembrar la comunidad, dando pleno cumplimiento al mandato constitucional previsto en el enunciado final del artículo 29 de nuestra Carta Magna.

8.7. Como **cuarto fundamento**, se indica que **las restricciones de la Ley Electoral debilitarían la democracia**, por cuanto sería menester extender la universalidad del voto hasta sus últimas consecuencias para consagrar en plenitud el principio de la soberanía popular, sobre todo cuando los modelos constitucionales contemporáneos han tendido a expandir fuertemente el universo de personas que tienen derecho a participar en las votaciones y elecciones, como modo de reafirmar el principio de autogobierno a través de la ley convirtiéndola, cabalmente, en la expresión de la voluntad general.

8.8. El **quinto fundamento** —si bien en la pieza procesal a partir de la cual se articula la acción declarativa de inconstitucionalidad (fs. 28 a 51), se omite la enumeración de una quinta impugnación a las disposiciones legales que se cuestionan, y se pasa a enumerar la que aquí se refiere como vi—, apunta a que **el régimen electoral vigente discriminaría a un grupo vulnerable y la “condición de**

condenado”, que en general se concreta en los sectores económica y socialmente relegados, sería una “categoría sospechosa”, que afectaría el principio de igualdad con pleno reconocimiento en el Derecho Constitucional Argentino y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se remarca, argumentando que la condena penal ubica inexorablemente a una persona en situación de vulnerabilidad, con las consecuencias gravísimas que de ello se derivarían, al intensificar tal situación al privar a los condenados del voto, estigmatizándolos, sobre todo si se tiene en cuenta que esa condena a pena corporal es de cumplimiento efectivo en una cárcel argentina, lo que agravaría la “cuestionable selectividad del sistema penal”, con cita del catedrático Eugenio Raúl Zaffaroni y un voto en este Estrado respecto de los detenidos en prisión preventiva, de mi ex colega el Juez doctor Julio B. J. Maier.

Se agrega, en la acción declarativa, en este punto, que *“incluso de existir alguna finalidad plausible, de todos modos, la vía de una prohibición genérica es totalmente desproporcionada y lesiva al principio de culpabilidad de acto”* (fs. 45 vta.).

8.9. El sexto fundamento enfatiza que **la ampliación de la base electoral se inscribiría en una tradición valiosa a partir de la evolución histórica que ha tenido el derecho de sufragio en nuestro país.** Se argumenta, a partir de las prácticas electorales incipientes de la República Argentina en el siglo XIX, reguladas en su etapa inaugural por la **Ley N° 140**, sancionada el 16 de septiembre de **1857**, que contenía prescripciones sobre las Secciones Electorales, el Registro Cívico, las boletas de calificación, las asambleas electorales, y otros aspectos relativos a los comicios, se estableció por el artículo 24 como deberes de las autoridades de las mesas escrutadoras *“recibir el voto de los mismos sufragantes, sean verbales o escritos”*, agregando que *“en el primer caso se repetirán por los sufragantes en alta voz, y en el segundo, en la misma forma, por alguno de los escrutadores”*, con lo cual, se instituía el **“voto cantado”**, sobre la base de un **“registro o padrón de inscripción voluntaria”** y por lo tanto **incompleto**, lo que acotaba el universo de votantes, además de condicionar el sufragio al no ser secreto. Se pasa luego revista, a los **avances que significó la sanción de la Ley N° 8.871** —conocida como “Ley Sáenz Peña”, en homenaje al Presidente de la Nación que la impulsara—, aprobada el 10 de febrero de **1912** (esto es hace más de un siglo), que **estableció el deber del voto, convirtiéndolo en obligatorio y secreto, extensivo a todos los ciudadanos varones nativos y naturalizados desde los 18 años de edad, matriculados para el cumplimiento de la Ley de Servicio Militar Obligatorio.** Continúa, marcando como nuevo hito, la **Ley N° 13.010** (del año **1947**) de **inclusión electoral de**

las mujeres al extenderles los derechos cívicos. Se detiene más adelante en la **Ley Nº 24.007** (del año **1991**), que implementó, en el orden nacional, el **voto de los ciudadanos argentinos en el exterior**. Y finalmente, hace mérito de la **Ley Nº 25.858**, que amplió —como ya se ha visto en el orden nacional—, el **derecho a voto de los procesados no condenados bajo prisión preventiva**.

También destaca el accionante, en este aspecto, el **reconocimiento** que brinda la **Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** a los **extranjeros residentes** para participar en las elecciones locales **previa inscripción en el Registro Especial** llevado al efecto, a tenor del artículo 64 de la Carta Magna porteña y en los términos de la Ley local Nº 334 (del año 2000).

En el sentido antes apuntado, en la demanda se argumenta que la participación política de los condenados enriquecería el debate político aportando la visión de quienes sufren la máxima restricción que un Estado de Derecho puede imponer, esto es, la privación de la libertad ambulatoria, con lo cual adquiriría, incluso, mayor dimensión el autogobierno y la democracia representativa.

Desde la misma perspectiva se ha sostenido que anestesiar o **suspender provisoriamente la participación ciudadana, interrumpiendo, aunque no sea más que temporalmente, el ejercicio de los derechos políticos durante el cumplimiento de la condena penal, conduciría, incluso, a una anemia de la representatividad de los gobernantes**, ya que la privación de la calidad ciudadana a un determinado colectivo, ofendería, no solamente a la dignidad de los excluidos, sino que debilitaría la legitimación democrática de los gobernantes elegidos en las urnas.

8.10. Como medio de apuntalar los fundamentos antedichos de la accionante, se aportan precedentes jurisprudenciales que se reseñan en **séptimo término** —si bien en este caso se altera nuevamente el orden argumentativo seguido en la pieza procesal con la que se impulsa la acción declarativa, al consignarse estos puntos bajo los números vi y vii— consistentes en **los fallos dictados en nuestro país declarando la inconstitucionalidad de la restricción impugnada, como los emitidos en el exterior, cuyo común denominador sería contener un pronunciamiento adverso a la razonabilidad de la restricción que se impugna, al menos cuando asume carácter general**, todo lo cual no hace más que pasar revista, con algunas matizaciones, a las sentencias que ya se enunciaron, en los puntos 5 y 6 de este voto, si bien se las ha desarrollado, metodológicamente, siguiendo un orden distinto.

9. Los principales fundamentos tradicionales esgrimidos en materia electoral para suspender el derecho a voto de los condenados con pena corporal, con la salvedad de que su enumeración no importa que el suscripto los comparta.

Los principales fundamentos para suspender el ejercicio del derecho político del sufragio de los condenados —argumentos, **algunos de ellos desarrollados en el escrito de responde a la acción declarativa de inconstitucionalidad opuesto por la Procuración General de la Ciudad**—, sucintamente, pueden agruparse como seguidamente se enuncian:

9.1. La Ley “Sáenz Peña” y las exclusiones del padrón electoral por razones de “presunta indignidad”.

La propia **Ley Nº 8.871 —Ley General de Elecciones o “Ley Sáenz Peña”**—, como queda dicho aprobada el 10 de febrero de 1912, por su artículo 1º consignó: *“Son electores nacionales los ciudadanos nativos y los naturalizados desde los 18 años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral”*.

La referida norma tenía una larga enumeración en el **artículo 2º** de los **excluidos del padrón electoral** agrupándolos en aquellos que se encontraban en tal situación, **en razón de incapacidad** —los dementes declarados en juicio, los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito—; **en razón de su estado o condición** —los eclesiásticos regulares; los soldados, cabos y sargentos del ejército permanente y armada; y agentes o gendarmes de policía; los detenidos por juez competente mientras no recuperen su libertad; y los dementes y mendigos, mientras estén reclusos en asilos públicos y en general, todos los que se hallen asilados en hospitales públicos o estén habitualmente a cargo de congregaciones de caridad—; **y finalmente** en el inciso 3º, se consignaba **por razón de indignidad**: **“a) Los reincidentes condenados por delito contra la propiedad, durante cinco años después de cumplida la sentencia; // b) Los penados por falso testimonio o por delitos electorales durante 5 años; // c) Los que hubieran sido declarados por autoridad competente, incapaces de desempeñar funciones políticas; // d) Los quebrados fraudulentos hasta su rehabilitación; // e) Los que hubiesen sido privados de la tutela o curatela, por defraudación de los bienes del menor o del incapaz mientras no restituyan lo adeudado; // f) Todos aquellos que se hallen bajo la vigencia de una pena temporal, hasta que esta sea cumplida; // g) Los que hubiesen eludido las leyes sobre el servicio militar, hasta que hayan cumplido la pena que les corresponde; // h) Los que hubieran sido excluidos del ejército**

con pena de degradación o por deserción, hasta 10 años después de la condena; // i) Los deudores por apropiación o defraudación de caudales públicos, mientras no satisfagan su deuda; j) Los dueños y gerentes de prostíbulos” (lo resaltado en negrita ha sido añadido).

Como se viera resulta de la regulación antecedente que las exclusiones obedecían a tres causales, en razón de incapacidad, en vista al estado y condición del sujeto o por indignidad.

Entendida la “**indignidad**” como **ausencia de mérito o condición para merecer algo —en este caso ser elector—**, más allá que pudiera entenderse, que **si bien todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, tal calidad o atribución podría suspenderse o perderse por el comportamiento del sujeto**, y ésta pareciera ser la idea que inspiró a las exclusiones del padrón electoral contempladas por el Congreso en 1812 al sancionarse la “Ley Sáenz Peña”.

9.2. La comisión de delitos reprimidos con pena corporal importaría un quebrantamiento grave por parte de los reprochados penalmente del “contrato social”, tal cual lo concibiera, entre otras, la Constitución de la Federación de México de 1917.

Desde el **punto de vista de la filosofía política** una importante corriente del pensamiento, ha sostenido, particularmente a partir de los siglos xvii y xviii, que la **organización de los pueblos civilizados** encuentra su fuente en un **acuerdo real o hipotético, denominado “contrato social”** en virtud del cual, alumbra la autoridad en el Estado. Así lo entendieron, principalmente, entre otros, **Thomas Hobbes** (1588-1679), para quien en el “*Leviatán*” (1651), los hombres al salir del estado de naturaleza cedían los derechos individuales a un soberano fuerte a cambio de protección; **John Locke** (1632-1704), el que en su “*Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*” (1690), conceptualiza que los hombres deben admitir una autoridad para que dirima los conflictos que puedan suscitarse entre los miembros de la sociedad civil, a la cual facultan para que frente al choque de los intereses individuales defina qué debe hacerse; y **Jean-Jacques Rousseau** (1712-1778), quien en “*El Contrato Social*” (1762), entiende que los hombres de modo voluntario renuncian a un estado natural de libertad e inocencia para someterse a las reglas de la sociedad, a cambio de los beneficios mayores inherentes a la interacción de la comunidad en su conjunto.

En el siglo xx las ideas precedentes son retomadas por algunos pensadores en el campo de la filosofía, la ética y la justicia que se los engloba como **neocontractualistas**. Dentro de ellos encontramos al estadounidense **John Rawls** (1921-2002), quien en su libro “*La Teoría*

de la Justicia” (1971) parte de la idea conforme a la cual todos los ciudadanos desde una hipotética posición original dejan de lado sus capacidades y preferencias individuales para ponerse de acuerdo con la idea de justicia como equidad que reconcilia los principios de libertad e igualdad, dando lugar al “consenso superpuesto” en donde sobre los asuntos básicos los ciudadanos que tienen sus propios objetivos racionales se muestran dispuestos a proponer términos justos que esperan razonablemente acepten los demás, de manera de que todos puedan beneficiarse o mejorar. Tal concepción, con distintos matices, también se hace presente en otros autores como el alemán **Jürgen Habermas**, nacido en 1929 quien predica una filosofía práctica, en el cual se concilian la ética, la filosofía política y el derecho para dar lugar a una democracia deliberativa, o el canadiense-estadounidense **David Gauthier** nacido en 1932 quien en su libro “*La moral por acuerdo*” (1986), propicia que las personas deberían adoptar la actitud moral para ampliar la realización de sus objetivos.

A partir de las premisas señaladas en los párrafos precedentes **quienes rompen los términos del contrato perderían las calidades necesarias para participar en la toma de decisiones comunitarias**, entendiendo que **tal ruptura se da particularmente cuando se infringen** normas de derecho que reconocen **bienes penalmente tutelados con pena corporal**, ya que la sanción de prisión o reclusión es la más grave consecuencia que el Estado impone a sus ciudadanos por conductas reprochables. Quien viola la ley, en estos casos, abandonaría su derecho a participar en la toma de las decisiones políticas.

La idea precedentemente referida se encuentra presente en el **Mensaje a los Constituyentes Mexicanos de 1917**, donde **se propuso suspender la calidad de elector, a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente**, agregando que la persona que demuestra indiferencia a los asuntos de la República “amerita que se le suspenda la prerrogativa” (Luis Efrén Ríos Vega, “El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos – El caso Hernández”, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Capítulo III: “El sufragio de los delincuentes” ps. 25 y ss., en particular ps. 46 y 47, México, 2010).

Téngase en cuenta que **la Constitución de la Federación de México** del 10 de mayo de 1917, sancionada en Querétaro, es el **fruto del movimiento social que se inició en 1910 con la rebelión de Francisco Madero** contra el Presidente Porfirio Díaz a fin de evitar una nueva reelección de éste, y **receptó novedosas disposiciones de carácter social** que influirían decisivamente en el texto constitucional que se consagrara, lo que permite calificarla como **la más progresista de América en su hora**.

En la apuntada Constitución de la Federación se dispone en el Título I, Capítulo 3º: “De los ciudadanos mexicanos”, **Artículo 38: “Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36. Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley. // II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión. // III. Durante la extinción de una pena corporal. // IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes. // V. Por estar prófugo de la justicia desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal. // VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión. // La ley fijará los casos en que se pierdan y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación”** (lo resaltado en negrita no obra en el texto original).

Por su parte las obligaciones del ciudadano al que refiere el artículo 36 de tal Estatuto Supremo al que remite el precepto anteriormente transcrito, en esencia, se refieren a la inscripción en el Registro Nacional de Ciudadanos; al alistamiento en la Guardia Nacional; al voto en las elecciones populares; al desempeño en los cargos de elección popular; y al desempeño de los cargos concejiles, las funciones electorales y las del jurado.

9.3. La posibilidad de ejercicio efectivo de los “derechos ciudadanos” requeriría correlativamente el “cumplimiento de los deberes” para con la comunidad.

Una **nota característica del constitucionalismo moderno** viene dada en el sentido de que tales Estatutos Políticos, además de organizar —en su **parte orgánica**— **las diversas magistraturas del Estado y la distribución territorial del poder** —lo que se hace más notorio en los modelos descentralizados como el federal—, **contiene**, asimismo, una **parte dogmática**, en la cual se agrupan declaraciones, derechos y garantías, siguiendo, por un lado, la tradición de las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, conocidas como *Bill of Rights*; recogiendo los contenidos de la tradicional “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*” del 26 de agosto de 1789 —adoptada por la Asamblea Nacional en el marco de la Revolución Francesa—; o la fórmula que también se hizo presente con la sanción de la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812, para el Reino de España, durante la Invasión Napoleónica.

Deteniéndonos en la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano** de 1789, solo se observa implícitamente, **dentro de los deberes**, la obligación de concurrir al levantamiento de las cargas públicas, cuando en su **artículo 13** se consignó: *“Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común que deba ser repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus medios”* (conf. Christine Fauré: *“Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789”*, Edición de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y del Fondo de Cultura Económica, ps. 11 y ss., en particular p. 12, México, 1995). Más amplio desarrollo de los deberes se encuentra en la **Constitución gaditana de 1812** donde se prescribía: **“Art. 7º: Todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes, y respetar las autoridades establecidas. // Art. 8º: También está obligado todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus bienes para los gastos del Estado. // Art. 9º: Está así obligado todo español a defender la patria con las armas, cuando sea llamado por la ley”** (conf. Raquel Rico Linaje: *“Constituciones Históricas”*, 2ª edición, p. 20, publicación de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994 —el destacado en negrita me pertenece—). En cambio nuestra **Constitución histórica de 1853-1860**, en términos también imperativos, sólo consagra como deber en el primer enunciado del **artículo 21**: *“Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los Decretos del Ejecutivo nacional”*.

De todos modos, compulsando el **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, se enuncian hoy, **no solamente derechos, sino que se marca una clara correspondencia entre éstos y los deberes**. Es así que en la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, puede leerse en su: **“Art. 29: 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. // 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bien general en una sociedad democrática. // 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”** (lo resaltado en negrita ha sido añadido). Por su parte en la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, aprobada en

Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, el **Capítulo II** de la Convención se refiere a “**Deberes**” y allí se establece: “**Deberes ante la sociedad:** art. XXIX: **Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera de que todas y cada una puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad.** // ... **Deber de sufragio:** art. XXXII: **Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitado para ello.** // **Deber de obediencia a la ley:** art. XXXIII: **Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre.** // **Deber de servir a la comunidad y a la Nación:** art. XXXIV: **Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz.** // Asimismo tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado en que sea nacional. // **Deberes de asistencia y seguridad sociales:** art. XXXV: **Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad social de acuerdo con sus posibilidades y las circunstancias.** // **Deber de pagar impuestos:** art. XXXVI: **Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos.** // **Deber de trabajo:** art. XXXVII: **Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad**” (lo resaltado en negrita me pertenece). Por último la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en su **Capítulo V: “Deberes de las Personas”**, dispone: “**Art. 32: Correlación entre Deberes y Derechos. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.** // **2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática**” (lo resaltado en negrita me pertenece).

Planteado en los términos que anteceden el incumplimiento de los deberes individuales para con la sociedad, a través de la comisión de delitos dolosos sancionados con pena corporal, podría entenderse, mediante una interpretación extensiva al campo del derecho público electoral del principio contractual que valida la excepción de la **non adimpleti contractus**, que tal conducta importaría la ruptura por parte del sujeto reprochado del “*contrato social*”, lo que justificaría la

suspensión temporal del ejercicio del derecho activo y pasivo del sufragio.

Algunos han concebido, incluso, que el derecho del votante debería ser concebido como “un privilegio exclusivo del buen ciudadano”, leal y honesto con la República, en función del cual la exclusión de los condenados limitaría la ejercitación del derecho de voto, concediéndolo únicamente a las personas idóneas con buen comportamiento, como una forma de garantizar la mayor transparencia en la conformación de la voluntad general.

Desde mi perspectiva entiendo, en cambio, que no cabe considerar al voto como un privilegio exclusivo de los buenos ciudadanos, sino más bien como un “derecho fundamental” que sólo excepcionalmente puede ser suspendido. Es que, modulando el concepto de incumplimiento del “*contrato social*” por parte de quienes hayan delinquido, únicamente correspondería suspender temporariamente los derechos políticos de aquellos que se han hecho acreedores de una severa condena penal, por ende pasibles de una dilatada privación de la libertad. Tal **exclusión electoral, nunca debiera ser definitiva o perpetua**, ya que ello representaría tanto como **reeditar la repudiada y anacrónica “muerte civil”**, que difícilmente podría superar un escrutinio de constitucionalidad y convencionalidad. Es que, los atributos de la ciudadanía en las sociedades democráticas revisten siempre, como quedó dicho, la categoría de “*derechos fundamentales*”, solamente pasibles de suspensión en caso de comisión de delitos cuando la significación de los bienes jurídicos afectados, la gravedad de la trasgresión al orden jurídico, y la imposibilidad de ejecución condicional de la sanción de encarcelamiento, así lo recomienden.

En tal caso, el incumplimiento de la obligación de tener un “*honesto modo de vivir*”, no implica una exigencia en positivo de lucir las más nítidas virtudes ciudadanas, sino, en cambio, **lo que gravitaría para la suspensión de los derechos electorales, es que se estuviera en presencia de supuestos de organizaciones criminales conformadas al efecto; explotación del narcotráfico; trata de personas o reducción a la servidumbre para su utilización laboral o sexual; proxenetismo; pedofilia; violación; adscripción al terrorismo, tanto desde el Estado, como contra las autoridades legítima y democráticamente electas o, inspirado en el odio ideológico, racial o religioso; atentados criminales que impactan sobre la sociedad civil** (piénsese por un instante en los asesinatos realizados con explosivos contra la Embajada de Israel o la AMIA); **secuestro para la extorsión seguido de muerte de la víctima; enriquecimiento mediante la evasión tributaria sistémica;**

peculado; defraudación de dineros públicos; y, en general, la afectación grave de otros bienes macro sociales.

Según esta segunda tesis, **no todo delito merecería la suspensión de la ciudadanía**, pero seguramente sí la comisión de aquellos que por la naturaleza o entidad del crimen pusieran en riesgo la convivencia civilizada o la democracia efectiva, esto último, incluso, como consecuencia de conductas graves que alienten la sedición, el fraude electoral, o que limiten irrazonablemente las libertades propias de los sistemas respetuosos del pluralismo y la dignidad humana.

9.4. Los ciudadanos respetuosos de la ley, podrían percibir como un trato desvalioso, tolerante del delito y afectada su autoestima, ante la equiparación de los delincuentes condenados a cumplir una pena corporal al concedérseles el derecho a voto, por ponerse en un pie de igualdad al ciudadano común, con aquellos que han infringido severamente el ordenamiento jurídico.

Mucho se ha argumentado en el sentido de que la privación del voto de los condenados repercute negativamente en vista de la función resocializadora de la pena, ante la percepción psicológica de la población carcelaria de que, de tal modo se la estigmatizaría, y se la apartaría severamente del resto de la comunidad a la cual pertenece.

Se ha entendido, incluso, que el permitir a los penados ejercitar el derecho de sufragio importaría alcanzar un umbral mínimo de compromiso serio con la reinserción de los condenados en la comunidad, enriqueciendo con su voz el debate político.

Vista la misma cuestión desde otro ángulo, podría entenderse que tal equiparación en los derechos político electorales de los condenados, consagraría un igualitarismo desvalorizante de los restantes ciudadanos, al no distinguirse entre quienes siempre tuvieron el derecho de votar por no habersele suspendido bajo ninguna circunstancia por su vivir honesto, respecto de aquellos que se han hecho acreedores del reproche penal con sentencia firme, disponiendo su encarcelamiento, lo que podría ser percibido por la ciudadanía como un agravio y un demérito, con fuerte impacto sobre su autoestima.

En los **Estados Unidos de América** siendo que **la legislación penal, como los derechos electorales locales, varían de Estado en Estado**, al no existir un derecho común, los ciudadanos tienen una variada percepción sobre su alcance, según se regulen los derechos políticos del voto respecto de los convictos y ex convictos. El **mosaico de tratamientos legislativos** se comprueba, en la medida en que distintas son las soluciones que se adoptan. Así **dieciséis Estados niegan el voto a los delincuentes encarcelados, pero lo conceden**

a aquellos que están fuera de la cárcel bajo *probation*, o bajo palabra (nosotros hablaríamos tanto de condena de ejecución condicional, como del tramo de la pena que permite acceder a la libertad condicional); **cuatro Estados prevén el voto de los delincuentes bajo *probation* y privan del voto tanto a los que están en libertad bajo palabra, como a quienes permanecen en la cárcel; treinta y un Estados privan del voto a todos los delincuentes en la cárcel, bajo *probation*, y bajo palabra; catorce Estados eliminan de manera efectiva el derecho a votar de todos los delincuentes por delitos graves, incluso de quienes ya han cumplido su condena** — cinco Estados privan en forma permanente el voto a ex delincuentes, mientras que en los otros nueve Estados los ex delincuentes pueden recuperar el derecho después de un período de tiempo— (conf. Mandeep K. Dhami: “La Política de Privación del Sufragio a los Presos: ¿Una amenaza para la democracia?”, *Revista de Derecho* (Valdivia, República de Chile) [online] 2009, vol. 22, Nº 2 [citado 2013-07-23], ps. 121-135. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718095020090000007&lng=es&nrm=iso.ISSN07180950.<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200007>).

Correlativamente **la opinión pública estadounidense se ha expresado respecto de la política de privación del voto de los condenados en los siguientes porcentajes: el diez por ciento no cree que proceda ninguna prohibición; el dieciséis por ciento propicia una prohibición permanente para todas las personas condenadas por un delito grave; el treinta y dos por ciento cree que solo los delincuentes encarcelados deberían perder su derecho a voto; y el treinta y cinco por ciento estima que los delincuentes, deberían perder el derecho a voto ya sea que estén en prisión, bajo *probation* o bajo palabra** (conf. Mandeep K. Dhami: “La Política de Privación del Sufragio a los Presos: ¿Una amenaza para la democracia?” *Revista de Derecho*”, ya citado).

Los datos precedentes parecieran demostrar que **una porción altamente significativa de la sociedad norteamericana, respalda la privación del derecho a voto de los criminales**, si bien los porcentajes varían en función de las distintas situaciones en que revistan, esto es, con encarcelamiento efectivo, con condena a pena privativa de la libertad, sin encarcelamiento o, aún después de cumplida la condena en el caso de delitos graves.

Para evaluar la cuestión desde el medio cultural argentino, como modo de revelar la percepción que podría tener la ciudadanía de nuestro medio —entendida como el cuerpo electoral en su conjunto, con las exclusiones del padrón que hoy recepta la ley—, resultaría válido para algunos detenerse en la letra de un célebre tango de

Enrique Santos Discépolo (1901-1951), compositor, músico y dramaturgo, **quizás la más genuina expresión de la filosofía popular de nuestro país durante el siglo xx**, escrito en 1934, para la película “Alma de Bandoneón”, estrenada al año siguiente, bajo el título “**Cambalache**”, que se convirtiera en una severa descripción crítica del relativismo moral vigente, en algunos sectores, durante mucho tiempo en la Argentina. La apuntada pieza musical, interpretada por diversos cantantes, recobró todo su vigor asumiendo vigencia actual y universal en la voz del poeta y músico español **Juan Manuel Serrat** a partir de su gira a nuestra tierra en 1983, canción que quedó plasmada en su disco “*En Directo*” de 1984 y que integrando su repertorio recorrió el mundo. Por resultar marcadamente gráficos del igualitarismo que revolcaría en el lodo a toda la sociedad sin ningún distingo según el autor de la letra, me permitiré transcribir, intercalados, solo algunos de sus versos. Ellos en un triste *réquiem* laico expresan: “*¡Hoy resulta que es lo mismo // ser derecho que traidor!... // Ignorante, sabio o chorro, // generoso o estafador ... // Si uno vive en la impostura // y otro roba en su ambición, // ¡da lo mismo que sea cura, // colchonero, rey de bastos, // caradura o polizón!... // ¡Cualquiera es un señor! // ¡Cualquiera es un ladrón!... // Es lo mismo el que labura // noche y día como un buey // que el que vive de los otros, // que el que mata, que el que cura // o está fuera de la ley...* ”.

La sensación de desánimo que podría percibirse de la ciudadanía en general frente al igualitarismo, según lo advierten algunos, quizás podría parangonarse con las consecuencias desmoralizadoras que pueden advertirse como consecuencia de los blanqueos o regularizaciones tributarios que terminan premiando a los incumplidores o evasores, con tarifas en oferta o de liquidación y condonación de multas e intereses, ingresos sensiblemente inferiores a los que abonaron la generalidad de los contribuyentes que correctamente dieron cumplimiento en tiempo, modo y forma a sus obligaciones fiscales, desalentando, de tal modo, la moral contributiva, y alterando el principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico según el cual “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”, con frustración extensiva a los mejores cuadros de la Administración a cargo de las tareas de fiscalización y recaudación, que perderían o verían mellado todo aliciente para continuar en la lucha contra la evasión y el fraude fiscal.

Quizás estos planteos cuestionando la igualación de situaciones diversas, aunque pudieran ser legítimos, bien podrían descartarse sobre la base de que no resulta procedente en derecho la invocación de agravios de terceros, aunque pudieran tratarse de una protesta compartida por la numerosa mayoría de la comunidad en su conjunto.

9.5. Podría argumentarse que la igualdad se infringe, tanto brindando un tratamiento desigual de los iguales, como dando un tratamiento igual a los desiguales, esto es, a los que han ajustado su conducta al derecho, respecto de aquellos que han afectado bienes jurídicos básicos tutelados penalmente.

Se argumenta que se afectaría el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en diversos preceptos de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en múltiples regulaciones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en la medida en que se brinda un tratamiento dispar a los “*detenidos procesados y sin sentencia firme*”, a los cuales a partir del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: “*Emilio Fermín Mignone*” (Fallos: 325:524), sentencia del 9 de abril de 2002, se les abrió el camino al voto, mediante la posterior sanción de la Ley N° 25.858, respecto de los “*condenados con sentencia firme*”, a quienes se mantiene excluidos del padrón electoral.

Ante tal postergación, bien podría contra argumentarse, señalando que en el **fallo mismo de la Cámara Nacional Electoral**, pronunciamiento que el Alto Tribunal dejó firme en el punto, **se sostuvo que no correspondía equiparar situaciones diversas, como la de los procesados no condenados —a cuyo respecto operaba el estado de inocencia—, con la de aquellos otros detenidos condenados y con sentencia firme.**

También, podría hacerse mérito, que ha sido tradicional la jurisprudencia de nuestro Tribunal cimero, que a poco de instalado, y desde la causa: “*Criminal contra D. Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión; sobre fianza de juzgado y sentencia de desacato*” —Fallos: 16:118—, pronunciamiento del 1° de mayo de 1875, por remisión a los fundamentos de la sentencia del Juez Federal de Sección de la Provincia de Mendoza Calixto S. de la Torre, dejó sentado que: “*El principio de igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social*” (el énfasis en negrita ha sido añadido).

Es que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado sobradamente, **que la garantía de la igualdad no impone la uniformidad** de tratamiento de todos los casos aparentemente semejantes, ya que **es del exclusivo designio del legislador brindar regulación diferenciada a los distintos casos**, mientras las categorías que se conformen por la ley no resulten arbitrarias, ni estén inspiradas en propósitos de injusta persecución, indebido beneficio o írrito privilegio de personas o grupos de personas, sino en una razón o criterio objetivo, **aunque su fundamento sea opinable**. De igual manera, **desde el Alto Estrado, se ha ratificado que la igualdad obliga a tratar de igual modo a los iguales, pero de forma diversa a los desiguales**.

En síntesis, lo que está en juego es, valiéndonos de las palabras de Juan Francisco Linares —“*Razonabilidad de las leyes. El ‘debido proceso’ como garantía innominada en la Constitución Argentina*”, 2ª edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989—, ya la igualdad en la selección, ya la igualdad en la ponderación, lo que posibilitaría la formación de los diversos grupos o de categorías para establecer quienes quedan o no excluidos del padrón electoral, un tema, en el cual, el derecho comparado no es pacífico ni uniforme, más allá de que se observe una progresiva tendencia a un más amplio reconocimiento del derecho electoral activo y pasivo de todos aquellos que reúnan los criterios de atribución y vinculación, tomados en cuenta por el derecho positivo de cada país. Así la **Argentina**, le da un **carácter prevalente al componente político de la ciudadanía basado en la nacionalidad**: natural, por opción o por naturalización; **mientras que en otros países, e incluso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, también revista protagonismo **el componente económico y social de la residencia**, y es así que en el orden local los extranjeros residentes pueden empadronarse y votar, conforme a lo dispuesto por la Constitución local, y en tanto se de cumplimiento a las exigencias predeterminadas en esta jurisdicción por la Ley N° 334 (del año 2000).

9.6. La pretendida “universalización del sufragio”, requeriría avanzar previamente en otros supuestos que también generan costos adicionales.

En tal sentido, **en primer término** y prioritariamente, si lo que se pretendiera es la “*universalización del sufragio*”, **son numerosas las voces que entienden que sería menester, previamente**, efectuar todos los esfuerzos para **lograr una mayor participación en las**

elecciones locales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias de los ciudadanos argentinos en el exterior.

Valga recordar a este respecto, que el **Código Electoral Nacional** sancionado mediante la Ley N° 19.945 del año 1972, dentro de sus numerosas modificaciones, **se vio complementado por la Ley N° 24.007** (del año 1991), por la cual, conforme a su **art. 1º**, se estableció: *“Los ciudadanos argentinos que, residan en forma efectiva y permanente fuera del territorio de la República Argentina, sean electores nacionales de acuerdo a lo dispuesto por el Código Electoral Nacional y se inscriban en el **Registro de Electores Residentes en el Exterior** establecido en el artículo siguiente, **podrán votar en las elecciones nacionales**”* (el destacado no obra en el texto original). El apuntado Registro quedó a cargo de la Cámara Nacional Electoral, y la inscripción de quienes habrían de conformarlo debe formalizarse en las representaciones diplomáticas o consulares argentinas existentes en el país de residencia del exterior.

Los preceptos antedichos, por el artículo 4º de la mencionada **Ley N° 24.007**, **pasaron a formar parte integrante del Código Electoral Nacional.**

Según el parecer de **distintos operadores del mundo político y jurídico los gobernantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias deberían impulsar todas las medidas pertinentes para permitir y extender el voto de los ciudadanos argentinos en el exterior a las elecciones locales**, firmando los Convenios respectivos con las autoridades nacionales —Ministerio de Relaciones Exteriores y Cámara Nacional Electoral—, dando y tomando la intervención que correspondiere a las Legislaturas para adherir a la Ley N° 24.007, y de los Jefes de Gobierno o Gobernadores, para hacer lo propio respecto del Decreto N° 1.138/93, reglamentario de la antedicha ley, como así también afrontar todos los gastos que los expresados comicios originen.

Igualmente, en este punto, resultaría aconsejable **promover la mayor incorporación de argentinos en el Registro de Electores Residentes en el Exterior**, teniendo particularmente en cuenta que para las elecciones nacionales de 2011 solo se había superado ligeramente la cantidad de 50.000 empadronados, según nota de la Cancillería del 21 de junio de 2011 (conf. <http://www.prensa.argentina.ar/2011/07/21/21877-elecciones-2011-mas-de-50000-argentinos-podran-votar-en-el-exterior.php>), cuando a tenor del **Informe de la Organización Internacional para las Migraciones**, correspondiente al **año 2012** y titulado: *“Perfil Migratorio de la Argentina”*, a dicha fecha vivían en el exterior 971.693 argentinos (conf. <http://www.iom.int/files/live/sites/iom/files/pbn/docs/Perfil-Migratorio-de-argentina-2012.pdf>), dentro de los cuales, muy

posiblemente, exista un significativo número de porteños emigrados —hecho relevante tomando en cuenta que su voto se adjudica al distrito del último domicilio del votante (art. 6º cuarto párrafo, de la Reglamentación de la Ley N° 24.007)—, desde el momento que se tenga en cuenta que nuestra Ciudad ha sido tradicionalmente la puerta de entrada de los extranjeros a la Argentina, y la puerta de salida de los argentinos al exterior, a lo que cabe añadir la gravitación del perfil socio económico de la mayoría de los porteños —pertenecientes a la clase media y clase media alta—, como también que, por su grado de educación y conocimiento de las lenguas extranjeras, los muestra particularmente proclives a buscar nuevos y mejores horizontes económicos, sin que por ello renuncien a sus raíces familiares y culturales, manteniendo un estrecho vínculo afectivo con nuestra patria, interesándose en cuáles serán las autoridades que rijan sus destinos.

En **segundo término**, muchos entienden que **sería necesario facilitar la emisión del voto de todos los agentes, afectados a la prestación de servicios públicos esenciales**, los cuales no pueden concurrir a los locales de votación en el día y horario y fijado para los comicios, estableciendo para ello algún mecanismo que permita recepcionar su sufragio anticipadamente y con adecuada fiscalización, distribuyéndolos por separado y acompañando las urnas que correspondan a sus mesas, el día de despliegue del material electoral a los locales de votación.

Finalmente y en **tercer lugar**, otros auspician, que se **pueda receptarse anticipadamente el voto de aquellos que se encuentren internados en centros de salud** y no pueden desplazarse a los locales de votación, utilizando en este caso, por ejemplo, **el sufragio por correo**, el cual se acompañaría a las urnas que correspondan a sus mesas, por separado, como en el supuesto anterior.

Todas las antedichas, serían **medidas efectivas para lograr la “universalización del voto”** que algunos reclaman como paradigma, brindando una mayor legitimación a las autoridades electas en los comicios, sin que ello genere resistencia del colectivo conformado por quienes en la actualidad integran el cuerpo electoral, sin las resistencias que ofrece el voto de los condenados.

10. Fundamentos propios de este voto por los cuales entiendo no corresponde hacer lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Anticipo desde ya, que desde mi perspectiva, la acción declarativa de inconstitucionalidad incoada por la “Asociación por los Derechos

Civiles”, no puede tener acogida favorable en atención a las consideraciones que desarrollaré en los puntos siguientes de este voto, sin que ello importe tomar posición sobre las inclusiones y exclusiones que debería contener el Código Electoral de la Ciudad, aspecto que por transitar por carriles de mérito, oportunidad y conveniencia, no me corresponde abordar como magistrado, limitando mi pronunciamiento a desestimar las lábiles tachas de inconstitucionalidad que se han agitado, centradas, casi exclusivamente, en opiniones doctrinales y en pronunciamientos de órganos jurisdiccionales de carácter genérico, insuficientes para arribarse a una sentencia estimatoria que abroge los preceptos en juego.

10.1. Este Tribunal no puede ejercer el control concentrado y negativo de constitucionalidad respecto de normas —art. 3º, incisos “e”, “f” y “g” del Código Electoral Nacional, vigente como ley local en la Ciudad—, que no importan otra cosa que reflejar regulaciones de carácter general nacionales y de derecho común, como las contenidas en el Código Penal en sus artículos 12 y 19 inc. 2º (art. 75 inc. 12 CN).

El sistema jurídico argentino debe ser apreciado en su conjunto, y en él cobra particularmente relevancia, no solamente la **supremacía de la Constitución Nacional**, sino también que se hayan en el vértice del ordenamiento “...**las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso...**” (art. 31 CN), dentro de las cuales se encuentran comprendidos los **Códigos de Fondo (art. 75 inc. 12 CN)**, esto es, entre otros, el Código Penal que forma parte del “**derecho común**” con vigencia en toda la República, regulación que se refuerza con la prohibición a las provincias —y por ende a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, de incursionar en tal materia, después de que el Congreso los haya sancionado, **por haberse delegado expresamente tales facultades en el Gobierno de la Nación (art. 126 CN)**.

Por tanto, importa una construcción artificiosa, la pretensión de impugnar la inconstitucionalidad de tres incisos del artículo 3º del Código Electoral —con plurisubsistencia confirmada por las múltiples modificaciones que se le han introducido a tal plexo— sin hacerse cargo de las claras regulaciones, receptadas a texto expreso en el Código Penal, preceptos que están excluidos de la posibilidad de descalificación por este Tribunal en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad, ya que el **artículo 113 inciso 2º de la Constitución porteña, contempla tal vía procesal de control concentrado**, únicamente “*contra la validez de leyes, decretos y*

cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad".

Es así por tanto, que pretender escindir los incisos referidos del Código Electoral, haciendo abstracción de las regulaciones contenidas en el Código Penal, y que se mantienen inalteradas desde el proyecto elaborado por la Comisión presidida por el diputado Rodolfo Moreno (h), sancionado el 30 de septiembre de 1921, y promulgado como Ley Nº 11.179, puede resultar efectista, pero sella fatalmente la suerte adversa de esta acción, desde el momento de que es fácil comprender que las regulaciones electorales responden a la misma filosofía legislativa que ha inspirado las prohibiciones contenidas en el artículo 12 y en el artículo 19 inciso 2 del Código Penal, cuya inconstitucionalidad sólo puede abordar este Tribunal a través del control difuso —propio de todos los jueces, en el marco de casos, causas o controversias, con sentencias con efectos *inter partes*—, y no en un supuesto de control abstracto y concentrado que le permite actuar como legislador negativo, dando a sus pronunciamientos efecto *erga omnes*.

No está de más recordar aquí que el **Código Penal** inmemorialmente, esto es desde su sanción en 1921, en la disposición que hasta hoy literalmente se mantiene en su **artículo 12**, dispone que: ***“La reclusión y la prisión por más de tres años lleva como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el Tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos para actos entre vivos. El penado quedará sometido a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”***. Por su parte el **artículo 19, inciso 2º**, de modo complementario, ha venido a establecer que: ***“La inhabilitación absoluta importa: ... 2. La privación del derecho electoral...”***.

Expuesto así, el plexo normativo en juego, resulta claro que la intención de debilitar la pena accesoria de inhabilitación absoluta, que se proyecta privando temporalmente del derecho de sufragio a los penados a reclusión o prisión, requiere del escrutinio, no solamente de las disposiciones del Código Electoral Nacional, sino de las prescripciones contenidas en el Código Penal, al establecer esta incapacidad de hecho, con proyecciones en la vida civil e, incluso, en los derechos electorales.

Poco importa refutar si la referida incapacidad temporal constituye la resaca de regímenes perimidos o de instituciones como la “muerte civil”, sino solamente, tener en cuenta, que la misma comienza a regir

desde la fecha de la sentencia firme que conduce al encarcelamiento, y cesa cuando el penado cumple su condena, ya que tales preceptos se encuentran inscriptos en un ordenamiento al cual no puede acceder el control concentrado de constitucionalidad con que ha sido abastecido este Estrado.

Tampoco es del caso argumentar sobre si la privación de los derechos electorales de la que nos habla el artículo 19, inciso 2º del Código Penal, es simplemente una consecuencia práctica del hecho del encarcelamiento tomando en cuenta el obstáculo práctico de receptor el sufragio de los encarcelados. Más aún, a partir de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y luego mediante una reforma introducida al Código Electoral Nacional, se implementara operativamente la posibilidad de ejercitar el derecho de sufragio por parte de los procesados detenidos no condenados, pero haciéndolo, centralmente, a partir de una construcción dogmática que privilegió el *estado de inocencia*, que subsiste hasta el dictado de una sentencia de condena, pasada en autoridad de cosa juzgada.

De más está decir que no dejo de advertir, que el campo de acción del **inciso “e” del artículo 3º del Código Electoral Nacional** — aplicable como legislación local en la Ciudad—, abarca una extensión más amplia de supuestos, al incluir a los **condenados por los delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada**, por plazos menores a tres años pero, de todos modos, tal situación, en mi concepto, no es decisiva, en tanto se sopesa que la norma, tal cual está redactada, bien pudo apuntar al encarcelamiento, no ya como dificultad práctica para emitir el sufragio, sino como forma de retribución por el delito, aplicable en los supuestos de reincidencia, o en que se verificaran otras circunstancias especialmente graves, que condujeran al magistrado a aplicar una condena de cumplimiento efectivo, descartando la de ejecución condicional.

El razonamiento expuesto en el párrafo anterior se ve incluso corroborado cuando la **Ley Nº 24.660**, sancionada el **19 de junio de 1996**, conocida como “**Ley sobre Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad**”, ha venido a contemplar en su capítulo XIX: “Disposiciones Complementarias”, que: “**Art. 220: Las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal quedarán suspendidas cuando el condenado se reintegre a la vida libre mediante libertad condicional o la libertad asistida...**”, de lo que se infiere que la inhabilitación, que opera las consecuencias del artículo 19 inc. 2º del Código Penal y del artículo 3º inc. “e” del Código Electoral Nacional, está supeditada al hecho del encarcelamiento efectivo, aunque ello no sea una consecuencia de las dificultades prácticas del sufragio, sino más bien un resultado de la condena corporal, acompañada con privación concreta de la libertad, con lo cual quienes, aunque condenados,

disfruten de la libertad o se reintegren a la vida libre, en los hechos, ya están llevando adelante el proceso de resocialización y no estarían alcanzados por la privación de los derechos electorales.

Por otro lado, **la exclusión de los condenados por infringir leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos —art. 3º, inciso “f” del Código Electoral Nacional, que opera como regulación local en la materia—**, se fundamenta en que tal actividad que ya es ejercida por el Estado en condiciones de **“monopolio fiscal”** generador de ingresos públicos, **al ser desplegada por particulares clandestinamente y al margen de la ley, afecta la recaudación de las rentas públicas con las que se sustenta la existencia misma del Estado** como comunidad política organizada —ya que **“no hay Estado gratis”**, como sostuvo Juan Bautista Alberdi en: *“Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853”*, Del Mercurio de Santos Tornero y Ca., Valparaíso, Chile, 1854—, hoy más que nunca, cuando tiene a su cargo como deber, la satisfacción de múltiples derechos económicos y sociales de la población más vulnerable, con lo cual **la infracción a las leyes de juego lesionan un bien jurídico tutelado de alcance macro social** (conf. Stephen Holmes y Cass. R. Sunstein: *“El Costo de los Derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos”*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2011; José Manuel Tejerizo López: *“Los Monopolios Fiscales”*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975).

Finalmente, la formulación de la **tacha de inconstitucionalidad del inciso “g” del artículo 3º del Código Electoral Nacional — Régimen Electoral Local—**, en tanto excluye del padrón a **“Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de duración de la sanción”**, parece no tomar en cuenta que el Código de Justicia Militar, ha sido derogado por la Ley Nº 26.394, del 6 de agosto de 2008, como así también todas las restantes normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentaban. A su vez, **la deserción, ha quedado tipificada** a partir del segundo párrafo incorporado al **artículo 252 del Código Penal**, redactado en los siguientes términos: *“El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave”*.

En este punto, consiguientemente, cobran virtualidad todas las reflexiones que se han efectuado en el punto de este voto en el cual se

alude a cómo juegan las disposiciones contenidas en los artículos 12 y 19 inciso 2 del Código Penal, para que se opere la exclusión del condenado del padrón electoral, con lo que la tacha de inconstitucionalidad también se ve malograda.

10.2. Afectación de la cosa juzgada respecto de condenas penales firmes que han hecho lugar a la inhabilitación.

La declaración de inconstitucionalidad que se aspira a obtener de parte de este Tribunal **podría**, incluso, **afectar el contenido de sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada**, en las cuales, junto con la pena corporal, se ha hecho expresa mención de la inhabilitación, en términos generales, o de la inhabilitación electoral de modo singular.

Así entonces, el pronunciamiento que se reclama de este Tribunal, excede largamente aquello que pueda otorgar mediante una sentencia declarativa, ya que están en juego, no solamente preceptos de alcance general contenidos en el Código Penal, y de alguna manera reflejados en el Código Electoral Nacional —a la vez local—, sino también **los efectos de la decisión de otros magistrados** que han ejercido su jurisdicción en las causas de su competencia específica, con lo cual se afectaría a su vez **“el principio del juez natural”**, invadiendo, consiguientemente, la órbita privativa de otros magistrados e, incluso de otros poderes del Estado, como es, la prerrogativa de amnistiar extinguiendo la acción penal, propia del Poder Legislativo, o la de indultar, competencia consustancial del Poder Ejecutivo, sin perjuicio que la derogación del precepto por el órgano constitucional competente —Poder Legislativo—, pudiera abrir desde alguna perspectiva de análisis, únicamente, la posibilidad de que ley de desincriminación actuara retroactivamente como ley penal más benigna, dando lugar, llegado el caso, a la revisión de las condenas.

Tengo para mí que poco se aporta en favor del argumento sobre la efectividad de la sentencia estimatoria del planteo de inconstitucionalidad, que pudiera emitir este Tribunal, cuando se argumenta que la exclusión del padrón electoral, en la mayoría de los casos, es una pena accesoria de aplicación puramente administrativa, cuando, de todos modos, es un deber especial de los jueces ser celosos al extremo, en el respeto de la cosa juzgada y la no invasión de la jurisdicción de otros magistrados, en virtud a que los planteos que aquí se han traído, bien podría hacerse valer ante los propios jueces de la causa.

10.3. La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que obliga a

ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de las normas con la cláusulas constitucionales o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea manifiesta, clara e indudable.

Es jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal —aún en el marco del control difuso— es una medida de extrema gravedad institucional que constituye la *última ratio* del ordenamiento jurídico.

Así entonces, el único juicio que corresponde emitir a los tribunales de justicia es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media afectación de los principios, reglas y derechos consagrados en la Carta Fundamental y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la CN), sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones.

Ocurre que en virtud de la facultad conferida al Congreso de la Nación por el artículo 75, inciso 12, y a la Legislatura por el Estatuto Supremo porteño, solo a dichos órganos les corresponde declarar la ilicitud de los actos, desincriminar otros e imponer las penas y sanciones, y consiguientemente, aumentar o disminuir las consecuencias que se derivan de los considerados antijurídicos.

Desde la óptica señalada, tampoco se observa que las consecuencias derivadas de una condena a pena corporal firme al excluir del padrón electoral a los sujetos que se encuentran en tales condiciones constituya un exceso de punición que afecte el principio de proporcionalidad de la pena y en definitiva el de razonabilidad, todo ello como consecuencia que solamente los órganos legislativos están investidos de la atribución para declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos básicos y merecen la protección penal, las sanciones, así como las consecuencias que se derivan de la condena.

10.4. El Código Electoral Nacional que actúa como regulación local por encontrarse vigente al 1º de octubre de 1996, sancionado mediante la Ley Nº 19.945, a pesar de haber sido dictada por un gobierno *de facto*, no cabe presumirlo inválido conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El hecho de que el Código Electoral Nacional haya sido dictado en el año 1972 durante un gobierno *de facto*, presidido por el General Alejandro Agustín Lanusse, situación desgraciadamente recurrente en la Argentina a partir de la fractura constitucional por el Golpe de Estado

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

del 6 de septiembre de 1930, no importa, necesariamente, que toda la legislación emitida durante tales períodos, en atención al origen ilegítimo de sus autoridades, deba considerarse, necesariamente, como no escrita e inválida.

En la actualidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abandonado la tesis restrictiva de las potestades legislativas de los gobiernos *de facto* y de su efímera perdurabilidad en el tiempo, temperamento que se había expresado como doctrina inaugural sobre el tema, en la causa: “*Administración de Impuestos Internos c. Don Martiniano Malmonge Nebreda, por defraudación de impuestos internos al tabaco*” —Fallos: 169:309—, sentencia del 15 de noviembre de 1933, en donde se entendió que las autoridades surgidas del Golpe de Estado de 1930, si bien tuvieron por misión gobernar el país, poniendo en acción sus instituciones y dictando las leyes necesarias al efecto hasta el regreso a normalidad institucional, tales disposiciones expiraban una vez constituido el Congreso, salvo que éste convalidara expresamente su validez y vigencia.

Las familias jurisprudenciales que se sucedieron, a partir de entonces, en el Alto Tribunal, adscribieron a diversos criterios, para abandonar finalmente la tesis de la caducidad automática de la legislación *de facto*, que exigía la necesaria ratificación expresa posterior por el Congreso para brindarle continuidad y fuerza de ley.

Para no abundar sobre la cuestión, baste referir, que luego de reinstauradas las instituciones de la República el 10 de diciembre de 1983, el Tribunal cimero adoptó, con algunos matices, un temperamento renovado, al entender que la legislación *de facto* estaba condicionada en su vigencia a que, explícita o implícitamente, el gobierno conformado constitucionalmente que lo sucediera la ratificara o desechara, resultando útil para que se perciban las modulaciones, citar las causas: “*Silverio Florencio Soria v. Dirección Nacional de Vialidad*” —Fallos 307:338—, sentencia del 2 de abril de 1985; “*Raúl Alberto Budano v. Facultad de Arquitectura*” —Fallos: 310:1045—, sentencia del 9 de junio de 1987; “*María Eugenia Gamberale de Mansur v. U.N.R.*” —Fallos: 312:435—, sentencia del 6 de abril de 1989; “*Ángela Marta Cónsole de Ulla v. Universidad de Buenos Aires – Carrera de Psicología*” —Fallos: 313:1483—, sentencia del 18 de diciembre de 1990; o “*Héctor José Carlos Gaggiano v. Provincia de Santa Fe*” —Fallos: 314:1477—, sentencia del 19 de noviembre de 1991.

Así entonces, no puede caber duda, en este caso, sobre la continuidad, vigencia y convalidación legislativa del Código Electoral Nacional aprobado por la Ley N° 19.945, por cuanto dicho plexo normativo fue objeto de tratamiento expreso en oportunidad de experimentar sucesivas modificaciones por el Congreso de la Nación,

lo que importó, aunque más no sea tácitamente, que el Poder Legislativo federal al no derogarlo, ha confirmado su vigencia, cosa que también ha ocurrido con la Legislatura de la Ciudad, a partir de la sanción de unos pocos preceptos que se proyectan, con carácter singular y local, a los procesos electorales en éste ámbito.

10.5. Como regla general, es facultad privativa de la Legislatura, con mayoría de dos tercios del total de sus miembros, sancionar el Código Electoral (art. 82 inc. 2º CCABA); la materia electoral no puede ser objeto de regulación mediante decretos de necesidad y urgencia (art. 103 CCABA); ni tampoco de referéndums populares obligatorios y vinculantes, o no vinculantes (art. 65 último párrafo y art. 66 último párrafo CCABA), lo que obliga al Tribunal a actuar en este caso con especial medida.

La materia electoral y las exclusiones del padrón, es uno de los pocos ámbitos en la cual queda excluida toda posibilidad de ejercitación de los mecanismos de democracia participativa directa — para algunos autores semi-directa— de referéndum obligatorio y vinculante convocados por el Poder Legislativo o el Jefe de Gobierno, o de consulta popular no vinculante con idénticos convocantes (arts. 65 último párrafo y 66 último párrafo de la CCABA). Todo ello, como consecuencia de que la legislación sobre la materia requiere de una mayoría, especialmente agravada —mayoría de dos tercios del total de sus miembros—, para su aprobación en la Legislatura (art. 82 de la CCABA).

Es que, a este respecto, se ha entendido de especial gravitación dar primacía a la *democracia representativa*, incluso, por encima de la *democracia participativa*, en tanto esta última opera mediante institutos como la iniciativa popular, el referéndum y la consulta. Todo ello obedece a que el ejercicio directo de la soberanía popular, prescindiendo de los mecanismos representativos, se considera inconveniente para el tratamiento y la aprobación de determinados proyectos, que resaltan el valor del *mandato representativo*, por encima, incluso, del *mandato imperativo*, tal como se expresara en los debates que culminaron con la sanción de la Constitución Revolucionaria Francesa de 1791, en la cual para la elección de sus asambleístas se prohibió expresamente el *mandato imperativo*, añadiéndose que los representantes nombrados por los departamentos, no lo serían por uno en particular, sino por la Nación entera, con la prohibición de recibir mandato de cualquier tipo.

Fue en el marco de la Revolución Francesa, primero en la Asamblea de 1789-1791, y luego en la Convención 1792-1795, donde

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

gravitaron las ideas del abate Sièyes, y luego de **Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, marqués de Condorcet**, al entender este último que **la conformación de la voluntad general solamente era posible a través del mandato representativo de naturaleza política**, con la peculiaridad, en este caso, de que la Asamblea ejercería la representación de la **soberanía nacional** —nosotros diríamos, para la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la voluntad general de sus vecinos**—, y no de los electores singulares de cada uno de los diputados o congresistas, como venía ocurriendo en el “*L’Ancien Régime*”, en tanto la **soberanía nacional no pertenece a los electores o a los congresistas singulares, ni a la mayoría, sino al consenso al cual deben arribar los diversos representantes**. Es que los mandatarios, para dar a luz la *voluntad general*, no deben actuar obligados, ciegamente, a defender los intereses de sus representados, sino que deben interpretar, fundamentalmente, el *interés general*, ya que los Parlamentos no deben ser un Congreso de embajadores que defienden intereses singulares, distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener como abogado y mandatario, contra otros agentes y abogados, sino una *Asamblea Deliberativa* de una Nación —o de un *Estado Local*, en nuestro caso—, **con un interés, que es el interés de la totalidad, donde deben dejarse de lado, a su vez las aspiraciones y perjuicios particulares, en la búsqueda del bienestar general**.

La idea desarrollada precedentemente, que hace a la esencia de la concepción política fundamental de la *república representativa*, se encuentra en el basamento dogmático mismo de nuestra Constitución, donde se dejó expresado en el enunciado y directiva, contenidos en el artículo 22: “**El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete el delito de sedición**” (el énfasis en negrita ha sido añadido).

Por su parte tampoco podemos desentendernos de que la Constitución de los porteños, si bien habilita con carácter excepcional al **Jefe de Gobierno**, cuando fuera imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes, a **emitir decretos por razones de necesidad y urgencia**, tal herramienta normativa **está categóricamente vedada** respecto de “**normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos...**” (art. 103 de la CCABA – el destacado en negrita no obra en el texto original).

Todas las circunstancias apuntadas me llevan a concluir que **cualquier modificación o reducción de las actuales exclusiones**

del derecho político de voto para dotar de mayor universalidad al sufragio, **encuentra su ámbito natural y exclusivo en la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires**, donde serán **los representantes de los vecinos**, en tal carácter, y atendiendo al interés general, los que **deberán decidir el diseño, contenido y exclusiones del padrón electoral**, una circunstancia más que, como deferencia a otro Poder del Estado con competencia privativa, obliga a extremar la prudencia en el ejercicio por el Tribunal de las atribuciones que le asigna el artículo 113 inciso 2º, para actuar como legislador negativo a partir de sentencias estimatorias con alcance *erga omnes*.

10.6. Dificultades de implementación en la Ciudad de Buenos Aires del voto de los internos con condena firme de pena de prisión o reclusión efectiva por carecerse en la jurisdicción local de establecimientos penitenciarios.

En este aspecto, en la contestación de la acción declarativa la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires remarca expresamente que esta jurisdicción *“no cuenta con un sistema penitenciario equivalente a los existentes en las provincias, razón por la cual, no posee un registro de ciudadanos de la Ciudad privados de la libertad”*, agregando: *“ello conlleva a que no exista un padrón local de tal categoría de electores”*, para concluir que el *“sistema de boleta única no se encuentra previsto en el marco regulatorio del proceso electoral de la Ciudad de Buenos Aires, razón por la cual en el caso de promover su aplicación debe ser aprobado por la Legislatura”*. Añadió al respecto *“que salvo la unidad penitenciaria de Devoto, el resto de los establecimientos se encuentran fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*; cerrando sus conceptos con la afirmación de que *“las autoridades locales no contarían con competencia electoral, en términos técnicos, para establecer mesas de votación fuera de su jurisdicción”*.

Las observaciones transcritas en el párrafo anterior tienen gravitación decisiva, ya que de ser practicable tal tipo de comicio obligarían a adoptar algún tipo de decisión sobre el punto, en el sentido: **a)** que el domicilio electoral cuando se está en prisión sea el del “centro penitenciario”; o **b)** que la imposibilidad material —que se deriva de ese cambio de domicilio—, para que cada interno ejercite el derecho de voto en el lugar en que estaba empadronado con anterioridad a su ingreso a la institución carcelaria, se supla adjudicándolo, igualmente, a tal distrito electoral aunque no coincida con el lugar de emisión del sufragio.

Es verdad que la Ley N° 25.858 (de diciembre de 2003), al modificar el Código Electoral Nacional y disponer que los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se hallen privados de la libertad, también estableció que se habilitarían mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención, pero agregando, dado el carácter nacional de la regulación, en el artículo 3 *bis*, tercer párrafo, de dicho Código, que: “*los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que les corresponda, podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados y sus votos se adjudicarán al distrito en que estén empadronados*”.

Las disposiciones anteriormente transcriptas, de todos modos, resultan de difícil pero no de imposible ejecución, tratándose de elecciones nacionales, en las cuales se vota presidente y vicepresidente y/o senadores y/o diputados, pero resultan prácticamente impracticables de tratarse de comicios locales, salvo que previamente se concreten dos condiciones, a saber; la **primera**: la modificación del Código Electoral Nacional; y la **segunda**: la modificación del Régimen Electoral de los Estados provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conviniéndose, asimismo, el compromiso de todos los Servicios Penitenciarios nacional y provincial, a la recepción de los votos en el caso de elecciones locales, ya sean simultáneas, ya se traten de comicios desdoblados, como a las categorías y distritos a los cuales habrán de imputarse los votos, independientemente de donde se hayan emitido los sufragios. También sería imprescindible que quienes tengan a su cargo los cometidos electorales en el orden nacional y provincial, suministren el material para los comicios —aún mediante el sistema de boleta única, de uso para el voto de nacionales en el exterior, según la Ley N° 24.007 y el Decreto N° 1.138/93, reglamentario de la primera, art. 34, primer párrafo, en que se consignen todas las opciones partidarias— a los establecimientos carcelarios existentes a lo largo y ancho del país, contemplándose la forma de despliegue y repliegue de las urnas, como el mecanismo para llevar a cabo los escrutinios. De no ser así, en materia de elecciones locales, solo podrá implementarse el voto de los condenados con último domicilio electoral en la jurisdicción en que sea convocado el comicio y en tanto el establecimiento carcelario, esté allí radicado.

De todos modos, más allá de la gravitación que pudiera tener en el caso el criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re: “Emilio Fermín Mignone”* (Fallos: 325:524), sentencia del 9 de abril de 2002, conforme al cual “*reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo*”, ello no impide

tomar en cuenta la casi impracticabilidad efectiva y actual de que en comicios locales pueda implementarse el voto de los condenados, sin las **reformas legislativas pertinentes** y la **suscripción de los convenios de colaboración** entre los distintos planos del gobierno y que se proyecten a sus órganos penitenciarios, por todas las razones que anteriormente se consignan en este punto, sobre todo en vista que las autoridades de la Ciudad difícilmente pudieran hacer primar su temperamento y reclamar acatamiento por parte de las autoridades carcelarias nacionales o de otras provincias, fundamentalmente, cuando los establecimientos de detención en los cuales se encuentren los internos, con domicilio electoral en esta jurisdicción, se hallen radicados fuera de sus límites territoriales. Es que, el principio de jerarquía normativa subordina las normas locales a las nacionales, y no la inversa, y otro tanto ocurre, en principio, con las directivas que impartan sus autoridades.

10.7. Se puede introducir una cuestión constitucional sólo cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad de las sanción respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad, pero tal juicio no puede fundarse exclusivamente sobre la base de “situaciones particulares”, que pueden ser atendidas a través del control difuso de constitucionalidad a cargo de todos los jueces.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que **solo puede articularse una cuestión constitucional**, cuando una ley contempla **una sanción cruel o desproporcionada con la ofensa que se ha inferido al ordenamiento jurídico**, por falta de razonable correspondencia entre el bien jurídico tutelado y la penalidad, como consecuencia de la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del transgresor (causa: “*María Cristina Pupelis y Otros*” — Fallos: 314:424—, sentencia del 14 de mayo de 1991).

Desde otra perspectiva, **en abstracto, nada hace suponer que la exclusión del padrón electoral de los condenados a pena corporal con sentencia judicial firme y con encarcelamiento efectivo, importe un exceso de punición**, sobre todo a partir de un alegato de alcance general que impide demostrar que el castigo le irroque al culpable, en todos los casos, una aflicción absolutamente desproporcionada y desmedida.

Sentado lo anterior, **nada impide que en supuestos particulares**, atendiendo a las circunstancias singulares que gravitan en cada caso respecto a quienes van a ser sometidos a encarcelamiento, **éstos puedan efectuar todos los planteos que estimen pertinentes ante**

los jueces penales actuantes en sus respectivos procesos, para que en el **ejercicio del control difuso de constitucionalidad**, decidan sobre sus tachas y peticiones respecto de los efectos derivados de la exclusión del padrón electoral. Ello podrá hacerse, incluso, por otras vías procesales como las que se da cuenta en este voto, esto es, el *habeas corpus correctivo* —llegado el caso—, el *amparo electoral*, o incitando la *actuación de los jueces de ejecución penal de sentencia* —sin que ello importe abrir juicio de si su intervención está acotada a la forma en que se ejecuta la pena privativa de la libertad o si, incluso, pueden alterar el alcance, extensión y modalidades de las sentencias condenatorias respecto de la inhabilitación que aquí se aborda—.

Solamente con una finalidad argumentativa me permito ejemplificar sobre la base de un caso teórico, de un planteo posterior a haber quedado firme la sentencia de condena que contiene la inhabilitación absoluta. Piénsese por un momento en alguien que en situación de encarcelamiento ha accedido, o va a acceder en breve plazo a la libertad vigilada, a la libertad condicional o a la libertad plena, y ello va a ocurrir antes de la fecha fijada para la realización del comicio, pero con posterioridad a la fecha de cierre del padrón, que conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Código Electoral Nacional —vigente como legislación local—, es de 180 días antes de la fecha fijada para la elección. Aún en el caso de libertad asistida o de libertad condicional, el artículo 220 de la Ley 24.660 —Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad—, contempla que la inhabilitación del artículo 12 del Código Penal quedará suspendida en tales supuestos, lo que debe interpretarse de manera sistémica con la regulación contenida en el artículo 19, inciso 2º, de idéntico Código de fondo, con lo cual seguramente el pedido de habilitación electoral tendría que tener acogida favorable.

De la manera apuntada podría lograrse una **actuación correcta, coordinada y armoniosa entre el legislador y los jueces intervinientes** en cada caso, atendiendo a la finalidad superior de hacer justicia, **sin menoscabar el principio republicano de la división de poderes** al que adscribieron nuestros constituyentes, siempre que se demostrara, que la privación del derecho de voto en el supuesto particular, marca una falta de correspondencia absoluta e inconciliable, entre el injusto y la privación de los derechos políticos del condenado, afectando incluso, su dignidad como persona humana, núcleo central sobre el cual debe girar la organización constitucional de los derechos fundamentales.

Siendo ello así, **no corresponde atender en una acción declarativa de inconstitucionalidad de alcance general, situaciones que deban ser ponderadas y consideradas en cada caso en particular**, tomando en cuenta que las mortificaciones

derivadas de la inhabilitación son desproporcionadas o mayores a las que debieran derivarse del delito que ha originado la condena.

Es que, el acogimiento de planteos constitucionales en este tipo de procesos para arribarse a una sentencia estimatoria demandaría, la **demostración acabada de la irrazonabilidad total y absoluta de la norma, en cualquier supuesto y bajo cualquier circunstancia**, recaudo de fundamentación que no ha podido ser satisfecho adecuadamente por la accionante, tomando en cuenta que la declaración abstracta de inconstitucionalidad opera con un efecto expansivo absoluto, abarcando todas las hipótesis posibles de operatividad de la norma, derivado de su efecto *erga omnes*.

10.8. Breves conclusiones.

a) **Difícilmente pueda sustentarse la tesis de que este Tribunal esté habilitado para ejercer el control concentrado y negativo de constitucionalidad respecto de normas** —art. 3º, incisos “e”, “f” y “g” del Código Electoral Nacional, vigente como ley local en la Ciudad—, que no importan otra cosa **que reflejar regulaciones de carácter general nacionales y de derecho común, como las contenidas en el Código Penal en sus artículos 12 y 19 inc. 2º (art. 75 inc. 12 CN)**.

Es que el sistema jurídico argentino, apreciado en su conjunto, no solamente consagra la **supremacía de la Constitución Nacional**, sino también de **las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso (art. 31 CN)**, dentro de las cuales se encuentran comprendidos los **Códigos de Fondo (art. 75, inc. 12 CN)**, esto es, entre otros, el **Código Penal**, que forma parte del “**Derecho Común**”, con vigencia en toda la República, regulación constitucional reforzada con la **prohibición a las provincias** —y por ende a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, **de incursionar en tal materia**, después de que el Congreso los haya sancionado, **por haberse delegado tales facultades en el Gobierno de la Nación (art. 126 CN)**.

Tal circunstancia demuestra como **de modo artificioso y oblicuo, se pretende por la vía indirecta** de impugnar los tres incisos del artículo 3º del Código Electoral, **poner en crisis el texto expreso del Código Penal en sus artículos 12 y 19, inciso 2º**, por medio de una acción declarativa de inconstitucionalidad, que habilita exclusivamente a este Tribunal a ejercitar tal facultad “*contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad*” (art. 113, inciso 12º CCABA).

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido *in re*: “*Bellocq y Durañona contra el Ferrocarril del Sud de la Provincia de Buenos Aires*” (Fallos: 68:238), sentencia del 6 de junio de 1897, “Que si a las provincias les es prohibido dictar leyes que destruyan las reglas consignadas en los Códigos de Fondo, no puede admitirse que sus tribunales tengan el derecho de aniquilar esas mismas reglas y que los poderes federales carezcan de acción para mantener la obra del Congreso, manteniendo la unidad de legislación... // Que existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a éste apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiere obrado el cuerpo legislativo ajeno al poder judicial que no tiene misión sino para pronunciarse de conformidad a lo establecido por la ley y aún en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es dura o injusta”. Agregó, a su vez en la causa: “*Sociedad Anónima 'Viñedos y Bodegas Arizú' contra la Provincia de Mendoza*” (Fallos: 156:20), sentencia del 23 de octubre de 1929: “Que el art. 67, inc. 11 de la Constitución (texto histórico 1853-1860), concordante con el art. 24, atribuye al Congreso de la Nación la facultad de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren sobre sus respectivas jurisdicciones; y el art. 108 (texto histórico) declara que las Provincias no pueden dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado”. Añadió seguidamente: “Que la disposición del art. 31 al dar carácter de ley suprema de la Nación a las leyes que se dicten por el Congreso de acuerdo con la Constitución haciéndolas obligatorias para las Provincias, no obstante cualquier disposición en contrario que sus leyes o constituciones contengan, encierra el medio de hacer efectivo en todo el territorio de la República el principio de la unidad de legislación común, consagrado por el art. 67, inc. 11 (texto histórico)”. Valga citar por último la causa: “*Manuel de la Orden v. SRL Ingenio San Isidro*” (Fallos: 235:296), sentencia del 6 de junio de 1956, donde se resaltara: “Que desde antiguo esta Corte Suprema tiene establecido (Fallos: 147:29; 149:54; 156:20; 184:223; 186:531; 190:121; 197:260, entre otros) que la facultad de dictar los Códigos de fondo conferida por el Congreso de la Nación por el art. 67, inciso 11, de la Constitución (texto histórico) reviste los caracteres de un poder exclusivo y 'no puede ser compartido en su ejercicio por las autonomías provinciales correspondiendo solamente a aquél apreciar las ventajas o inconvenientes de las instituciones que hayan sancionado, dejándolas subsistentes o promoviendo su reforma'”.

b) La declaración de inconstitucionalidad que se pretende bien podría afectar la cosa juzgada respecto de condenas penales firmes que hayan hecho lugar a la inhabilitación, en un acto de intrusión respecto al pronunciamiento dictado por el “juez natural”.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en forma reiterada que el respecto **de la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen institucional** y, por ello, no es susceptible de alteración, ni aún por vía de invocación de derechos o garantías constitucionales, toda vez que **la estabilidad de las sentencias**, en la medida en que **constituyen un presupuesto de la seguridad jurídica**, son también una exigencia del orden público.

c) La descalificación de las restricciones a la incorporación en el padrón electoral de los condenados con pena corporal —que se encuentran respaldadas en preceptos, sino idénticos al menos equivalentes del Código Penal—, **no puede sustentarse solamente en razones de equidad, en la función resocializadora de la pena, o en algunas sentencias de tribunales extranjeros** que han tenido en vista el derecho positivo de sus respectivos países, su historia, su conformación institucional y la conciencia jurídica y cultural de sus pueblos; **o en las resoluciones de instancias jurisdiccionales internacionales encargadas de la aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos**, que solo han importado fijar una directiva a los países que los han suscripto, aprobado y ratificado, para que se reformulen algunas de las exclusiones electorales por condena con pena privativa de la libertad de carácter general o con vigencia indefinida en el tiempo.

Al respecto tempranamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re: “D. José Caffarena c. El Banco Argentino del Rosario de Santa Fe s/ conversión de billetes”* (Fallos: 10:427), sentencia del 21 de septiembre de 1871, ante conflictos internormativos, dejó expresado: *“Si los tribunales pudieran juzgar del mérito intrínseco de las leyes y de su justicia en abstracto, saliendo de sus atribuciones que son ‘jus dicere’, ‘no jus condere’, juzgar según las leyes y no juzgar de las leyes, quedarían superpuestos al Poder Legislativo, cuyas resoluciones podrían diariamente invalidar a pretexto de que no eran ellas conformes a la justicia, viniendo a tener al fin, contra las disposiciones expresas de la Constitución que consagran la recíproca independencia de los Poderes, la parte más importante en la sanción de las leyes, que necesitarían obtener, en tal caso, la final aprobación de los jueces para adquirir su fuerza obligatoria”*.

Adviértase, por lo demás, que en **Argentina, la exclusión** no abarca cualquier condena penal, sino que requiere que se esté en presencia de una **condena por delito doloso, con sentencia firme y ejecutoriada, que importe el efectivo encarcelamiento** —esto último como consecuencia de las previsiones de la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad—.

d) Corresponde descartar la ilegitimidad que insinúa la accionante respecto del **Código Electoral Nacional** por su origen — que opera como ley local—, **al haber sido dictado durante un gobierno de facto**, ya que **conforme a consolidada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación se ha validado, aunque más no sea tácitamente** su vigencia, en tanto la Ley N° 19.945 fue **objeto de tratamiento** expreso en **innumerables oportunidades** con intervención del **Congreso Nacional** al introducir en ella diversas modificaciones, lo que también se ve confirmado por la intervención que sobre la materia le ha cabido a la **Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**.

e) He intentado demostrar, y creo haberlo logrado, que **la exclusión del padrón electoral de los condenados con pena privativa de la libertad, sentencia firme y bajo encarcelamiento, no es un hecho casual en la legislación electoral argentina** y que se remonta, incluso, a la Ley N° 8.871 —“*Ley Sáenz Peña*”—, y asimismo, que también es la solución que ofrece la legislación en la materia de la mayoría de los países, lo que descarta que tal solución se traduzca en crueldad o desproporción respecto de todos sus destinatarios y en atención a la ofensa atribuida al delito, ya que no se comprueba en abstracto un “*exceso de punición*”, más aún cuando a través de los casos particulares ocurrentes podría incitarse el control difuso de constitucionalidad a cargo de los jueces competentes, ya se trate de aquellos que imponen la condena, los de ejecución penal de sentencia o de los que ejercitan la competencia electoral en cada comicio — supuesto este último, que en mi concepto ofrece mayores dudas—.

f) Por otro lado, ha quedado debidamente fundamentado que **es facultad privativa de la Legislatura, con mayoría de dos tercios del total de sus miembros, sancionar el Código Electoral** (art. 82 inc. 2° CCABA); **la materia electoral no puede ser objeto de regulación mediante decretos de necesidad y urgencia** (art. 103 CCABA); **ni tampoco de referéndums populares obligatorios y vinculantes, o no vinculantes** (art. 65 último párrafo y art. 66 último párrafo CCABA), **lo que obliga al Tribunal a actuar en este caso con especial mesura**.

Las circunstancias apuntadas, también son decisivas al momento de efectuar un escrutinio de constitucionalidad y convencionalidad de las normas que se pretenden poner en crisis y recomiendan decisivamente, en la medida en que algún sector político lo considere oportuno, que proponga el debate parlamentario —nacional y local— a sus efectos.

Estoy convencido que el planteo que aquí se articula, no es el único, y ni siquiera el más importante, para incluir en una agenda orientada a la “*universalización del sufragio*” —vg. participación de los electores argentinos radicados en el exterior en los comicios locales; agentes encargados de la prestación de servicios públicos esenciales de imposible interrupción durante el acto comicial, facilitando su voto anticipado; etc.—, y que dicha temática, como se dijo, es del resorte del Poder Legislativo, el cual, ejercitando el “*mandato representativo*” y teniendo en vista el “*interés general*” —*que como se viera es algo más que el interés de la mayoría*— a través del debate serio y plural de las distintas fuerzas políticas podrá confrontar visiones y, de ser necesario, efectuar las adecuaciones que deba contener un moderno Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que propenda, en sus distintos aspectos, a alcanzar la mayor extensión del derecho político del sufragio. Más aún, en una materia en la cual la competencia no es ni siquiera del pueblo a partir de los mecanismos de la democracia directa, sino de la soberanía popular a través de su representantes en la Legislatura. Todo ello en consonancia con las modificaciones que el Congreso de la Nación pudiera practicar al Código Penal, en los aspectos que aquí se han debatido.

Por las razones expuestas rechazo en todas sus partes la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. La pretensión de la parte actora consiste en que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de los incisos e), f) y g) del art. 3 del Código Electoral local (en adelante, también, “CNE”), cf. el texto del Código Electoral Nacional heredado como legislación local (cf., entre otros, la Acordada Electoral del TSJ nº 3/2011) (fs . 28/29vuelta).

2. Los incisos cuestionados dicen así:

“Artículo 3. - Quiénes están excluidos. Están excluidos del padrón electoral: [...]

e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena;

f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis;

g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción;”.

2.1. El texto electoral que rige en la CABA es el que regía como código electoral nacional al 1º de octubre de 1996 (cf. el art. 5 de la ley 24.588 y, entre otras, la Acordada Electoral nº 3/2011, ya citada). Empero, habida cuenta de que la CABA, como la mayoría de las provincias, aprovecha, entre otros, el padrón electoral provisorio elaborado por la Nación, se filtran algunas reformas posteriores a aquella fecha.

El padrón electoral definitivo proviene del provisorio una vez que éste queda depurado (cf. el art. 29 del texto vigente del Código Electoral Nacional). Dicho padrón provisorio resulta de reunir en un cuerpo los datos asentados en los “subregistros de electores por distrito, incluidas las novedades registradas hasta ciento ochenta (180) días antes de cada elección general, así como también las personas que cumplan dieciséis (16) años de edad hasta el mismo día del comicio” (cf. el art. 25 de aquel Código). Vale recordar que, con arreglo a lo previsto en el art. 1º de la ley 4.515 “[s]on electores en los procesos electorales y mecanismos de democracia semi directa, establecidos en el Título Segundo del Libro Segundo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los/as argentinos/as nativos/as y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad y los argentinos naturalizados/as desde los dieciocho (18) años de edad; domiciliados/as en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que no se encuentren inhabilitados/as por la normativa electoral vigente”.

El subregistro de distrito compone junto con otros tres —(a) de electores inhabilitados y excluidos; (b) de electores residentes en el exterior; y, (c) de electores privados de la libertad— el Registro Nacional de Electores (cf. el art. 15 de vigente Código Electoral Nacional), cuya organización, confección y actualización está a cargo de la Cámara Nacional Electoral (cf. el art. 17 del Código Electoral Nacional).

Las personas comprendidas en los incisos atacados no están excluidas del Registro Nacional de Electores, compuesto por quienes tienen reconocido el derecho a participar en comicios, sino del padrón

electoral, que contiene el subconjunto de quienes pueden participar en una elección determinada. De ahí que el art. 3 excluya del padrón electoral, pero no del Registro Nacional de Electores, a ciertas categorías de personas.

En las condiciones mencionadas, no estamos en presencia de categorías de personas a las que el Legislador estima inconveniente recibir el voto en ciertos comicios, mientras que dispone acordarles genéricamente el derecho a elegir.

3. El examen que sigue muestra que los incisos impugnados no satisfacen los recaudos constitucionales de una pena accesoria, ni en cuanto a la autoridad que la dispone con carácter general, ni en cuanto a la que la aplica, y tampoco los de una reglamentación válida del derecho a participar en la elección de autoridades.

4. La privación de un derecho por el orden jurídico puede tener origen en: (i) en el cumplimiento de un derecho de otro o en el deber de reparar frente la privación del derecho de otro, (ii) en un tributo —que supone pérdida de propiedad—, (iii) en una sanción retributiva, o (iv) en una imposición estatal consistente en hacer, o no hacer, a la que comúnmente llamamos carga pública —que supone pérdida de libertad—, diferenciándola de aquella, también llamada carga, que constituye un deber a cuyo cumplimiento se supedita la adquisición o el mantenimiento de un derecho, y que se ve como un modo de reglamentarlo¹.

Reglamentar un derecho, a su vez, no es privar de él sino, de un modo genérico que contiene a las cargas, poner límites válidos al

¹ Antonio Beliri, en un párrafo de su obra: *Tratado de derecho financiero y de hacienda pública* ilustra acerca de cómo una misma ley puede contener privaciones de derechos que se ajustan a algunas de las categorías repasadas. En ese orden de ideas, dice: “Fijémonos, por ejemplo, en la Ley de impuesto de timbre, que constituye indudablemente una ley de Derecho tributario. Esta norma dispone que la expresión documental de algunos actos no puede materializarse sino sobre un determinado tipo de papel, conminando con una pena pecuniaria para el caso de violación de ese mandato; con esto, evidentemente, la ley no hace sino fijar un límite a la libertad de los particulares y establecer una norma que es análoga por completo a cualquier norma de policía provista de una sanción de carácter penal. Pero la misma Ley establece también que quien expone al público un anuncio debe adherirle el timbre correspondiente y anularlo de determinados modos, o lo que es lo mismo, impone al contribuyente una obligación de hacer que, en cuenta tal y prescindiendo de su contenido específico, no se diferencia de las otras numerosas obligaciones de hacer impuestas al ciudadano por motivos de higiene o de seguridad pública”. *Tratado de derecho financiero y de hacienda pública*, Antonio Berliri, volumen 1, traducción, estudio preliminar y notas por Fernando Vicente-Arche Domingo, 1964, Madrid, pag. 29/30.

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

ejercicio. Así, el profesor Marienhoff se pregunta “¿Qué significa ‘reglamentar’ un derecho de índole constitucional?” y responde “Significa supeditar el *ejercicio* de ese derecho a un criterio razonable; en modo alguno significa ‘cercenar’ o ‘suprimir’ el ejercicio del derecho respectivo.// ‘Reglamentar’ un derecho significa disponer la manera cómo ese derecho ha de ser ‘ejercido’.// La ‘reglamentación’ de un derecho supone, pues, ‘ejercicio’ de ese derecho. La ‘pérdida’ de éste, dispuesta por una ley *reglamentaria*, excede los límites conceptuales de lo que ha de entenderse constitucionalmente por ‘reglamentación’².

Ahora bien, no cualquier límite al ejercicio de un derecho es válido. Sólo lo es aquel que proviene del Poder Legislativo y apunta a un fin legítimo que no puede ser atendido por medios menos restrictivos del derecho. Conforme lo ha establecido la CSJN desde tiempo inveterado, en aquellos casos en los que se examina la reglamentación de derechos constitucionales, al Poder Judicial “incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados” (*in re* “Pedro Inchauspe Hermanos c. Junta Nacional de Carnes”, *Fallos*: 199:483, entre muchos otros). Así, si bien está vedado a los jueces sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al de la Legislatura para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes (cf. doctrina de *Fallos*: 311:1206; 311:2128; 315:1316, entre muchos otros) la razonabilidad supone que no existan medios que lleven indisputablemente a iguales o preferibles resultados con restricciones sensiblemente menores de los derechos. Dicho de otro modo, supone que exista proporcionalidad entre el sacrificio impuesto a aquellos individuos cuya esfera de derechos se ve restringida, y la mayor satisfacción del fin perseguido, derivada de dicho sacrificio. En síntesis, compete al Legislador establecer los fines y escoger los medios para conseguirlos; mientras que es propio de los jueces verificar que esos fines sean legítimos, y los medios ni prohibidos, ni desproporcionados.

4.1. Los supuestos identificados como (i) a (iv) constituyen, entonces, distintos modos en que una persona puede ser privada de un derecho o libertad cuando se reúnen ciertos requisitos que difieren de los que convalidan las restricciones que genéricamente englobamos como “reglamentación”, esto es, los supuestos en que no se pierde el derecho sino que su mantenimiento o adquisición queda condicionado

² *Tratado de Derecho Administrativo*, Miguel S. Marienhoff, Tomo IV, sexta edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs.686/687.

al cumplimiento de determinadas cargas o bien se restringe el ejercicio de algún modo.

4.2. No siempre es sencillo distinguir estas diferentes hipótesis de las que depende, en definitiva, la esfera de libertades y derechos de las personas.

4.3. En cualquiera de las lecturas posibles, los incisos e, f y g del artículo 3 del CNE están en oposición a la CCBA.

5. En un primer examen corresponde establecer si puede ser el supuesto de sanción válida (iii), ya que, manifiestamente, ninguno de los incisos cuestionados responde a las categorías (i), (ii) o (iv).

Alguna razón concurre para considerarla como sanción, puesto que las hipótesis que dan ocasión a la pérdida del ejercicio del voto en una o más elecciones, sin que esa pérdida se extienda a la condición de elector, son conductas que están fulminadas como reprochables en otras leyes, tanto emanadas de la Nación como de provincias o aún de la CABA. Así, “los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena” contempla a infractores de leyes nacionales; el inciso f) “Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis”, indica explícitamente cuál es el estado emisor de las normas infringidas; y, el g) “Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción”, apunta a una ley federal.

Conviene observar que no se trata de un impedimento fundado en la situación de encontrarse privado de libertad. El término de la condena, en el primer inciso, comprende situaciones de libertad cuando la “efectivización” de la pena queda sujeta a condición. En los otros dos, definitivamente se trata de la pérdida del ejercicio del derecho a votar por un lapso mayor, o presumiblemente mayor, que la privación de libertad (esta cuestión la retomo en el punto 11.3. de este voto).

5.1. En ese marco, esas penas recaerían sobre conductas que está fuera del alcance de la CABA sancionar.

Los incisos e) y g) del art. 3 del CNE, en el supuesto que cupiera tener por vigente la conducta de “deserción calificada”, se refieren, como dije, a conductas que han sido tipificadas como “delitos” por el Congreso y sólo el Congreso pudo hacerlo. Esos delitos podrán ser de carácter federal o común. Si forman parte del derecho común, escoger la clase de pena, así como el hecho que la acarrea, es una atribución

exclusiva del Congreso una vez que ha ejercido la facultad que le acuerda la delegación prevista en el art. 75, inc. 12 de la CN (ver, también, el art. 126 de la CN). Esa delegación fulmina cualquier sanción retributiva que una jurisdicción local establezca por los mismos hechos que el Congreso tipificó como delitos —cf. también el art. 126 de la CN, y mi voto *in re* “Pérez, Ariel c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 4888/06, sentencia del Tribunal del 21 de marzo de 2007—.

A su turno, si el “delito” es de carácter federal, la Ciudad, al igual que el resto de las jurisdicciones locales, carecen de la facultad para sancionar la conducta. No ya por haber delegado esa facultad al estado Nacional, sino por ser una facultad privativa de la Nación.

En cuanto al inciso f) sanciona a quienes han sido juzgados y condenados por el incumplimiento de normas de juego dictadas por otras jurisdicciones (la Nación o una provincia). Pero, precisamente por corresponder a otras jurisdicciones su tipificación y juzgamiento, están por fuera del ámbito de competencia de los poderes Legislativo y Judicial de la CABA.

5.2. Un segundo óbice es que, concebidos como sanciones, sólo tendrían efecto si los jueces, de la CABA o de cualquier otra jurisdicción, a quienes compete el juzgamiento de esas conductas las aplican. Una sanción puede y debe tener fundamento en una norma general de jerarquía legislativa, pero, el Legislador no puede sancionar sino solamente vincular la sanción a una conducta. Compete a los jueces aplicarla. Pero, si lo hicieran, no cabría revisar sus sentencias en el marco del art. 113 inc. 2 de la CCBA.

5.3. Ello no importa sostener que la Ciudad no pueda tutelar el cumplimiento de sus normas mediante la amenaza de privar del voto a quienes las infrinjan; cuestión acerca de la cual no cabe profundizar atento el modo en que se resuelve.

6. A su vez, y tal como adelanté, tampoco resulta legítimo condicionar el ejercicio del derecho a participar de los comicios a no tener una condena por las conductas transcriptas en el punto 2 de este voto.

7. El art. 62 de la CCBA, en igual sentido que el art. 37 de la CN, establece que el sufragio tiene carácter “universal”.

Expresamente el artículo dice:

“[I]a 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” (el subrayado no pertenece al original).

8. En la Convención Constituyente de 1994 se sostuvo acerca del carácter “universal” del voto:

El convencional Cáceres dijo: “Proponemos que el voto sea universal de modo que a nadie le pueda ser vedada la emisión del voto; secreto, ya que de lo contrario sería reforzar prácticas antidemocráticas reñidas con la libertad de conciencia y la formación del gobierno republicano; y obligatorio, ya que nadie podrá excusarse para no participar en el proceso democrático (...)”³. El convencional Barcesat expresó: “De manera que en atención a esto que es doctrina de Naciones Unidas, que es la forma silenciosa del genocidio, pedimos que se parta de una formulación acorde con la de los derechos humanos, cuyo primer segmento es siempre necesariamente el del acceso, pero el acceso en la idea de lo universal, para todos”⁴. El convencional Marcolini sostuvo: “El sufragio universal como culminación del ejercicio de la libertad política se manifiesta inicial y concretamente en Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (...) Ciertamente podemos afirmar que en la democracia moderna esto se ha hecho realidad a partir del reconocimiento de este derecho a todos sus ciudadanos, lo que les permite participar en la designación de sus autoridades”⁵. A ello agregó: “También decimos en este dictamen que un hombre equivale a un voto, por lo cual se tiene en cuenta el padrón electoral en el que figuran los habilitados con sus domicilios y número de documento. Todas las personas que componen el cuerpo electoral se encuentran en las mismas condiciones. Este es un principio pilar que junto con la universalidad caracterizan el sistema democrático. Toda persona, por el sólo hecho de serlo, tiene derecho a votar”⁶. El convencional Ortiz Pellegrini dijo: “La palabra universal no tiene hoy el sentido que le daba la ley 8.871, cuando se refería solamente a los varones mayores de 18

³ Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, pág. 4542.

⁴ Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, pág. 4339.

⁵ Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, pág. 4379.

⁶ Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, pág. 4379.

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

años. Luego de la ley 13.010 ese término se refiere a todas las personas u hombres en sentido genérico, es decir, varones y mujeres mayores de la edad prevista por la ley electoral; en una palabra, a todos. Se opone entonces al concepto de sectorial, no al de individual o personal (...)⁷ (los subrayados no pertenecen al original).

8.1. En la Convención Constituyente de la CABA no se debatió acerca del término “universal”. La discusión estuvo circunscripta a las novedades que incluía al art. 62 a la luz de lo previsto en el art. 37 de la CN, por ejemplo: qué correspondía entender por “no acumulativo”.

9. El Constituyente ha establecido a quiénes otorga derecho al voto disponiendo a ese respecto que el derecho es “universal”, es decir que todas las personas lo tienen. En efecto, ese carácter de “universal” garantiza que todos, por el solo hecho de ser personas, merecemos el derecho al sufragio (cf., también, las intervenciones de los Convencionales constituyentes reseñadas *supra*). En ese marco, el Legislador no puede regular el derecho al voto sobre la base de reconocer distinta dignidad a las personas; puesto que, de hacerlo, vendría a revisar la voluntad del Constituyente que ha estimado a **todos** de igual dignidad.

10. Esa intensidad con que ha sido reconocido el derecho al sufragio no impide su reglamentación. Una conclusión de esa especie sería incompatible con el texto del art. 62 de la CCBA que expresamente dice que los “derechos políticos” se ejercen “...según las leyes que reglamenten su ejercicio” (el subrayado no pertenece al original); y conforme lo ha señalado la CSJN desde tiempo inveterado, “[l]a Constitución Nacional constituye un todo orgánico y sus disposiciones deber ser aplicadas concertadamente” (cf. Fallos: 289:200, entre muchos otros). Ahora bien, la reglamentación, tal como se adelantó más arriba, tiene que perseguir un interés público legítimo, respetar la garantía de igualdad y no existir otros medios que lleven indisputablemente a resultados iguales, o preferibles, con una contracción menor del derecho al sufragio. Es decir, la medida adoptada no debe ser sustituible por otra menos restrictiva que permita atender en igual manera el interés legítimo perseguido. Por ejemplo, el Estado bien podría condicionar el derecho al voto por razones de capacidad, seguridad, salubridad o libertad, entre otros. En ese orden de ideas, existe un interés público legítimo en que todas las personas que asisten a votar sean capaces y lo hagan con la mayor libertad posible. A tales fines, por ejemplo, los estados han condicionado el

⁷ Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, pág. 4467.

derecho al voto a haber cumplido determinada edad, en la que se estima la persona ha adquirido la capacidad suficiente para votar. Quizás hasta podría hacerlo legítimamente por otras razones. Pero, en todos los casos, será tarea del estado demostrar el carácter legítimo del fin atendido y que la medida no es sustituible por otra menos restrictiva del derecho.

10.1. Una idea similar ha sido desarrollada por la Corte de los Estados Unidos exigiendo un “*compelling state interest*” para admitir una restricción al derecho de participar en los comicios. En ese orden de ideas, tiene dicho que: “cuando una clasificación legal interfiere con el ejercicio de un derecho fundamental, no puede ser tenida por válida a menos que esté fundada suficientemente en un importante interés estatal y resulta adecuada para atender únicamente esos intereses. Ver, e. g., *Carey v. Population Services International*, 431 U.S., at 686; *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 415 U.S., at 262-263; *San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S., at 16-17; *Bullock v. Carter*, 405 U.S. 134, 144 (1972)” (cf. la causa *Zablocki vs. Redhail*, 434 U.S. 374, 1978)⁸.

⁸ En su texto original: “*When a statutory classification significantly interferes with the exercise of a fundamental right, it cannot be upheld unless it is supported by sufficiently important state interests and is closely tailored to effectuate only those interests. See, e. g., Carey v. Population Services International, 431 U.S., at 686; Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S., at 262-263; San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S., at 16-17; Bullock v. Carter, 405 U.S. 134, 144 (1972)*”. Con relación al derecho al voto los profesores Ronald d. Rotunda and John E. Nowak enseñan que “[a]unque la Corte Suprema ha restringido la autoridad de los estados sobre el proceso electoral, al mismo tiempo ha reconocido a los estados el derecho a imponer algunas restricciones al derecho al voto. El derecho al voto es un derecho fundamental y las restricciones están sujetas a un “estricto examen”, pero, en ese contexto, “estricto examen” significa sólo que los jueces deben revisar independientemente la regulación o restricción a votar. Si la restricción está de hecho relacionada con intereses estatales importantes o primordiales, la Corte deberá sostener esa restricción o regulación. Por ejemplo, la Corte ha entendido razonables los requisitos de edad, ciudadanía y residencia. Sin embargo, la determinación de lo que es una restricción razonable en las limitaciones del derecho a votar es difícil de hacer”. El texto original dice: “*Although the Supreme Court has restricted the authority of the states over the electoral process, at the same time, it has acknowledged the states’ right to impose some restrictions on the right to vote. The right to vote is a fundamental right and restrictions on it are subject to ‘strict scrutiny’ but in this context ‘strict scrutiny’ means only that judges must independently review the voting regulation or restriction. If restriction is in fact related to important or overriding state interests, the Court will sustain that regulation or restriction. For example, the Court has upheld reasonable age, citizenship, and residency requirements. The determination, however, of what is a reasonable restriction o impairment on the voting right often is difficult to make*”, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure, Second Edition*, Ronald d. Rotunda and John E. Nowak, tomo 3, pág. 390.

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

A su turno, el juez *Caffish*, en su voto concurrente en la causa “*Hirst vs. The United Kingdom*” de la Corte Europea de Derechos Humanos, sostuvo con relación al término “universal” que:

“Es posible que haya, en los estados democráticos contemporáneos, una presunción de sufragio universal. Esto no significa, sin embargo, que el Estado no pueda restringir el derecho al voto, a elegir y a ser elegido, y es posible que los Estados Contratantes gocen de un ‘amplio’ margen de apreciación al respecto — aun cuando esa expresión tenga un significado reducido, salvo para sugerir que los Estados tienen algún margen de maniobra. Sin embargo, debe haber límites a esas restricciones; y compete a esta Corte, en lugar de los Estados Contratantes, determinar si una restricción dada es compatible, o no, con el derecho individual a votar, a elegir y a ser elegido. Para lograr esta decisión, la Corte se basará en el objetivo legítimo perseguido por la medida de exclusión y en la proporcionalidad de esta última (véase *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, sentencia del 2 de Marzo de 1987, series A no. 113, p. 23, § 52)”⁹.

10.2. En línea con ello, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, en el caso “*Yatama vs. Nicaragua*” sentencia del 23 de junio de 2005, con relación al art. 23 de la CADH, que:

“[l]a previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad

⁹ En su texto original: “*There may well be, in contemporary democratic States, a presumption of universal suffrage. This does not mean, however, that the State is unable to restrict the right to vote, to elect and to stand for election, and it may well be that the Contracting States enjoy a ‘wide’ margin of appreciation in this respect – although this expression carries little meaning, except to suggest that States have some leeway. There must, however, be limits to those restrictions; and it is up to this Court, rather than the Contracting Parties, to determine whether a given restriction is compatible with the individual right to vote, to elect and to stand for election. To make this determination, the Court will rely on the legitimate aim pursued by the measure of exclusion and on the proportionality of the latter (see Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, judgment of 2 March 1987, Series A no. 113, p. 23, § 52).*”

*democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. **La restricción** debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos al derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.// 207. Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual, y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, '[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia', para lo cual se puede diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de las comunidades indígenas y étnicas" (cf. los puntos 206 y 207 del caso "Yatama", el subrayado y la negrita no pertenecen al original).*

10.3. Resumiendo, es posible reglamentar pero, para ser válida, la reglamentación debe perseguir un interés público legítimo, no ser sustituible por otra medida menos invasiva que atienda en igual, o mejor, medida ese interés y no recaer sobre capítulos que vienen resueltos por el Constituyente.

11. Aplicadas esas reglas a la situación que aquí nos ocupa, asiste razón a la parte actora en cuanto sostiene que condicionar el derecho al voto en los casos a que se refieren los incisos e), f) y g) del

"2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia."

art. 3 del CNE implica apartarse de los mandatos del art. 62 de la CCBA (cf. los puntos 7, 9 y 10 a 10.3 de este voto); en particular, del carácter “universal” con que esa norma reviste el derecho al sufragio.

En suma, los propósitos que indica el GCBA no constituyen el fin legítimo (interés público) que podría justificar una restricción al derecho al sufragio como la que aquí cuestionada.

11.1. Sin perder de vista que el Legislador enfrenta la compleja misión de dictar normas generales y abstractas para un universo de casos que serán alcanzados por ellas, muchas veces con información irremediablemente limitada, el GCBA no ha suministrado una explicación mínima acerca de las razones que llevan a vincular la existencia de las condenas a las que señalan los mencionados incisos del art. 3 del CNE con la imposibilidad de ejercer el derecho al sufragio en las condiciones que manda la CCBA; tampoco muestra cuál sería la conexión que habría entre ese sacrificio y la “seguridad común” por la que velaría la reglamentación cuestionada.

11.2. El GCBA sostiene que la reglamentación busca atender “la seguridad común” (fs. 104). También, evitar que emitan su voto quienes pueden sentirse “...psicológicamente determinados y/o moralmente obligados a emitir su voto acatando mandatos externos a su propia voluntad”; supuesto en el que, afirma, se encontraría quien está privado de su libertad (cf. fs. 108vuelta). Finalmente, enuncia varias “complejidades operativas” que, a su juicio, impedirían recibir esos votos, a saber, que la CABA no cuenta con un sistema penitenciario “...equivalente a los existentes en las provincias...” (cf. fs. 109); que se requeriría un sistema de boleta única, que no existe en Ciudad; que sólo la unidad penitenciaria de Devoto se halla en el ámbito de la Ciudad, y que “...las autoridades locales no contarían con competencia electoral en términos técnicos para establecer mesas de votación fuera de su jurisdicción...” (cf. fs. 109 vuelta).

11.3. Con excepción de la “seguridad pública”, el resto de los argumentos transcritos están dirigidos a justificar la restricción del derecho al voto a quienes se encontrarán privados de su libertad. Sin embargo, la restricción del art. 3 del CNE abarca también a personas que están en libertad.

Tal, por ejemplo, es el caso de quien fue condenado (a) por un “delito doloso a pena privativa de la libertad”, de modo condicional (cf. el Título III del CP), u obtenido la libertad condicional o asistida (cf. la ley 24.660); (b) por faltas a las leyes de juego. Recordemos que la exclusión del padrón es “...por el término de tres años; [y] en el caso de reincidencia, por seis” (cf. el inc. f del art. 3); plazo excede en mucho el

que habitualmente prevén las contravenciones como pena privativa de la libertad. A modo de ejemplo, vale señalar que el Código Contravencional prevé que la pena de “arresto” no puede exceder, en ningún caso, los 90 días (cf. el art. 25); y (c) por “deserción calificada”, en el supuesto que cupiera entender que ese tipo se encuentra vigente, toda vez que la exclusión del padrón es “por el doble término de la duración de la sanción”. De ahí por lo menos la mitad del tiempo de la prohibición la persona va a estar en libertad.

En ninguno de esos casos se darían la situación de vulnerabilidad que apunta el GCBA, o las complejidades “operativas” reseñadas. Sin embargo, sobre esas personas pesaría una limitación al ejercicio del derecho al voto, cuya finalidad no se observa, ni el GCBA identifica.

11.4. La “seguridad común” por la que el GCBA dice que la ley tiene por objeto velar, tampoco se exhibe como una razón válida para justificar la restricción que establecen los mencionados incisos. Principalmente, porque no se ve la conexión que habría entre “seguridad común” y la mencionada restricción. En efecto, no se exhibe de los antecedentes a que se refieren incisos e), f) o g) un riesgo concreto para la realización del acto eleccionario; y el GCBA tampoco dice cuál sería ese riesgo.

A ello se suma que la realización del “acto electoral” está sujeto a estrictas reglas de control y seguridad para garantizar su correcto desarrollo (cf. el Título IV, el acto electoral, Capítulo I, normas especiales para su celebración, del CNE), como así también a un régimen de penalidades específico (cf. Título VI, violación de la ley electoral, capítulos I y II); que el GCBA no explica por qué no serían suficientes para asegurar la “seguridad común”. Asimismo, no resulta razonable sostener que el antecedente de haber sido condenado por un “delito doloso”, sin importar cuál ha sido ese delito, o por una infracción a las leyes de juego nacionales o provinciales constituye un elemento del cual se pueda extraer que existen razones para suponer que esas personas afectadas pueden poner en riesgo la “seguridad común” en una elección.

Cierto es que el GCBA podría estar refiriéndose, aunque no lo diga, a la “seguridad común” dentro de los establecimientos penitenciarios. Pero, ni la norma está limitada a los sufragios que se realicen en esos establecimientos, ni se han exteriorizado razones, ni acompañados elementos tendentes a relacionar el ejercicio del derecho al sufragio con los riesgos que ello podría acarrear dentro del establecimiento penitenciario de que se trate. A su vez, y aun cuando se hubiere demostrado esa relación, cabría todavía acreditar, para

demostrar la validez constitucional de la restricción, que no existe otra medida que preserve el ejercicio del derecho y permita arribar a un resultado igual o mejor (cf. los puntos 10 a 10.3 de este voto).

11.5. Finalmente, tampoco los fundamentos que se dan para justificar la restricción del derecho al voto a quienes están privados de su libertad son atendibles a la luz de la CCBA.

Las dificultades “operativas” que indica el GCBA no constituyen una razón constitucional válida para privar a un grupo de personas de un derecho que tanto la CN, como la local acuerdan con las características descriptas en los puntos 7 a 9 de este voto. Además, la parte demandada no se ha hecho cargo de que en otras oportunidades se han arbitrado medios para que puedan sufragar en elecciones locales quienes se encuentran privados de su libertad (cf. la Acordada Electoral 6/2007), personas que, aunque sean presumidas inocentes, no cabe por ello verlos como más ni menos capaces de alterar la seguridad de un establecimiento carcelario.

Por lo demás, si bien existe un interés público en que las personas emitan su voto libres de toda presión, y con las garantías que establece la CCBA, el GCBA no ha explicado por qué estaría impedido de asegurar esa situación a quienes se encuentran privados de su libertad. Ello, máxime cuando no son pocas las personas privadas de su libertad a las que, con arreglo a la doctrina sentada por la CSJN, y en concordancia por el TSJ, no resulta válido restringirles el derecho al voto (cf. *“Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”* Fallos: 325:524, y TSJ *in re “Rojo Horacio Adolfo s/ amparo”*, expte. n° 5349/07, sentencia del 20 de junio de 2007 y la Acordada Electoral 6/2007). En ese contexto, no se vislumbra, y el GCBA no lo explica, por qué los presos con sentencia firme no podrían aprovechar, a fin de garantizar su derecho al sufragio, el sistema de votación instrumentado para las personas sobre las que pesa una prisión preventiva o provisoria y que, con arreglo a la citada doctrina, tienen derecho a votar.

Por lo demás, la tesis del GCBA llevaría al absurdo de sostener que cada vez que resulta complejo para el Estado garantizar el ejercicio de un derecho corresponde restringirlo y aun eliminarlo.

12. Por lo dicho hasta aquí, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los incisos cuestionados.

La forma en que se resuelve torna innecesario analizar el resto de los agravios formulados por la parte actora.

13. Cabe aclarar que lo aquí resuelto no importa emitir decisión alguna acerca de la validez de: (a) los artículos del Código Penal que

establecen como pena la privación del derecho al voto (cf., entre otros, los arts. 12, 19, 20 y concordantes del CP); (b) los reglamentos federales, o aquellos emitidos por otras jurisdicciones, destinados a regular el funcionamiento de los establecimientos penitenciarios bajo su jurisdicción, donde se pueden encontrar alojados potenciales votantes locales; y, (c) aquellas sentencias mediante las cuales se hubiera privado al condenado del derecho al voto en elecciones locales (aun cuando hubieran hecho cosa juzgada “írrita”). Por lo demás, ninguna de esas cuestiones habría podido ser materia de debate en esta acción (cf. el art. 113, inc. 2, de la CCBA). Tampoco se ha cuestionado la validez del resto de los incisos del art. 3 del CNE que excluyen del padrón electoral local a quienes estén enmarcados en algunos de los supuestos allí previstos. Vale aquí recordar que el texto electoral que rige en la Ciudad es el que regía como código electoral nacional al 1 de octubre de 1996 (cf. el punto 2.1. de este voto). De ahí que no hubieran operado efectos en ese texto las reformas instrumentadas por la leyes 26.571, 25.858 y 24.904.

En ese marco, aun en el supuesto de que la Legislatura derogara los incisos e, f y g del art. 3 del CNE cuestionados, no todas las personas hoy alcanzadas por esas previsiones quedarían automáticamente habilitadas para votar. Todavía gran parte de ellas podrían verse impedidas de sufragar por algunas de las razones reseñadas en el párrafo que antecede; y esas restricciones no han sido tratadas en esta acción, razón por la cual esta decisión nada predica acerca de ellas, ni habrían podido serlo.

13.1. La ADC sostuvo, en la audiencia del día 20 de marzo de 2013, que “...cualquier decisión que se adopt[ase] acá para nada supondría decir nada acerca de validez constitucional de los artículos 12 y 19 del Código Penal, por supuestos en el cual este Tribunal no tiene jurisdicción. ¿Por qué? Porque cabe entender que cuando el Código Penal restringe el derecho al voto se está refiriendo al voto en las elecciones nacionales porque es claro que el Congreso carece de facultades para regular el derecho al voto en las elecciones locales; eso es una facultad exclusiva de la Ciudad de Buenos Aires y es por eso que el único que puede reglamentar esto es el Código Electoral, con una reglamentación que estamos atacando de inconstitucional”.

Más allá de que esta acción no ha sido concebida por el Constituyente local para que el Tribunal interprete normas nacionales (ni cualquier otra), las que, por lo demás, vale reiterar, no pueden ser cuestionadas en el marco de la presente acción (cf. el art. 113, inc. 2 de la CCBA), lo cierto es que la afirmación de la ADC ha sido formulada privada de todo sustento.

El artículo 75, inc. 12, de la CN acuerda al Congreso la facultad de “[d]ictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, *en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones* (el subrayado no pertenece al original). Esa norma importó, como bien destaca Joaquín V. González, una innovación con respecto a los EEUU. “[E]l texto argentino hace los Códigos obligatorios para toda la Nación, sus Provincias y Territorios, y en aquellos [los EEUU], cada Estado se rige por su propia ley común¹⁰. En materia penal, ello significa que el Congreso define qué conductas el pueblo argentino entiende penalmente reprochables, y cuál es el grado de ese reproche (es decir, la pena). Esa circunstancia lleva a concluir, como lo hace la mayor parte de la doctrina penal, que la sanción de “privación del derecho electoral” que establece el CP alcanza, centralmente, al ejercicio del derecho electoral local. Ello es así, porque, como principio, es interés del pueblo de la jurisdicción de que se trate sancionar la conducta cuya comisión se imputa. De ahí que no se observa, y la parte actora no lo explica, por qué la inhabilitación que prevé el CP no alcanzaría las elecciones locales, si es interés principalmente de las provincias juzgar las conductas que tipifica el Código Penal. Dicho de otro modo, el interés en juego es local, y no federal. En línea con ello, Ricardo C. Nuñez afirma que la inhabilitación “[i]mporta, igualmente, la *privación del derecho electoral* (art. 19, inc. 2º), vale decir, del derecho de votar en las elecciones nacionales, provinciales o municipales”¹¹. En igual sentido se puede ver *Código Penal, y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia*, Dirigido por David Baigún y Eugenio R. Zaffaroni, Ed. Hammurabi, tomo 1, pág. 227; y, *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Dirigido por Andrés José D’Alessio, Ed. La Ley, segunda edición, tomo 1, pág. 177; entre muchos otros.

Por ello, voto por hacer lugar a la demanda y declarar la inconstitucionalidad de los incisos e, f y g del art. 3 del CNE.

El juez Horacio G. Corti dijo:

¹⁰ *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Joaquín V. González. Ed. Angel Estada y Cía. S.A. Editores, pág. 452.

¹¹ *Derecho Penal Argentino*, R. C. Nuñez, parte general – II, Editorial Omeba, pág. 434.

1.- La Asociación por los Derechos Civiles (en adelante, “ADC”) promueve acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 3 incs. e), f) y g) de la ley Nº 19.945 “Código Electoral Nacional” (en adelante, “CEN”) por resultar contrarios a los arts. 1, 10, 11, 13 incs. 3, 7 y 9, 15 y 62 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los arts. 1, 16, 18, 19, 28, 33 y 37 de la Constitución Nacional y de diversos preceptos del Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional, particularmente el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “Convención ADH” o “CADH”), con el fin de garantizar que las personas condenadas puedan ejercer su derecho al voto en las futuras elecciones.

La actora señala que el CEN es una norma que integra el derecho público local en virtud del art. 5 de la ley 24.588 y de la Acordada 6/07 de este Tribunal Superior de Justicia. Sostiene que la presente acción se encuadra en los requisitos exigidos por los arts. 113 inc. 2º de la Constitución CABA y que las disposiciones legales reprochadas poseen carácter de normas generales susceptibles del control abstracto de constitucionalidad.

2.- Las disposiciones normativas objeto de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad excluyen a ciudadanos del padrón electoral por distintos supuestos, a saber:

“Artículo 3. - Quiénes están excluidos. Están excluidos del padrón electoral: e) Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; f) Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis; g) Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción; (...).”

La parte actora sostiene que la exclusión del padrón electoral de los ciudadanos previstos en los supuestos del art. 3 incs. e), f) y g) del CEN prohíbe de hecho y de derecho el derecho al voto a este grupo de la población e impide que la sociedad construya sus resultados electorales mediante el concurso de aquellos votos de quienes son excluidos por la norma.

A criterio de la parte actora, la norma atacada vulnera el derecho a la universalidad del voto que consagra el art. 37 de nuestra Constitución, el art. 62 de la Constitución CABA, el 23 de la Convención ADH y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “PIDCyP”). Agregan que la restricción del derecho al voto de los condenados a penas privativas de la libertad

no supera el test de razonabilidad que exige el art. 28 de la CN y que margina de la participación política a un grupo de personas vulnerables en contradicción con el principio de igualdad de los arts. 16 de la CN y 11 de la Constitución de la CABA.

3.- De forma preliminar considero necesario explicitar el marco conceptual que permite encuadrar este caso.

El eje del asunto radica en la significación política que hoy tiene para los argentinos la democracia.

Una de las características de nuestra historia ha sido la ruptura de la continuidad constitucional-democrática como consecuencia de los golpes de Estado llevados a cabo por las fuerzas armadas (con la complicidad de sectores civiles, minoritarios aunque influyentes).

Desde el dictado de la ley Sáenz Peña (que cerró el período de la república oligárquica sostenida en una visión restringida y elitista de la democracia) y hasta el año 1983, sólo tres presidentes pudieron concluir sus mandatos (Hipólito Yrigoyen -1916 a 1922-, Marcelo Torcuato de Alvear -1922 a 1928- y Juan Domingo Perón -1946 a 1952-).

En esa historia de fracturas democráticas, el gobierno cívico-militar que ocupó el poder en marzo de 1976 inició el período más trágico de nuestra vida como Nación, caracterizado, esencialmente, por la puesta en práctica del terrorismo de Estado (“por el terror más profundo que ha conocido la sociedad argentina” según precisó Rodolfo Walsh en su Carta Abierta) y el consiguiente disciplinamiento de nuestra sociedad, con múltiples consecuencias que perduran hasta el día de hoy, como lo muestra la situación del endeudamiento público externo.

En 1983 los argentinos, como consecuencia de las energías liberadas por las luchas por los derechos humanos, iniciamos un período inédito de nuestra historia. Y uno de los rasgos esenciales de este camino es la valorización concreta de nuestra Constitución y la afirmación de la democracia como base de nuestra cultura política.

Afirmar la democracia no es sólo, para nosotros, comprometernos con un sistema político sino, más profundamente, posicionarse frente a aquella historia de rupturas institucionales.

Cada vez que votamos realizamos un acto simbólico y colectivo a través del cual ratificamos que más allá de las diferencias (que son además propias de una sociedad pluralista) decidimos vivir en democracia y le decimos “no” al pasado autoritario. En cada votación hay una emoción muy particular, una conciencia difundida en cada uno de los lugares de votación, en las escuelas y en las calles, que revela la profunda significación política, afectiva y humana que tiene dicho momento.

El pueblo soberano, fundamento político de nuestra Constitución, se expresa en el voto, una de las formas principales a través de las cuales hace presente su voluntad.

4.- Estas reflexiones iniciales le otorgan un perfil singular a las referencias jurídicas que más adelante se detallan. Entiendo que el derecho tiene que ser leído e interpretado a la luz de nuestras experiencias vitales, sociales e históricas. La reseña de disposiciones jurídicas contenidas en constituciones y tratados internacionales, así como de los antecedentes generados por el derecho internacional, adquieren un sentido singular cuando los enfocamos desde nuestras vivencias como comunidad.

Y a la luz de nuestra historia considero que deben existir razones inequívocamente fuertes para justificar la restricción al derecho a voto.

Mucho nos ha costado a los argentinos conquistar ese derecho. Porque los derechos no surgen de la nada. No son concedidos. Tampoco son el resultado de puras disquisiciones intelectuales. Por el contrario, son el resultado, frágil por cierto, de acciones y luchas colectivas de los pueblos.

Largo ha sido el proceso para que la democracia deje de ser la expresión política de los varones propietarios. La universalización de los derechos electorales a todos los hombres, primero, con independencia de su situación social. La conquista de un proceso electoral sin fraude. La inclusión luego de las mujeres. Todos han sido pasos precedidos de luchas, de conflictos y de compromisos colectivos (de una bibliografía histórica abundante sobre los procesos políticos y electorales argentinos me remito a tres textos, que estimo pertinente mencionar aquí: Darío Cantón, *El parlamento argentino en épocas de cambio: 1890, 1916 y 1946*, Editorial del Instituto, Buenos Aires, 1966; Marcelo Cavarozzi, *Autoritarismo y democracia (1955-2006)*, Ariel, Buenos Aires, 2006 e Hilda Sabato, *Pueblo y política. La construcción de la Argentina moderna*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2010).

En estas condiciones, me resulta indudable que no se han esgrimido razones de peso para prohibir, de forma genérica, el derecho a voto de los condenados.

Dicho esto, que expresa el núcleo de mi posición, paso a relatar las diversas bases jurídico-positivas que justifican la declaración de inconstitucionalidad de las reglas traídas a conocimiento.

5.- El derecho al voto se desprende de los derechos políticos de raigambre constitucional. Para comprender el contenido de este

derecho corresponde determinar su alcance en nuestro ordenamiento jurídico.

El **art. 37 de la CN** establece ***“Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio (...).”***

Por su parte el **art. 62 de la Constitución CABA** reza ***“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 (...).”***

6.- A partir de la reforma de 1994 los derechos políticos se han visto reforzados por la recepción de diversos tratados internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente el derecho al voto (**art. 75 inc. 22 de la CN**).

Nuestro país como integrante del **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos** ha adoptado la **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** que concibe el sufragio en su doble faz como derecho humano y como deber. Así, en su **art. XX** consagra ***“Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”***. También establece en su **art. XXXII** que ***“Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello”***.

En esta misma línea se encuentra la **CADH** que en su **art. 23** sobre Derechos Políticos prescribe que ***“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”***.

7.- Por otra parte, luego de la reforma de 1994, la Argentina ha consagrado con jerarquía constitucional dos instrumentos del **Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos** que merecen ser mencionados. De igual manera que los anteriores instrumentos reseñados, el **art. 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos** dispone que *“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos (...). La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”*.

Por su parte, el **art. 25 del PIDCyP** establece que *“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (...)”*.

8.- Sobre el contenido y alcance del derecho al voto, en el caso **“Esquivel”** la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** ha establecido que en *“(...) el sistema republicano representativo, como el nuestro, el pueblo, en cuyo nombre se dicta el estatuto fundamental, es la fuente originaria de la soberanía. Que el medio esencial para poner en ejercicio dicha soberanía es el voto de los ciudadanos a efectos de constituir, directa o indirectamente, a las autoridades de la Nación. Que esta prerrogativa del ciudadano es irrenunciable, por cuanto constituye el fundamento del gobierno, sin el cual no es posible la existencia del Estado”* (CSJN, *“Esquivel Héctor Darío”*, 1933, T. 168, P. 130).

En el caso **“Ríos”** la CSJN ha definido el **derecho al sufragio** como *“un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del pueblo del Estado, que en cuanto actividad, exterioriza un acto político. Tiene por función la selección y nominación de las personas que han de ejercer el poder y cuya voluntad se considera voluntad del Estado en la medida en que su actividad se realiza dentro del ordenamiento jurídico, ya que los que mandan lo hacen en tanto obedecen al orden legal en que fundan sus decisiones y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formación participaron. Esa participación se efectiviza por medio del sufragio, dando sentido al principio de*

que el pueblo, como titular de la soberanía, es fuente originaria de todos los poderes. Estos poderes cumplen funciones confiadas a órganos elegidos por medio del sufragio e investidos de autoridad en virtud de la representación que se les atribuye. Esto hace que el sufragio adquiera carácter funcional, ejercido en interés no del ciudadano individualmente considerado sino de la comunidad política, a través del cuerpo electoral” (22/04/1987, T. 310, P. 830).

Posteriormente, en el caso “**Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas**” la Corte ha considerado que “*Es un principio de derecho político y electoral básico que debe tratar de garantizarse la expresión genuina de la voluntad del pueblo a través del cuerpo electoral, postulado que reconoce su raíz en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno que la justicia debe afirmar*” y que “**el derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, como expresa el art. 23, inc. b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo**” (07/06/2005, T. 328, P. 1825, voto de los jueces Fayt y Vázquez).

En el caso “**Mignone**” la CSJN ha determinado la inconstitucionalidad de la prohibición del derecho al voto de las personas procesadas por prisión preventiva por ser contrario a lo dispuesto en el art. 23. 2 de la CADH. En esta línea progresiva ha garantizado el voto de los detenidos sin condena. Con esta óptica ha declarado que “*Corresponde confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 3 inc. d del Código Electoral Nacional y urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, considerándose prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses*” (Fallos: 09/04/2002, T. 325, P. 524, cons. 9º).

En el caso “**Bussi**” la CSJN ha destacado que “**El sufragio es el instrumento que da sentido al principio liminar de que el pueblo, como titular de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes, su función es hacer posible el gobierno del pueblo, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida. Nuestra historia -como la de muchos otros países- muestra la lucha por la consagración plena del gobierno del pueblo y el consecuente abandono de clasificaciones fundadas en el sexo, estado o condición tanto de los electores como de aquellos que pueden aspirar a ser elegidos**” (13/07/2007 T. 330, P. 3160).

9.- En pos de efectuar un control de constitucionalidad de las leyes es preciso señalar que, tras la reforma constitucional de 1994, es necesario analizar las obligaciones emergentes del **Derecho Internacional de Protección de los Derechos Humanos** de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (**art. 75 inc. 22 de la CN**).

La propia CSJN ha manifestado la preeminencia de los tratados sobre las leyes en el caso "**Ekmekdjian**" (Cf. Fallos: 315:1492).

Consecuentemente, en la causa "**Mazzeo**" nuestro alto tribunal ha determinado que *"la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia (...) a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"* (Fallos: 330:3248, cons. 20).

En aquel precedente fue citada la jurisprudencia de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (en adelante, "Corte IDH") quien ha referido que *"es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"* (Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº. 154, párr. 124).

En su más reciente jurisprudencia del día 6 de agosto de 2013, en el caso "**Carranza Latrubesse**" la CSJN ha enfatizado que en virtud del principio de buena fe, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, Convención de Viena), si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la

Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones del órgano de protección (Cf. Fallos: C. 568. XLIV, 6 de agosto de 2013, cons. 3).

10.- En esta línea argumental es necesario destacar que la Corte IDH ha reiterado en diversos pronunciamientos que los jueces nacionales están obligados a velar por los efectos de las disposiciones convencionales para que no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a sus disposiciones, objeto y fin (Cf. Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78 y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Cit. párr. 124) y que *“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”* (Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C N°. 158, párr.128).

En su jurisprudencia emanada del caso **“Rodríguez Pereyra”**, la CSJN ha concluido que *“los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”*.

De los precedentes anteriores, entiendo que la constitucionalización de los tratados de derechos humanos no sólo ha implicado aumentar la cantidad o reafirmar el valor de dichos derechos sino que ha implicado sumergir al derecho nacional en la práctica internacional, al ser relevantes no sólo dichos tratados, sino el conjunto de las interpretaciones producidas por los diferentes tipos de órganos internacionales de aplicación, sean cortes, comités o comisiones. Ya no sólo hay una unidad normativa en el sistema jurídico, sino una

continuidad en las prácticas interpretativas internacionales y nacionales.

En virtud de que el derecho al sufragio se encuentra establecido en los tratados de Derechos Humanos reseñados, es conveniente considerar el estándar definido por los órganos de protección de aquellos instrumentos a su respecto.

11.- Corresponde examinar en primer lugar los pronunciamientos y los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos respecto de los derechos políticos y el derecho al voto en particular para determinar las obligaciones del Estado en esta materia.

La Corte IDH ha efectuado diversos aportes sobre el significado y la importancia de los derechos políticos. En lo que aquí interesa, ha destacado que **los derechos políticos son derechos humanos** de importancia fundamental dentro del sistema interamericano porque hacen posible el juego democrático. La Corte ha enfatizado la importancia que tienen los derechos políticos porque, a diferencia de otros derechos, el art. 27 de la Convención ADH prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos (Cf. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº. 6, párr. 34; *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C Nº. 127, párr. 191; y *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C Nº. 184, párr. 140).

Sobre el contenido de los derechos políticos la Corte IDH ha establecido en el "**Caso Yatama Vs. Nicaragua**" que el art. 23 de la CADH consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos y **a votar**, entre otros, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad (Cf. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit.*, párrs. 194 a 200; criterio reiterado en los precedentes: *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit.*, párr. 144 y *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C Nº. 233, párr. 106).

La Corte, como último intérprete de la Convención ADH, ha determinado que es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de

igualdad y no discriminación. También ha señalado que el ejercicio de los derechos a ser elegido y a **votar**, se encuentran íntimamente ligados entre sí, porque son la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política (Cf. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit.*, párr. 194/197).

Ha indicado asimismo que **“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. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán”** (Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit.*, párr. 198 y *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit.*, párr. 147).

Sin embargo la Corte IDH ha aclarado que es posible la implementación de una reglamentación al ejercicio de los derechos políticos pues ello no constituye, *per se*, una restricción indebida a estos derechos pero su reglamentación debe observar **los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática**. El propio art. 23.2 de la CADH admite que se puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos, siempre que la restricción **se encuentre prevista en una ley, no sea discriminatoria, se base en criterios razonables, atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y sea proporcional a ese objetivo** (Cf. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit.*, párr. 206).

En esta línea, la Corte IDH ha estipulado que **“Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad”** (Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit.*, párr. 207 y *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 149*).

12.- En el Informe “**Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros Vs. Estados Unidos**”, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** (en adelante, “CIDH”) explica la importancia y el valor de los pronunciamientos de otros sistemas de protección de derechos humanos (universal y regionales) para el ámbito propio del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En este sentido, ha comprendido que si bien los órganos del sistema interamericano no tienen la obligación de cumplir con las sentencias de la Corte Europea o las decisiones de otros mecanismos internacionales de supervisión, la jurisprudencia de otros órganos internacionales de supervisión puede ofrecer información constructiva para la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a todos los sistemas de derechos humanos, regionales e internacionales (Cf. CIDH, *Informe No. 81/10*, Caso 12.562, *Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros c. Estados Unidos*, 12 de julio de 2010, párr. 46).

13.- En virtud de la pauta interpretativa de aquel informe, estimo adecuado destacar una serie de precedente del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (en adelante, “TEDH”) que presentan hechos análogos al *sub examine*. No obstante ello, es trascendente resaltar que existe una semejanza en la base jurídica del art. 23 de la CADH y el art. 3 del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que establece el derecho a elecciones libres para los Estados partes.

En el “**Caso Hirst Vs. Reino Unido**”, el Tribunal Europeo condenó al Reino Unido por contener una restricción general sobre el derecho al sufragio de los presos que vulneraba el art. 3 del Protocolo N°1 del Convenio Europeo.

Ha indicado asimismo que para declarar una violación del derecho al voto se debe evaluar que las restricciones no se traduzcan en un detrimento de la propia esencia del derecho, de modo que no afecte su efectividad, sumado a que debe perseguir un fin legítimo y que los medios empleados no deben ser desproporcionados. En particular, las condiciones impuestas no deben ir contra la eficacia del proceso electoral dirigido a identificar la voluntad del pueblo mediante el sufragio universal. Concretamente, de aquella jurisprudencia se desprende que la existencia de una restricción general a los presos condenados en prisión, que se aplique de manera automática e indiscriminada, independientemente de la naturaleza o gravedad del delito y sus circunstancias individuales es incompatible con el art. 3 del Protocolo N° 1 del Convenio Europeo (Cf. Corte EDH, “*Caso Hirst vs.*

Reino Unido”, Aplicación N° 74025/01, 6 de octubre de 2005, párrs. 62 y 82).

Posteriormente, el TEDH se ha pronunciado nuevamente sobre otro caso relativo a la restricción del derecho al voto de los prisioneros. En el “**Caso Frodl Vs. Austria**” el TEDH recuerda el estándar de “Hirst” contrario a restricciones generales sobre el derecho al voto de los presos y agrega que es necesario que las limitaciones sobre el derecho al voto de los condenados sean tomadas por un juez en consideración a las circunstancias del caso. Además, ha señalado que se debe establecer un vínculo entre el delito y las elecciones o instituciones democráticas comprometidas. En este sentido, como la privación de derechos es una excepción es necesaria una motivación específica a la luz de las circunstancias del caso concreto. En esta causa, el TEDH ha sentado un criterio amplio que exige como derivación un exámen sobre la compatibilidad de la restricción del derecho al sufragio de un condenado con el artículo 3 del Protocolo N°1 del Convenio Europeo en cabeza un juez y por conducto de una motivación específica (*Cf. Caso Frodl Vs. Austria*, Aplicación. N° 20201/04, 4 de octubre de 2010, párrs. 34/36).

Finalmente, en su más reciente jurisprudencia del año 2012 en el “**Caso Scoppola Vs. Italia**” el TEDH, en esta ocasión el pronunciamiento fue emitido por la Gran Sala, resuelve otro caso sobre el derecho al voto de las personas condenas. Allí, por mayoría, la Gran Sala ha considerado que no ha sido vulnerado el Convenio Europeo. En consecuencia, apartándose de la amplitud del criterio arribado en el “Caso Frodl” (párr.99 de la sentencia) pero reafirmando su jurisprudencia en “Hirst” (párr.96 de la sentencia) la Gran Sala ha concluido que en las circunstancias del caso no es posible considerar que el sistema italiano tenga el carácter general, automático e indiscriminado -como sucedía en el “Caso Hirst”- para encontrar una violación del art. 3 del Protocolo N°1 del Convenio Europeo (*Cf. Caso Scoppola Vs. Italia*, Aplicación N°126/05, 22 de mayo 2012, párrs. 83/110).

14.- De lo anteriormente expuesto surge que el derecho al sufragio universal es un derecho humano y uno de los fundamentos de nuestra democracia constitucional. De igual manera constituye un deber que un papel cívico elemental en nuestra sociedad impone.

El derecho al voto supone la posibilidad de todos los ciudadanos de ejercerlo en las elecciones periódicas de los representantes del pueblo que ocuparán los cargos públicos sujetos al escrutinio o elección popular en condiciones de igualdad. Como corolario considero que asegurar el derecho al sufragio universal es esencial para un pleno ejercicio democrático.

Por ello, en atención a las pautas establecidas en los considerandos anteriores, es necesario examinar la severidad de la limitación del derecho involucrado en el presente caso mediante la restricción del art. 3 inc. e), f) y g) del CEN.

15.- La norma atacada tiene el efecto directo de interferir, mediante la exclusión del padrón electoral, el derecho al voto universal en tres supuestos, a saber: los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años, y en el caso de reincidencia por seis; y los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción.

En efecto, la proyección del art. 3 impide el ejercicio del derecho al sufragio en nuestro sistema democrático en las hipótesis establecidas en sus incs. e), f) y g).

Dicha injerencia adquiere un alcance muy estricto porque no admite ninguna posibilidad, ni opción, para ejercer el derecho al voto durante la duración temporal de la prohibición. La afectación se torna aún más evidente si se toman en cuenta las pautas temporales establecidas para los delitos dolosos bajo pena privativa de la libertad.

En consonancia con lo expuesto por la parte actora a fs. 37, considero que la prohibición de votar que pesa sobre los condenados es genérica porque cualquiera de los casos prescriptos en el art. 3 incs. e), f) y g) del CEN se encuentran excluidos del padrón electoral. En este sentido, el grado de la afectación del derecho al voto es severo porque no les permite de manera alguna ejercer el derecho al sufragio universal mientras dure la exclusión.

De manera que todos los ciudadanos que se encuentren dentro de la proyección de la norma reprochada sufren una interferencia severa en su derecho al voto en relación con cualquier tipo de proceso electoral en nuestro sistema democrático.

16.- En el presente caso es necesario atender a los argumentos vertidos por la demandada, es decir, las razones invocadas para justificar que la restricción del derecho al voto cumple con un interés público superior que justifique la severidad de la mentada restricción.

La parte demandada señala que el art. 23. 2 de la Convención ADH "*expresamente habilita la restricción a votar de los condenados, y ello lo hace, atención a preservar el interés público que debe siempre prevalecer al interés individual*".

Sin perjuicio de señalar que de la literalidad del art. 23 de la CADH se encuentra prevista la facultad de los Estados partes de

reglamentar el derecho al voto, ello no implica que los Estados puedan cercenar su contenido, ni tampoco permite desconocer el marco exigente de protección del derecho al sufragio universal en nuestro país.

No obstante ello, el derecho al voto se encuentra protegido también por los **arts. 37 CN, 62 de la Constitución CABA y 25 del PIDCyP**, los cuales no contemplan la restricción de este derecho por condena penal. Esta interpretación surge de la regla “*pro homine*” del **art. 29 de la CADH** que dispone que “***Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza***”.

La propia Corte IDH ha establecido que a tenor del art. 29 de la CADH, **se prohíbe realizar una interpretación restrictiva del régimen de protección de los derechos humanos** (Cf. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N°. 79, párr. 148) que conlleve a suprimir o limitar los derechos y libertades de las personas (Cf. Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N°. 4, párr. 20).

De acuerdo a lo anterior, se debe interpretar de manera restrictiva las normas que limitan los derechos humanos a la luz del principio *pro homine* (Cf. Corte IDH, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, Opinión separada del Juez Rodolfo Piza Escalante, párr.36).

Atendiendo a estas consideraciones, de la literalidad del art. 23 de la CADH a la luz de la regla del art. 29 de dicho instrumento respecto del deber de interpretar extensivamente las normas de derechos humanos, no puede concluirse que la restricción impuesta

por el art. 3 incs. e), g) y f) del CEN se encuentre de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

17.- También llama la atención que a fs. 109 la parte demandada señala que la restricción impuesta por el art. 3 incs. e), f) y g) del CEN “(...) constituye una medida de protección para las personas privadas de su libertad. No puede desdeñarse que aquellos sujetos que cuentan con condena judicial firme por delitos de tal gravedad que generen su inhabilitación, dado las condiciones propias del encierro, pueden sentirse psicológicamente determinados y/o moralmente obligados a emitir su voto acatando mandatos externos a su propia voluntad. La desvinculación familiar y social que produce el encierro veda al ciudadano la posibilidad de ejercer su derecho al sufragio de modo libre y pleno, dado la inevitable influencia que la prisión o reclusión genera sobre sus decisiones”.

Considero necesario observar que este argumento desconoce el estándar de protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad cuyo principio fundamental es que **“el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y que como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas (...) para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y la readaptación social de los condenados. Así, el ejercicio del poder de custodia lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos”** (CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64, 31 diciembre 2011, párr. 8).

Dentro de los principios rectores sobre los tratos que se debe dispensar a los condenados las **“Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”** establecen que “1.- El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. 2.- Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad (...)” (ONU, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

663C, XXIV, de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, parr. 60, incs. 1º y 2º)

Toda persona privada de libertad debe ser tratada humanamente, con respeto irrestricto de su dignidad inherente, de sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Cf. CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio I).

Dentro de este marco, los argumentos proferidos por la demandada son insuficientes para demostrar una necesidad social imperativa que justifique la severidad de la restricción. Ninguno de los argumentos vertidos permiten concluir que el ejercicio del derecho al voto por parte de las personas condenadas enunciadas en los incs. e), f) y g) del art. 3 del CEN no constituya una expresión política legítima e incluso necesaria para que este grupo de nuestra sociedad no quede excluido de todo tipo de participación democrática.

Tal como señaló en su momento Carlos Santiago Nino al analizar las condiciones de la democracia “**no estaría justificado, por ejemplo, hacer exclusiones basadas en la comisión de crímenes. Del mismo modo que la pena capital debería ser prohibida sobre la base de que excluye a alguien del proceso del discurso moral, la comisión de un delito no puede justificar la exclusión de la representación de los intereses del criminal del proceso político. La voz del criminal debería ser escuchada para justificar una cierta solución**” (“*La constitución de la democracia deliberativa*”, España, Ed. Gedisa, 1997, páginas. 186 y 187), consideración que es sostenible más allá de su visión más general sobre la democracia deliberativa y el carácter epistémico de la democracia.

Adoptar los argumentos de la demandada implicaría considerar al régimen previsto para las personas privadas de la libertad como un ostracismo social que no tiene asidero en nuestro ordenamiento jurídico.

Las razones invocadas por la demandada no son suficientes para suponer que se cumple con el criterio de proporcionalidad necesario para la restricción de un derecho fundamental, como lo es el derecho al sufragio universal.

Considero que no se desprende del art. 23 de la CADH una permisión al severo impedimento del art. 3 incs. e), g) y e) del CEN. Ello, sumado a una interpretación *pro homine* de los derechos políticos, en consonancia con la finalidad de fortalecer nuestra democracia constitucional, me generan la convicción de que no existe un fundamento que permita sostener la razonabilidad de las exclusiones

previstas en el art. 3 incs. e), f) y g) del CEN. Por el contrario, el marco jurídico-constitucional de protección del derecho al voto requiere que la regulación o reglamentación que el Estado efectúe no cercene su contenido y, por el contrario, demanda la implementación de las medidas necesarias para garantizar el ejercicio pleno de este derecho.

En síntesis, no se ha justificado, en el marco del presente caso, que dicha restricción atienda a un propósito útil y necesario para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, el art. 3 incs. e), f) y g) constituye un impedimento para el ejercicio pleno del derecho al voto universal.

18.- No obstante lo anterior, estimo necesario efectuar una reflexión respecto del inc. g) del art. 3 del CEN que establece la exclusión del padrón electoral por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción.

Sobre esta cuestión la parte demandada afirma a fs. 113 que “*el delito de deserción calificada estaba previsto en el art. 720 del Código de Justicia Militar, que fuera derogado por ley 26.394 (...) y solo algunos de aquellos supuestos antiguamente contemplados en el Código de Justicia Militar, respecto del delito de deserción calificada han sido consignados en el art. 252 del Código Penal, por la modificación introducida mediante la ley 26.394*”.

Efectivamente, la infracción por deserción calificada se encontraba prevista en el Código de Justicia Militar en el “*Libro II*” sobre “*Infracciones Militares en Particular*” dentro del “*Título V*” referido a las “*Infracciones contra el servicio*”. El art. 720 del derogado Código de Justicia Militar establecía: “*Art. 720. – Se considera deserción calificada la que se comete con alguna de las circunstancias siguientes: 1° Con violencia o fractura; 2° Mediante excavaciones; 3° Con escalamiento, o sea, cuando el infractor para ausentarse salva un obstáculo material y visible dispuesto como defensa preconstituida de cercamiento, mediante el empleo de aparatos, o de un esfuerzo considerable, o de gran agilidad; 4° Ausentándose del buque, por sitios no autorizados; 5° Utilizando embarcaciones, aeronaves u otros medios de locomoción pertenecientes al servicio militar, o llevándose animales, armas, municiones, instrumentos, objetos de navegación, útiles, herramientas, o prendas del equipo, con excepción del uniforme de uso indispensable o de aquellos elementos complementarios cuya portación estuviere impuesta obligatoriamente, en el momento de desertar; 6° Desempeñando actos del servicio, o cumpliendo sanción disciplinaria de arresto o calabozo*”.

Huelga aclarar que la exclusión del padrón electoral dispuesta por el art. 3 inc. g) del CEN refiere a aquella infracción abrogada.

La redacción actual del art. 252 del Código Penal, luego de la reforma de la ley 26.394, dispone: *“Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público. El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave”*.

Es claro entonces que la infracción prevista en el inc. g) del art. 3 del CEN ha sido derogada.

No resulta razonable entender que la “deserción agravada” del Código de Justicia Militar a la que se refiere el CEN es “en realidad” hoy el delito consagrado en el artículo 252 del Código Penal. Las diferencias entre ambos hechos ilícitos son notorias y la extensión del prohibición de voto a lo dispuesto en el nuevo tipo penal debe hacerse de forma expresa y clara, hecho que indudablemente no ha sucedido.

19.- Como señalé en el inicio, se advierte una tendencia evolutiva del derecho al voto en los distintos sistemas jurídicos. Cuando las instituciones representativas se establecieron por primera vez, los derechos políticos estaban limitados a los varones adultos. El camino hacia el sufragio universal llevó mucho tiempo y nada lo aseguraba de antemano. Durante la mayor parte del siglo XIX el derecho a votar estaba limitado a los hombres adultos que tuvieran alguna propiedad, o cierto nivel de ingresos, o pagaran determinada cantidad de impuestos, o tuvieran alguna posición en la comunidad. Esas restricciones originales se fueron flexibilizando en forma gradual o abrupta con el paso del tiempo de acuerdo a las diferentes realidades sociales y políticas nacionales (Cf. Przeworski Adam, *“Qué esperar de la democracia: Límites y posibilidades del autogobierno”*, Argentina, Ed. Siglo Veintiuno, 2010, págs. 97 y sigs.), como consecuencia de la práctica colectiva de los pueblos en pos de aumentar su participación en el ejercicio del poder.

En nuestro país, ha existido una extensión continua del derecho al sufragio a lo largo de nuestra historia, *“La ley 140 de 1857 (...) fijaba el sistema de lista completa o plural (...), era una manera de asegurar la hegemonía de sectores conservadores, que afirmaban su predominio en las urnas a través del voto público o “voto cantado” y facultativo. La ley 8871, de 1912, conocida como Ley Saénz Peña de voto, universal,*

secreto y obligatorio, implicó en los hechos un gran avance democrático al permitir la participación masiva del electorado (...) (Dalla Via Alberto Ricardo, “*Derecho Constitucional*”, CABA, Ed. Universidad, 2004, p. 89/90). Posteriormente, la universalidad del voto llegaría con la ley 13.010, de 1947, que equipara los derechos políticos de la mujer (Cf. de Privitellio Luciano, “*Las elecciones entre dos reformas: 1900-1955*”, publicado en Sabato Hilda, Ternavasio Marcela, De Privitellio Luciano y Persello Ana Virginia “*Historia de las elecciones en la Argentina: 1805-2011*”, Buenos Aires, Ed. El ateneo, 2011, p.224).

El devenir progresivo del derecho al voto se evidencia por su avance constante en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que se ha puesto de manifiesto a través su consagración en numerosos tratados internacionales (Vgr. CADH –art. 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. XX-; Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 21-; PIDCyP -art. 25-; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial -art. 5.c-; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -art. 7-; Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial -art. 5-; y Protocolo Nº. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -art. 3-).

A nivel interamericano la **Carta Democrática Interamericana** establece en su art. 3 que “***Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos***”.

En virtud del vínculo indisoluble del derecho al sufragio y la democracia representativa, corresponde recordar que en el preámbulo de la CADH se afirma que es un propósito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos consolidar las instituciones democráticas. Debido a su valor fundamental los arts. 16, 22, 29 y 32 de aquél instrumento refieren a la importancia de la democracia representativa y de la sociedad democrática.

Al respecto, cabe decir que una de las cualidades de los derechos humanos es su carácter expansivo, es decir, que en virtud de la propia dinámica democrática, los derechos amplían su significación. Tal como señaló Claude Lefort “*la formulación de los derechos contiene*

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

la exigencia de su reformulación, los derechos adquiridos son necesariamente llamados a sostener nuevos derechos” (Cf. “Droits de l’homme et politique” en “L’invention démocratique”, Ed. Fayard, 1998, p.67).

20.- A mayor abundamiento, la **Carta de la Organización de Estados Americanos** establece en su enunciación de motivos que **“la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”** y afirma que **“el carácter participativo de la democracia en nuestros países en los diferentes ámbitos de la actividad pública contribuye a la consolidación de los valores democráticos”**. Su art. 2 establece que es un propósito **“Promover y consolidar la democracia representativa”**. La protección incondicional a este sistema de gobierno se vislumbra a través del art. 9 que establece que **“Un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado”**.

La propia Corte IDH ha dicho que **“[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”**, y constituye **“un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”** (Cf. Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Cít., párr. 34).

En nuestro país, si bien el **art. 1 de la CN** adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, con la reforma constitucional de 1994 fue consagrado el **“pleno ejercicio de los derechos políticos”** y que **“el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”**. Ello, sumado a la incorporación de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, se desprende que el reconocimiento constitucional de este derecho se ha reforzado por su expresa recepción en el **art. 37 de la CN**.

Al mismo tiempo, entiendo que esta concepción evolutiva del sufragio se inscribe en el marco de una expansión progresiva de nuestra cultura democrática. Partiendo de esta conclusión, es propicio adoptar una hermenéutica extensiva del derecho al sufragio universal, acorde a una concepción exigente de nuestra democracia constitucional, a favor de los ciudadanos excluidos del padrón electoral por la restricción impuesta por el art. 3 incs. e), f) y g) del CEN.

21.- En suma, el derecho al voto en la historia Argentina tiene un valor simbólico y debe ser visto a la luz de la compleja historia argentina, signada por interrupción de los gobiernos democráticos y la suspensión de las elecciones periódicas por dictaduras militares. Dicha circunstancia termina por disipar cualquier duda que pudiera surgir, receptando la visión más amplia que surge de los documentos internacionales antes reseñados, que es la más apropiada desde la óptica de los derechos humanos. Este mismo criterio adopte en la causa "*Pisoni Carlos c/GCBA s/Amparo (art.14 CCABA)*", Expte. 36689 / 0, resolución con fecha 31/07/2013, al considerar, junto con mis colegas de la Sala II del fuero, que era ilegítimo el uso de las armas taser por parte del gobierno.

De estas evidencias, entiendo que los incs. e), f) y g) del art. 3 del CEN representan un anacronismo y un obstáculo a la participación política, mediante el sufragio, inadmisibles en el marco de nuestra democracia constitucional porque impiden el derecho al sufragio universal a un grupo de nuestra sociedad política. Esta es la vía interpretativa acorde a la génesis evolutiva de este derecho e incluso necesaria para fortalecer en mayor medida el desarrollo de nuestra cultura democrática, es decir, la ampliación de la participación mediante el ejercicio pleno del derecho al voto universal adoptando una hermenéutica que propicie su protección frente a la restricción impuesta por el art. 3 incs. e), f) y g) del CEN.

Cabe advertir que el voto es un momento de un proceso político más amplio, que hace a la participación política en sus diferentes niveles de posibilidad, desde el compromiso activo en un partido político o asociación hasta el simple hecho de informarse, de escuchar propuestas y debates a través de los medios masivos de comunicación o de discutir con el otro sobre la vida política del país.

Y en ese sentido hay que señalar que la democracia se afirma en la medida misma en que se realiza la vida democrática. Quiero decir: el derecho al voto es un elemento de una cultura democrática, que construimos de forma colectiva y en la que el pueblo, al actuar, se educa a sí mismo. La democracia no es un dato sino una realidad social que construimos día a día.

No veo ninguna razón por la cual se justifique una regla general que excluya el derecho a voto y, por esa vía, dificulte la participación de los condenados, mientras cumplen con el castigo impuesto, en la cultura democrática de la que forman parte.

Cabe señalar, adicionalmente, que mediante el voto se eligen a aquellos que van a legislar en materia penal y que, por los procedimientos constitucionales en cada caso establecidos, se van a elegir a los jueces que, por ejemplo, controlan la ejecución de las

penas. También por el voto se elige a quienes accederán a los cargos ejecutivos, a cuyo cargo queda la administración del sistema penitenciario.

Otra vez, no se ve cuál sería la razón para excluir a los condenados del proceso político a través del cual se eligen a los sujetos que, directa o indirectamente, pueden decidir sobre su situación jurídica.

Por el contrario, su participación legítima con más fuerza el funcionamiento de los diversos momentos que componen el sistema penal.

22.- A las razones históricas, jurídico-políticas, y dinámicas, se debe agregar una visión sistemática de la Constitución porteña, en la medida que ésta se piensa a sí misma como una Constitución de la Inclusión.

Una característica saliente del constitucionalismo local consiste en el reconocimiento de las desigualdades efectivas en la sociedad a fin de fijar como un objetivo constitucional explícito la transformación de la realidad existente.

Esto puede verse en los aspectos culturales, económicos, sociales y geográficos. Me remito a algunos ejemplos.

En lo cultural, y más allá del tradicional reconocimiento de la igualdad y de la prohibición de la discriminación, expresamente se deja en claro en términos positivos el “derecho a ser diferente” y de forma correlativa se dispone el deber de promover “(...)la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (art. 11 Constitución CABA)”.

Aquí encuentra sustento la jurisprudencia de nuestro fuero en lo relativo al matrimonio igualitario y al derecho a la identidad y cambio de nombre para acordarlo a la autopercepción que cada sujeto tiene de sí mismo.

En lo socio-económico, la Constitución reconoce la profunda situación de exclusión social en tanto deben desarrollarse “*políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades (art. 17 Constitución CABA)*”. Ello implica, como corolario, reconocer un genuino derecho a la inclusión social, que engloba el conjunto de los derechos sociales, reinterpretados a la luz de la herencia de las políticas neoliberales. Aquí, claro, se inserta la jurisprudencia del fuero respecto del derecho a la vivienda.

Esta misma lógica constitucional es la que está presente en lo relativo a los derechos políticos. Ya desde el preámbulo, la Constitución local invoca “(...) *una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos (...)*” y su art. 1, en dicho camino, expande la democracia representativa hacia la democracia participativa.

En este contexto la solución que propongo se enmarca en el orden sistemático de la Constitución Inclusiva que nos conforma como comunidad, entendiendo por sistema la consistencia de sentido de los valores políticos que subyacen al texto jurídico positivo.

23.- En cuanto a las consecuencias de lo aquí resuelto cabe destacar que no se han alegado problemas o inconvenientes de tal magnitud que conduzca a reevaluar la racionalidad de las argumentaciones jurídico y/o constitucionales antes desarrolladas, aspecto abordado por el Fiscal General en su dictamen al referirse a la cuestión práctica del asunto (v. fs. 127, tercer párr.) y por el Dr. Lozano (párr. 11.5 de su voto con remisión a la Acordada Electoral 6/2007).

24.- No forma parte del objeto de esta acción lo dispuesto por los artículos 12 y 19 del Código Penal.

Sin embargo y sin exceder los límites procesales de esta causa es preciso señalar que la declaración de inconstitucionalidad del CEN resulta *prima facie* compatible con el Código Penal, visto éste bajo cierta interpretación.

El art. 12 del Código Penal establece que “*La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces*”.

Asimismo, el art. 19 del Código Penal dispone “*La inhabilitación absoluta importa: “(...) La privación del derecho electoral (...)”*”.

Esta última figura trae reminiscencias de las gravísimas penas que en la antigüedad producían una *capitis diminutio*, tan grave que el afectado quedaba en situación de muerto civil (Cf. Zaffaroni Eugenio R. y David Baigún, “*Código Penal y normas complementarias: Análisis doctrinario y jurisprudencial*”, Buenos Aires, 1997, Ed. Hammurabi, p. 226).

Sin perjuicio de ello, sobre la base de las consideraciones expuestas en este voto, considero que los preceptos de los arts. 12 y

19 del Código Penal deben ser interpretados a la luz de la reforma constitucional de 1994.

Para tal efecto, se debe considerar la Constitución Nacional en su conjunto y su relación con el Código Penal, en el contexto de la historia de nuestro país.

25.- Volviendo la mirada sobre los derechos políticos que protege el artículo 37 de la CN, se encuentran comprendidos tanto el sufragio activo como el pasivo. El derecho al sufragio tiene una doble faz activa (derecho a votar) y pasiva (derecho a ser elegido). El cuerpo electoral, que es el nombre plural o colectivo con el que se denomina el conjunto de personas que componen el electorado “activo” y por ello disfrutan del derecho de sufragio. En cambio, se denomina electorado “pasivo” al conjunto de los individuos que tienen capacidad política para ser designados (Cf. Dalla Via Alberto Ricardo, “*Derecho Constitucional*”, CABA, Ed. Universidad, 2004, p. 88).

26.- El artículo 19 del Código Penal se refiere al derecho electoral en general, sin hacer distinciones.

Es cierto que hay una máxima tradicional en la práctica jurídica según la cual no cabe distinguir cuando la ley no lo hace. Pero ello debe verse, en el proceso actual de constitucionalización del derecho, a la luz del bloque de constitucionalidad. Es decir, no debe distinguirse en la ley salvo que ello sea requerido por la Constitución a fin de salvar la validez de la disposición interpretada.

La falta de precisión del artículo 19 (esto es: su redacción genérica) permite justamente efectuar distinciones a la luz de la Constitución, al menos hasta tanto el legislador adecue el Código Penal a la nueva realidad jurídica argentina, uno de cuyos ejes vertebradores es el derecho internacional de los derechos humanos.

En esta vía resulta claro que la inhabilitación importa la pérdida del derecho electoral pasivo, pero siempre y cuando se encuentre justificado dada la particularidad del delito cometido.

27.- Según los antecedentes reseñados se justifica una restricción al derecho al voto, que a) no sea genérica y que, a la vez, o correlativamente, b) sea proporcional al delito cometido.

En nuestro ordenamiento constitucional hay algunas situaciones paradigmáticas que justifican la restricción y que están directamente vinculadas a los elementos constitutivos de nuestra sociedad como comunidad política nacional y democrática.

La referencia aquí fundamental es el emblemático art. 36 que inaugura el *Capítulo II* de los “*Nuevos Derechos y Garantías*” de la CN luego de la reforma de 1994 que prescribe “*Esta Constitución*

mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo (...)”.

Este precepto refleja el pasado reciente de nuestro país y constituye una manda constitucional que pretende evitar cualquier intento de repetición de la ruptura constitucional y democrática que ha sufrido nuestra historia política durante el período comprendido entre los años 1930 y 1983.

El art. 36 de la CN, además de vedar toda eficacia jurídica a los actos de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático, castiga estas conductas con la penalidad prevista en el art. 29 de la CN para los “*infames traidores a la patria*”, también adiciona la pena de inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos e incluso prohíbe al presidente de la Nación la posibilidad de indultar o conmutar estas penas a los condenados por estos alzamientos.

La Constitución expresamente relaciona la ruptura del orden constitucional y democrático con la traición a la patria, circunstancia que muestra la continuidad jurídico-política entre los conceptos de pueblo, nación y orden constitucional. Tales son los ejes constitutivos de nuestra comunidad política y es su ruptura (mediante la traición o el golpismo) lo que evidencia el quiebre del pacto que nos instituye como pueblo.

Solo así se justifica, *prima facie*, la pérdida del derecho al sufragio. El que pretende atentar contra el orden constitucional o el que traiciona a la Nación (delitos de traición; delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación; delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, conforme el léxico del Código Penal) es quien se pone al margen de la sociedad política y puede ser razonablemente castigado con la pérdida del derecho a elegir a sus representantes.

28.- Esta interpretación es conforme a lo expuesto por la CIDH en el célebre precedente “*Rios Montt*” que si bien se refiere a la faz pasiva del derecho, resulta también pertinente en lo esencial del argumento. Aquél caso refiere a la denegación de la candidatura

“2013. Año del 30 aniversario de la vuelta a la democracia.”

presidencial de José Efraín Ríos Montt, quien otrora protagonizara un golpe de estado en Guatemala e instalara una dictadura militar en dicho país, en virtud de disposiciones constitucionales que prohibían el derecho a ser elegido a quienes hubieran participado en golpes de estado.

La CIDH ha considerado que el derecho a la participación como candidato en una contienda política surge del art. 23 de la CADH. Sin embargo ha resuelto que la condición de inelegibilidad permanente que establece la Constitución de Guatemala en su art. 186 respecto de los jefes de movimientos políticos o militares que rompen el orden constitucional o asumen la Jefatura del Estado a raíz de estos, es una norma consuetudinaria de firme tradición en la región que no constituye una violación a la Convención pues se trata de aquellas condiciones que posee todo sistema jurídico constitucional para hacer efectivo su funcionamiento (Cf. “*Ríos Montt Vs. Guatemala*”, Caso 10.804, Informe N°. 30/93, OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 9 rev. en 206, 1994, párr. 19, 22/24, 29 y 38).

29.- Reitero, no se trata de enjuiciar lo dispuesto por el Código Penal (no ha apuntado a ello la demanda y por tanto el asunto se encuentra fuera del objeto procesal), sino de mostrar que existen lecturas racionales del Código Penal que permiten sostener la consistencia lógico-jurídica de la declaración de inconstitucionalidad del CEN aquí promovida, lo dispuesto por los artículos 12 y 19 del referido código y el bloque de constitucionalidad expuesto en este voto.

30.- La solución que propicio concuerda con la postura del **Ministerio Público Fiscal** que ha concluido que “*cabría hacer lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por ADC*” (V. fs. 117/128).

31. El marco exigente de protección del derecho al sufragio universal (**arts. 37 de las CN, 62 Constitución CABA, 23 de la CADH y 25 del PIDCyP**), aunado al valor de la democracia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, especialmente, por su valor fundamental en nuestro país dada su historia política, exige hacer lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por ADC en pos de garantizar el derecho al voto a los supuestos que prohíbe el art. 3 incs. e), f) y g) del CEN. **Así lo voto.**

Por ello, por mayoría, y concordantemente con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1º. Hacer lugar a la acción deducida y declarar la inconstitucionalidad de los incisos e), f) y g) del art. 3º del Código Electoral vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. Imponer las costas del proceso en el orden causado (art. 25, ley nº 402).

3º. Disponer la notificación de la sentencia a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4º. Ordenar que el Boletín Oficial de la Ciudad publique, dentro de los tres (3) días posteriores a su recepción, la parte dispositiva de esta sentencia con la constancia que el texto completo se encuentra a disposición de cualquier persona en la sede del Tribunal Superior de Justicia.

5º. Dejar establecido que las normas declaradas inconstitucionales en el punto 1º perderán vigencia a partir de la fecha de publicación de la parte dispositiva de esta sentencia en el Boletín Oficial, si dentro de los tres (3) meses de notificada la Legislatura, ésta no ratifica las normas por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes (cf. art. 113, inc. 2º, CCABA).

6º. Ordenar que se registre, se notifique a la accionante, al Gobierno de la Ciudad y al Sr. Fiscal General, se cumpla con lo dispuesto en los puntos 3 y 4 y, oportunamente, se archive.

Firmado: Casás. Lozano. Conde. Ruiz. Corti