

La ciudadanía electoral y la elección presidencial. Tres reflexiones sobre la elección del presidente y vice a partir de la Reforma Constitucional de 1994

por HORACIO ROSATTI

Sumario: 1. LA ELECCIÓN DIRECTA Y EL RÉGIMEN FEDERAL. – 2. LA PONDERACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD ELECTORAL NEGATIVA. – 3. LOS LÍMITES A LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y EL EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA ELECTORAL.

Entendemos por “ciudadanía electoral” a aquella proyección del ejercicio de la ciudadanía referida al acto del voto electoral, con lo cual asumimos: a) que la ciudadanía comprende más –en realidad mucho más– que el ejercicio del voto (v. gr.: peticionar, reunirse, asociarse, etc.); b) que el voto no solo puede ser electoral, sino que puede ser ejercido en otros sentidos (v. gr.: refrendatario, plebiscitario, destituyente, etc.); y c) que el voto no solo es ejercido por los “ciudadanos de a pie”, sino que también es ejercido por representantes de los ciudadanos (v. gr.: legisladores en ocasión de aprobar una ley).

Circunscripto el análisis al voto electoral de los ciudadanos comunes, formularemos en este trabajo algunas reflexiones sobre el régimen electoral del Presidente y Vicepresidente, modificado en la reforma constitucional de 1994.

1. La elección directa y el régimen federal

El régimen político argentino es representativo, republicano y federal (art. 1 de la Constitución Nacional). El voto electoral alude –por antonomasia– al republicanism (uno de sus pilares es el carácter electivo de sus autoridades) y a la representatividad (por aquello de que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, tal como sostiene el art. 22 de la Constitución).

Pero en el caso argentino también el sistema electoral estaba vinculado –según cierta doctrina– con el federalismo; en la elección indirecta del presidente y vice, establecida en la Constitución originaria, siguiendo el modelo norteamericano, la mediación que significaba el colegio electoral –aquel órgano surgido del voto popular que intermedaba entre el pueblo y los posibles candidatos y en definitiva elegía al presidente y vice– expresaría sin matices las preferencias provinciales. De modo que el cambio de régimen hacia la elección directa, propiciado y concretado en la reforma de 1994 por medio del art. 94, pondría en tensión –siempre según cierta doctrina– al republicanism representativo con el federalismo.

Bastaría con argumentar que el presidente y vice representan al pueblo de la Nación argentina en su totalidad (algo que nadie discute) y no a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por separado (pues para esto está el Senado) para dar por contestado al cuestionamiento al sistema directo de elección presidencial por su supuesto carácter antifederalista. Pero, aun así, quedaría pendiente la respuesta a la siguiente pregunta: si no es el federalismo, ¿cuál es entonces el principio fundante del sistema indirecto? La contestación surge claramente de los redactores y propulsores de la Constitución federal estadounidense de 1787, que adopta este mecanismo electoral y sirve de inspiración al nuestro.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA Y ANTONIO MARTINO, ED, 180-927; *El sistema de elección presidencial en la Constitución de 1994*, por VÍCTOR E. IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2005-777; *Reforma constitucional y consolidación democrática*, por ALBERTO R. DALLA VÍA, EDCO, 2006-586; *El autoritarismo en Latinoamérica*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2008-62; *El número de las opciones políticas*, por EUGENIO L. PALAZZO, EDCO, 2009-305; *Obstáculos para la vigencia de la atenuación del presidencialismo argentino veinte años después. Rol del Poder Judicial*, por ALBERTO M. GARCÍA LEMA, EDCO, 2013-544; *La atenuación del presidencialismo en la reforma constitucional de 1994*, por PABLO LUIS MANIÚ, EDCO, 2015-255; *Apuntes sobre los orígenes y causas del presidencialismo “fuerte” en la Argentina*, por SANTIAGO J. MARTÍN, ED, 268-593; *Populismo y Estado Populista. Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, *Revista de Derecho Administrativo*, abril de 2024, n° 4. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

La lectura de Alexander Hamilton es reveladora. En un artículo publicado el 14 de marzo de 1788 (luego convertido en el capítulo LXVIII de *El Federalista*), expresa: “Era de desear que el sentido del pueblo se manifestara en la elección de la persona a quien ha de confiarse tan importante cargo (se refiere a la elección presidencial). Este objetivo se alcanza confiriendo el derecho de elección no a un cuerpo ya organizado, sino a hombres seleccionados por el pueblo con ese propósito y en una ocasión particular (...) Igualmente conveniente era que la elección inmediata fuera hecha por los hombres más capaces de analizar las cualidades que es conveniente poseer para ese puesto, quienes deliberarán en circunstancias favorables y tomarán prudentemente en cuenta todas las razones y alicientes que deben normar su selección”⁽¹⁾.

Parece claro, entonces, que el principio fundante (o, cuanto menos, el preponderante) del sistema electoral indirecto estadounidense es el principio que inspira la aristocracia⁽²⁾.

Esta es también la conclusión a la que arriba Juan Bautista Alberdi, cuya influencia en el texto constitucional argentino de 1853/60 resulta innegable. En su obra *Derecho público provincial argentino* argumenta: “La inteligencia y fidelidad en el ejercicio de todo poder depende de la calidad de las personas elegidas para su depósito; y la calidad de los elegidos tiene estrecha dependencia de la calidad de los electores. El sistema electoral es la llave del gobierno representativo. Elegir es discernir y deliberar. La ignorancia no discierne, busca un tribuno y toma un tirano. La miseria no delibera, se vende. Alejar el sufragio de manos de la ignorancia y de la indigencia es asegurar la pureza y acierto en su ejercicio”⁽³⁾.

En su estudio sobre el régimen político argentino imperante entre 1880 y 1916, Natalio Botana resalta la importancia que asumió en la consolidación del “orden conservador” esta restricción al ejercicio del derecho electoral (la oposición entre el “pueblo grande” –compuesto por naturales y extranjeros, que goza de todos los derechos civiles– y el “pueblo chico” –aquella minoría convocada para ejercer el derecho electoral–). El control de la sucesión (el manejo de la transferencia del poder presidencial) reafirmó la hegemonía gubernamental de una minoría que –turnándose en el poder– mantuvo el control de los asuntos públicos hasta la sanción de la Ley Sáenz Peña que consagró el voto obligatorio, igualitario y secreto⁽⁴⁾.

Si las razones anteriores no alcanzaran, es la historia electoral argentina la que desmiente la supuesta vinculación entre la adopción del sistema indirecto de elección presidencial y el favorecimiento del federalismo.

En un trabajo anterior⁽⁵⁾ creemos haber demostrado que –en la práctica– la elección directa del presidente y vice no debería incidir en el federalismo argentino, o al menos no debería afectarlo más que el sistema indirecto estable-

(1) HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, trad. Gustavo R. Velazco, pág. 289 y sgte.

(2) “¿Se han confirmado esas esperanzas depositadas en el complicado dispositivo que, con algunas importantes variantes, adoptó nuestra Constitución?”, se pregunta Bidegain. Y responde: “Para no hacer la historia larga que exigiría la revisión detallada de las experiencias norteamericana y argentina, recurriré a la síntesis hecha por el ‘Justice’ Robert H. Jackson (in re “Ray. vs. Blair”, 343 U.S. 2141 1952): ‘cómo institución el Colegio Electoral ha sufrido una atrofia apenas distinguible del ‘rigor mortis’”. Lo curioso es que, como hemos dicho, los norteamericanos mantengan vigente la elección indirecta del Presidente y del Vicepresidente; método que han reemplazado en 1912 por la elección directa en el caso de los senadores, para poner fin a los lamentables espectáculos que allá como aquí, han ofrecido las legislaturas locales en el cumplimiento de esa función”. BIDEGAIN, Carlos María, *La reforma constitucional en ciernes: algunas cuestiones sobre la institución presidencial*, Comunicación del académico Dr. Carlos María Bidegain en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 13 de mayo de 1992.

(3) ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho público provincial argentino*, La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1917, pág. 121.

(4) BOTANA, Natalio, *El orden conservador*, Hyspamérica, Buenos Aires, 1977, pág. 40 y ss.

(5) ROSATTI, Horacio, *El presidencialismo argentino después de la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, Capítulo II.

cido en 1853/60, por cuanto la estadística histórica revela que –en cualquiera de los dos sistemas– el voto de pocos distritos muy poblados que no incluyera las preferencias minoritarias de cada jurisdicción terminaría por inclinar la balanza hacia uno de los candidatos. El problema en realidad no radica en el sistema electoral, sino en la desigual distribución de la población en el territorio. Es decir que no es un problema electoral sino geopolítico.

2. La ponderación de la manifestación de la voluntad electoral negativa

El hecho de que la Constitución Nacional determine –luego de la reforma de 1994– que solo se computen los “votos afirmativos” (es decir, aquellos que se pronuncian por una fórmula determinada) a los efectos de dirimir la elección de la fórmula presidencial (arts. 97 y 98), excluyendo los votos en blanco, no implica tratar desigualmente al elector que vota de esa manera con relación a quien emite su voto por alguna de las fórmulas presentadas.

En ocasión de fallar la causa “Gil Domínguez, Andrés s/fórmula petición”⁽⁶⁾, expusimos los argumentos que validan el criterio constitucional:

– *Argumento de la literalidad constitucional*: es la Constitución Nacional la que establece la distinción entre los votos que se computan y los que no se computan, a los fines de la elección y la que, en ese sentido, dispone que solo se computarán los votos “afirmativos válidamente emitidos” (artículos 97 y 98 de la CN). El texto es muy claro y la Corte Suprema de la Nación ha sostenido, reiteradamente, que cuando la ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo, no cabe sino su directa aplicación⁽⁷⁾.

– *Argumento del conocimiento de las reglas de juego*: cada uno de los electores tiene idéntico conocimiento –antes de tomar su decisión– del valor que se asignará a su voto, sea este afirmativo o negativo, asumiendo en este último caso las siguientes consecuencias: a) que su voto no será considerado a los fines del cómputo de las mayorías que prevén las normas constitucionales referidas, y b) que su decisión beneficiará indirectamente –y en caso de necesitarlo– a la fórmula más votada, pues su inutilidad en el cómputo final tendrá el efecto de “agrandar” el porcentaje de quien salió primero, acercándolo –en caso de no haber llegado directamente– al número constitucionalmente requerido para triunfar.

– *Argumento de la eficacia del proceso electoral*: el no cómputo de los votos en blanco se vincula con el propósito de favorecer un resultado electoral positivo, en tanto aumenta las chances de alcanzar el umbral electoral constitucionalmente exigido en la primera vuelta para proclamar como ganadora a una fórmula presidencial. Ello, asimismo, encuentra respaldo en la intención perseguida con la adopción de la particular fórmula electoral prevista en los artículos 97 y 98 de la Constitución Nacional que, al prescindir del requisito de mayoría absoluta de los votos –usualmente establecido en otros ordenamientos que prevén segundas vueltas– atemperó las mayorías necesarias y generó de ese modo condiciones para facilitar los triunfos en primeras vueltas.

Agregamos en ese fallo “que el hecho de que el voto en blanco no se compute, no significa que carezca de relevancia simbólica y política. La decisión de votar en blanco expresa insatisfacción, descontento, disconformidad o apatía con la oferta electoral, o peor aún, un rechazo hacia el funcionamiento de las instituciones. Por ello, en ocasiones, el elector que no encuentra atractiva la oferta electoral, conector de las consecuencias de no votar por ninguna fórmula, decide sufragar por alguna de ellas, evidenciando que con su actitud no expresa una ‘elección’ sino una ‘opción’”.

3. Los límites a la reelección presidencial y el ejercicio de la ciudadanía electoral

Si asumiéramos la tipificación weberiana de legitimidad (tradicional, carismática o racional-legal)⁽⁸⁾, aceptaríamos que las posibilidades de reelección, o en su caso –y en el extremo– la posibilidad de reelección indefinida,

dependerán de la opción por el tipo de legitimidad apriorísticamente escogido por el constituyente.

En el primer caso, el de la legitimidad tradicional (aquella que funda la dominación en las costumbres que condensan factores históricos y sociológicos que se consideran valiosos en una comunidad), no hay reelección porque no hay elección, pero sí hay perpetuidad (una perpetuidad obligada, no una perpetuidad opcional como sería el caso de la reelección electoral, que siempre dependerá de la voluntad expresada en votaciones periódicas). En el segundo caso, el de la legitimidad carismática (expresada en la personal forma de comunicación que se produce en ocasiones entre un líder y el pueblo), la reelección se verá favorecida como opción institucional apriorística y tendrá su problematización fáctica a partir de la muerte del líder. En el tercer caso, el de la legitimidad racional-legal (basada en la vigencia de la ley y el funcionamiento de las instituciones), la reelección indefinida encontrará obstáculos serios.

Anteriormente, sostuvimos, respecto de la taxonomía weberiana, que la experiencia histórica “no revela un tránsito inexorable y rectilíneo desde la legitimidad tradicional hacia la carismática y desde ésta hacia la racional, porque las tradiciones históricas son importantes para la vigencia de un sistema político y porque los líderes carismáticos pueden surgir también en un sistema racional. Pero es evidente que la tendencia generalizada marca una intención inequívoca en el trayecto que discurre desde lo tradicional a lo racional, procurando que la objetividad de las leyes y la permanencia de las instituciones se imponga a la subjetividad y fugacidad de un gobernante (por más carismático o longevo que éste sea)”⁽⁹⁾.

Este criterio general, que es la tendencia hacia la despersonalización del poder, debe conjugarse con la experiencia histórica concreta de cada país para adoptar la solución más adecuada. Proyectado a la posibilidad de la reelección presidencial, es cierto –como se ha dicho⁽¹⁰⁾– que el debate suele haberse centrado –con mayor atención– en la reelección inmediata y por un solo período; debate en el que los fundamentos de sus defensores (principalmente la posibilidad de aprovechar la experiencia del gobierno en curso y posibilitar al electorado que pueda aplicar el voto-premio o el voto-castigo en la segunda elección), aunque puedan ser legítimamente discutibles, parecen suficientemente razonables. La posibilidad de la habilitación al “tercer mandato” consecutivo es la que genera un debate más intenso porque parece alejarse de la objetividad del procesalismo democrático e introduce la perspectiva –o amenaza, según se vea– del personalismo. Es posible que el electorado considere que dos mandatos constituyan un plazo razonable para desarrollar un plan de gobierno (si lo hubo, se habrá notado y si no lo hubo, se habrá notado más) y, en cuanto al incentivo de premiar o castigar con el voto, es probable que, al finalizar un segundo mandato consecutivo, haya perdido buena parte del encanto y contundencia que tenía al finalizar el primer mandato.

No afirmamos que la habilitación a tres mandatos presidenciales consecutivos sea de por sí antidemocrática, pero sí que es problemática porque hace girar el eje desde lo institucional hacia lo personal y recordemos que, en la Argentina, la Corte Suprema de la Nación sostuvo –desde la perspectiva de quien aspira a ser votado– que no hay un derecho subjetivo a la reelección cuando la norma constitucional no lo permite y que –en consecuencia– la imposibilidad de la reelección no violenta la forma republicana de gobierno en tanto expresión de la libre voluntad electoral⁽¹¹⁾.

Si la habilitación a un “tercer mandato” consecutivo es problemática, la reelección ilimitada lo es mucho más. No obstante, su invalidación requiere de argumentos lógicos antes que emocionales.

Hemos sostenido que “la profundización del tema nos deposita en el umbral de la definición misma de la democracia: o se trata de un lugar, un ámbito, un escenario, una ‘forma’ que se va llenando con los contenidos que la gente quiere (contenidos ‘históricos’ y cambiantes) o se trata de la realización institucional de determinados principios o contenidos. En el primer caso podemos hablar de ‘una

(6) CSJN, Fallos: 347:43, sentencia del 20 de febrero de 2024, considerando 5° de mi voto.

(7) Fallos: 320:2145; 324:1740; 327:5614; 330:2286, entre tantos otros.

(8) WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979, trad. Medina Echavarría, Roura Perella, Imaz, García Maynez y Ferrater Mora, pág. 170 y ss.

(9) ROSATI, Horacio, *El presidencialismo...*, op. cit., Capítulo III.

(10) SERRAFERO, Mario D., “La reelección presidencial indefinida en América Latina”, *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, n° 54, mayo de 2011, págs. 225-259.

(11) CSJN, Fallos: 317:1195, in re “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa”, sentencia del 6 de octubre de 1994.

forma sin forma' que va modificando su apariencia y su volumen con las decisiones surgidas de la participación de la gente; en el segundo caso se trata de alcanzar 'una determinada forma', inmodificable, o también 'un contenido' que, si bien se mira, es lo contrario de la forma.

La regla para dirimir situaciones como la que nos ocupa (la reelección o no del presidente de un país y los límites del número de reelecciones) es, en el primer caso, sencilla: se trata de aplicar el principio de la mayoría; en el segundo caso de lo que se trata es de verificar –con criterios no electorales– el grado de respeto a una definición previa sobre el tema que la comunidad asume como un legado valioso y cuya inobservancia descalifica al gobierno infractor⁽¹²⁾.

Participamos del criterio que desaconseja la reelección ilimitada y creemos que no permitir la no violenta principios superiores que la propia democracia como régimen político debe respetar (por ejemplo, la abolición de la esclavitud en cualquiera de sus formas, el resguardo de la integridad física y moral de las personas o la igualdad ante la ley). Por ello, una fórmula "intermedia" como la adoptada por la Convención Nacional Constituyente de 1994 –que habilitó una y solo una reelección inmediata para presidente y vice– parece razonable.

Pero además de razonable es compatible con el sistema de partidos que la propia reforma constitucional alienta en el artículo 38, por el que se asigna el protagonismo político a los partidos –a los que considera "instituciones fundamentales del sistema democrático"– antes que a las personas. Si el gobernante reelecto por una vez ha sido honesto y eficaz, es probable que el premio del voto subsiguiente sea para el candidato del partido oficialista y, en caso contrario, estará en condiciones de ser beneficiado un candidato opositor. La alternancia en el ejercicio del Poder Ejecutivo será siempre institucional (distinto partido) y personal (distinto candidato), pero la permanencia

(12) ROSATI, Horacio, *El presidencialismo...*, op. cit., Capítulo III.

–y de ello estamos hablando cuando hablamos de reelección– debe ser siempre institucional (a nivel de partido) y nunca subjetiva (a nivel de candidato).

Termino con una reflexión personal sobre este tema: no discutimos en la Convención Constituyente de 1994, porque no estaba previsto hacerlo según la ley de convocatoria⁽¹³⁾, si un(a) presidente(a) oportunamente reelecto(a) podría presentarse luego de uno o más turnos subsiguientes a una nueva elección para el mismo cargo. De hecho (y de derecho), al no estar prohibida esta posibilidad, es claro que está permitido hacerlo (y además ya se ha intentado⁽¹⁴⁾).

Hace treinta años pensaba –y lo sigo pensando ahora– que la mejor fórmula es la vigente en la Constitución federal norteamericana, que prohíbe a los mandatarios que han sido reelectos una nueva habilitación a futuro.

Reconozco, no obstante, que no se trata de una cuestión sencilla y que es sumamente debatible y controversial.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - HISTORIA DEL DERECHO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DEMOCRACIA - DERECHO POLÍTICO - ESTADO - ECONOMÍA - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - LEY - JUECES - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - JUICIO POLÍTICO - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER JUDICIAL - DERECHO - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES

(13) La ley 24.309, art. 2, ítem B. proponía la "reducción del mandato de presidente y vicepresidente de la Nación a cuatro años con reelección inmediata por un solo período, considerando el actual mandato presidencial como un primer período". Como se ve, no proponía el debate sobre un tercer mandato en un período posterior al subsiguiente de la reelección.

(14) El expresidente Carlos Saúl Menem, oportunamente reelecto (1989-1995 y 1995-1999), se presentó para el mismo cargo en la elección de 2003.