

## DEMOCRACIA, ELECCIONES Y FUNCIÓN ELECTORAL

### DEMOCRACY, ELECTIONS AND ELECTORAL FUNCTION

José M. PÉREZ CORTI \*

**RESUMEN:** Comenzaremos por la democracia clásica u occidental, que en definitiva consiste en el reconocimiento formal e institucionalizado de que la autoridad de los gobernantes deriva del derecho del pueblo a regirse por sí mismo, fundada en el principio 'un hombre, un voto'. Después arribamos a la democracia representativa, mediante la adopción del sufragio universal y la consecuente aparición de los partidos políticos. Ambas variantes democráticas, la clásica y la representativa, integran lo que se identifica como democracia mayoritaria, asentada en el ideal del autogobierno y privilegiando el procedimiento.

**PALABRAS CLAVE:** noción de democracia; elecciones o comicios; Teoría Constitucional; función constituyente; función electoral.

**ABSTRACT:** We will begin with classical or western democracy, which ultimately consists in the formal and institutionalized recognition that the authority of the rulers derives from the right of the people to govern themselves, based on the principle 'one man, one vote'. Then we arrived at representative democracy, through the adoption of universal suffrage and the consequent appearance of political parties. Both democratic variants, the classical and the representative, integrate what is identified as a majority democracy, based on the ideal of self-government and privileging the procedure.

**KEYWORDS:** notion of democracy; elections or elections; Constitutional Theory; constituent function; electoral function.

---

\* Director de la Diplomatura en Derecho Electoral (Universidad Austral), docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional, Público Provincial, Municipal y Electoral. . Contacto: <JosePerezCorti@hotmail.com>. Fecha de recepción: 22de noviembre de 2017. Fecha de aprobación: 12 de diciembre de 2017.

## I. INTRODUCCIÓN A LA NOCIÓN DE DEMOCRACIA

**D**elinear una noción de democracia es el punto de partida necesario para el desarrollo de nuestra investigación. Ello sin perder de vista que se trata de una empresa intelectual compleja sobre un universo en constante cambio, ya que estamos ante una expresión de vasta tradición histórica, utilizada en múltiples sentidos con muy variados significados y, por consiguiente, sin un valor científico preciso; caracterizada por una forma y un contenido inacabados que reflejan una dinámica cambiante a lo largo del tiempo<sup>1</sup>.

Viana Pereira señala con claridad que desde la matriz griega a las recientes especulaciones sobre los modelos tecnológicos de la votación, la idea de democracia siempre ha sido uno de los temas en boga en el curso humano de comprensión y prescripción de la convivencia política. Portadora de una impresionante dispersión semántica, estuvo constantemente sujeta a acalorados debates académicos, a utopías revolucionarias y a sobresaltos conceptuales<sup>2</sup>.

Consecuentemente y sólo a los fines del objeto de nuestra indagación, ensayaremos una aproximación teórica desde un enfoque estrictamente jurídico a efectos de poder encuadrar adecuadamente la relación existente entre democracia, elecciones y función electoral. Ello sin dejar de lado que, en palabras de Bidart Campos “(...) la democracia es la forma política que organiza al

<sup>1</sup> Marquardt no duda en calificar a la democracia como un concepto o elemento sumamente ideologizado y mitologizado (Cfr. MARQUARDT, Bernd, *Historia Universal del Estado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, 2009, t. 3. *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial [1776-2008]*, p. 148.

<sup>2</sup> VIANA PEREIRA, Rodolfo, *Tutela coletiva no Direito Eleitoral*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 1. Traducción libre de: “Desde a matriz grega até as recentes especulações sobre os modelos tecnológicos do voto, a idéia de Democracia sempre foi um dos temas mais em voga no curso humano de compreensão e prescrição da convivência política. Portadora de uma impressionante dispersão semântica, esteve constantemente sujeita a acirrados debates acadêmicos, a utopias revolucionárias, a sobressaltos conceituais”.

estado con respeto de la dignidad del hombre, de su libertad y de sus derechos”<sup>3</sup>.

En la actualidad y desde la perspectiva señalada, la noción formal de democracia corresponde, poco más o menos, a la idea de un sistema de ejercicio del poder en el cual las decisiones relativas al gobierno de la sociedad son adoptadas, en mayor o menor medida y en forma directa o indirecta, por la voluntad popular, es decir, por la deliberación soberana de aquellos que integran o conforman el cuerpo de personas habilitadas por ley para participar en dichos procesos decisionales en pie de igualdad.<sup>4</sup>

De esta forma se garantiza también la libertad individual, puesto que el sujeto políticamente libre se encuentra supeditado a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. En palabras de Kelsen, la democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos<sup>5</sup>.

Largo es el camino recorrido por la democracia, reconociendo y acumulando significativas variaciones a lo largo del tiempo, lo que permite hablar de diferentes estilos o modelos de democracia. Tratándose de una cuestión que admite múltiples enfoques y perspectivas, hemos de circunscribir su análisis sólo a aquellos aspectos que por su relevancia jurídica e institucional, devienen

---

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.; *Legitimidad de los procesos electorales*, Costa Rica, IIDH-CAPEL, 1986, p. 89.

<sup>4</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynez, México, Imprenta Universitaria, 1949; SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011; DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, México, FCE, 1992.

En palabras de Pérez Royo la denominaríamos como Estado democrático, es decir aquel que arranca de la soberanía popular, Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 97. Y en términos de Hamilton, que el pueblo debe poder elegir a quien quiera o a quien se le plazca para su gobierno ELLIOT, Jonathan, *Debates on the Federal Constitution*, ed. 1876, p. 257, cita de la Corte de los Estados Unidos de América en la causa “Powell v. Mc. Cormack” 395 U.S., pp. 541-547.

<sup>5</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado... op. cit.*, p. 298.

necesarios a los fines de avanzar en el abordaje de nuestro objeto de estudio.

Comenzaremos por la *democracia clásica* u *occidental*, que en definitiva consiste en el reconocimiento formal e institucionalizado de que la autoridad de los gobernantes deriva del derecho del pueblo a regirse por sí mismo en base a una regla mayoritaria fundada en el principio ‘un hombre, un voto’<sup>6</sup>. En palabras de Maritain, la autoridad derivada del pueblo asciende desde la base a la cima del cuerpo político de una sociedad organizada como Estado; y el poder es ejercido por aquellos en los que periódicamente es depositado, dentro de límites formales y temporales, y cuya fiscalización también compete a la voluntad popular a través de diferentes institutos y procedimientos<sup>7</sup>.

Para Biscaretti di Ruffia, el Estado de democracia clásica u occidental se basa en el principio fundamental del autogobierno, pretendiendo resolver, mediante la mayor identificación posible entre gobernantes y gobernados, el problema esencial de la convivencia humana consistente en conciliar la libertad de cada uno con la libertad de todos. Sin embargo, dada la extensión y amplitud de los Estados contemporáneos, las funciones gubernativas no pueden ser asumidas directamente por los ciudadanos (democracia directa), salvo en limitados casos (referéndum, iniciativa popular); lo que impone conferir las a individuos designados mediante procedimientos electorales durante determinados períodos de mandato, sometiéndolos a controles continuados (democracia representativa). Y dado que es muy difícil, cuando no imposible, alcanzar la unanimidad en las decisiones entre los hombres, se ha adoptado, por necesidad, la regla de la mayoría fundada en el principio ‘un hombre, un voto’, moderándolo con una amplia

---

<sup>6</sup> Doctrina elaborada en 1964 por el *justice* Black en “Wesberry v. Sanders” (376 U.S. 1), y expuesta con mayor claridad en el mismo año por el *Chief Justice* Warren en “Reynolds v. Sims (377 U.S. 533); cfr. BIANCHI, Alberto B.; *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, CABA, 2008, vol. 2, pp. 305 y ss.

<sup>7</sup> MARITAIN, Jacques, *El Hombre y el Estado*, 2ª ed., Buenos Aires, Kraft, 1952, pp. 154-156.

tutela de los derechos de las minorías, organizadas en múltiples partidos políticos<sup>8</sup>.

Así arribamos a la *democracia representativa*, mediante la adopción del sufragio universal y la consecuente aparición de los partidos políticos. Esto la ha convertido en un régimen de partidos, en dónde la elección de los representantes por parte del electorado se ver reducida a la elección de los candidatos preseleccionados por aquellos, por lo que proveer a la dirigencia es la función política esencial de los partidos, transformando así a los comicios en elecciones indirectas<sup>9</sup>. En tales condiciones entiende que sería más exacto hablar de partidocracia, aunque no deja de reconocer que aun así las elecciones siguen siendo una técnica apropiada para la limitación del poder, y por ello, como procedimiento restrictivo, debiera complementarse con métodos de participación del cuerpo electoral en el poder gubernamental<sup>10</sup>.

Ambas variantes democráticas, la clásica u occidental y la representativa, integran lo que importante doctrina identifica como *democracia mayoritaria*, asentada en el ideal del autogobierno y privilegiando cómo se toman las decisiones, es decir, el procedimiento. En ellas, las decisiones sobre todas las cuestiones son adoptadas mediante una regla de mayorías por el órgano legislativo de base electoral<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 227-228.

<sup>9</sup> Cfr. DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos... op. cit.*, p. 378; FAYT, Carlos S., *Sufragio, Representación y Telepolítica*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 33/35.

No obstante ello, autores como Urbinati afirman que la democracia representativa no puede ser operativa sin partidos, aunque los partidos cambien de forma y de vocación (URBINATI, NADIA, *Democrazia in diretta, Le nuove sfide alla rappresentanza*, Milano, Feltrinelli, 2013. *Democracia en directo. Nuevos retos de la Democracia*, Capítulos VI y VII traducidos por Javier Aristu, "Estos papeles en campo abierto", Sevilla, octubre, 2014.

<sup>10</sup> Cfr. FAYT, Carlos S.; *Sufragio, Representación y Telepolítica*, ob. cit., p. 33/35.

<sup>11</sup> Cfr. ORUNESU, Claudina; *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, ob. cit., p. 157/159, 176. Señala la autora, que también se denomina a esta mo-

En este proceso evolutivo de la democracia, resulta vital el rol asignado a las constituciones, las que aparecieron de manera conjunta con la democracia representativa, cumpliendo una doble y recíproca función consistente en la formalización de los derechos y garantías individuales e institucionales, y a la vez organizando las estructuras formales y la asignación de competencias para el ejercicio del poder como forma de control interorgánica por parte de los representantes<sup>13</sup>.

Desde la perspectiva de Ferrajoli, el constitucionalismo modifica la estructura de las democracias en tanto que incluso el supremo poder legislativo queda jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto de las formas -predispuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría- sino también en lo atinente a la sustancia de su ejercicio por encontrarse obligado al respeto del principio de igualdad y de los derechos fundamentales. En ausencia de tales límites, si bien es posible hablar de democracia en sentido puramente político o formal, no es posible hacerlo a propósito de esta forma compleja y hoy generalizada en todos los países avanzados que es la *democracia constitucional*<sup>12</sup>.

De esta manera el constituyente, en tanto representante de la primera manifestación de la voluntad popular originaria con función legislativa, deja plasmados los principios y acuerdos sociales fundacionales que le dan origen legal, sustento y legitimidad política al Estado, de modo tal que los futuros gobernantes elegidos por mayorías cambiantes, no puedan afectar discrecionalmente los contenidos constitucionalizados<sup>13</sup>.

---

dalidad como *democracia monista*, (ACKERMAN, B., *We the People*, 1991, Cambridge, Harvard University Press), pp. 7-10 o *modelo Westminster* (LIPHART, A.; 1984: *Democracies*, New Haven: Yale University Press, p. 16).<sup>13</sup> Cfr. LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 327; FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, Trotta, 2011, t. 2, pp. 10-11 y sus notas.

<sup>12</sup> Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, Trotta, 2011, t. 2, pp. 10-11.

<sup>13</sup> Cfr. ROSSETTI, Alfredo C., *El problema de la democracia*, 3ª ed., Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1983, p. 283; ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 158, autora que destaca que a esta modalidad se la identifica también como

En la *democracia constitucional*, el ideal de autogobierno está asumido sujetando su ejercicio a los límites impuestos por las constituciones, de modo tal que no sólo es relevante el *cómo* se adopta una decisión, es decir el procedimiento utilizado, sino también el *qué* o contenido de la decisión, por lo que para justificarla, además de observar el procedimiento que fija la regla de la mayoría, también deberá acreditar la no violación de ciertos contenidos sustantivos consagrados en el texto constitucional<sup>14</sup>.

Este vínculo entre democracia y constitución fue visionariamente señalado en 1788, cuando Publio sostuvo que

El fin de toda constitución política es, o debería ser, primeramente, conseguir como gobernantes a los hombres que posean mayor sabiduría para discernir y más virtud para procurar el bien público; y en segundo lugar, tomar las precauciones más eficaces para mantener esa virtud mientras dure su misión oficial. La elección de los gobernantes constituye el sistema característico del gobierno republicano. Los medios que esta clase de gobierno confía para evitar la degeneración de aquéllos son numerosos y variados.

El más eficaz consiste en limitar los períodos para los cuales se les designa, en tal forma que sean debidamente responsables ante el pueblo<sup>15</sup>.

Por eso entendemos que la democracia resulta incompatible con cualquier tipo de gobierno con poder absoluto, puesto que no

---

*democracia dualista* (ACKERMAN, B., 1991: *We the People*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, pp. 6-7).

En igual sentido, Calamandrei, Piero; “*Costituente e questione sociale*” en *Íd.*; *Scritti e discorsi politici*, ed. de N. Bobbio, *La Nuova Italia*, Firenze, 1966, vol. I, t. I, p. 146; Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1979, pp. 58-59; ambos citado por FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris... op. cit.*, t. 2, p. 110, nota 9 y pp. 112-113, nota 14.

<sup>14</sup> Cfr. ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales... op.cit.*, p. 176.

<sup>15</sup> HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El federalista*, México, FCE, 2000, p. 242 y ss.

sólo es el gobierno del pueblo expresado a través de las mayorías entre iguales, sino que también es el gobierno del pueblo asumido como sociedad de personas titulares de derechos inalienables, que se manifiesta por la mayoría entre iguales<sup>16</sup> dentro de los límites que importan tales derechos, las instituciones vigentes y el respeto de las minorías, asumiendo el compromiso de no alterar tal convivencia con normas que conviertan en inferiores a un grupo y en superiores a los demás.<sup>17</sup>

Empero lo señalado, somos conscientes que esta noción se circunscribe sólo a una concepción formal de democracia, mediante la cual -continuando con palabras de Ferrajoli- la entendemos simplemente como un conjunto de convenciones y procedimientos idóneos para avalar que las decisiones producidas deben ser consideradas la expresión directa o indirecta de la voluntad popular. Esto significa que la identificamos por el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las

---

<sup>16</sup> Cfr. DAHL, Robert; *La democracia y sus críticos*, 2º ed., Paidós, Bs. As., 1993, p. 135; *La democracia*, Taurus, Bs. As., 1999, p. 47

<sup>17</sup> Cfr. SCHMITT, Carl; *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2011, p. 303/304. Este autor habla de homogeneidad del pueblo, en donde la democracia es identidad entre dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen, afirmando que "(...) la fuerza o autoridad de los que dominan o gobiernan no ha de apoyarse en cualesquiera altas cualidades inaccesibles al pueblo, sino sólo en la voluntad, el mandato y la confianza de los que han de ser dominados o gobernados, que de esta manera se gobiernan en realidad a sí mismos".

En sentido similar, BOREA ODRÍA, Alberto, voz: Democracia, en *Diccionario Electoral*, 1º ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), San José, 1988/9, t. I, p. 350.

No obstante ello, como bien lo destaca Ferrajoli, "La idea elemental que está en la base de [la] concepción exclusiva e incondicionalmente política de la democracia, denominada «modelo Wetminster», es que ni siquiera la estipulación de las constituciones deba escapar al principio de autoridad expresado por las reglas procedimentales de la mayoría". FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2011, t. 2, p. 107.

decisiones, independientemente del *qué* ha decidido, es decir, de sus contenidos.<sup>18</sup>

Sin embargo, para nuestro objeto de estudio resulta adecuada y suficiente tal conceptualización, puesto que dicha dimensión formal de la democracia expresa un rasgo necesario, en tanto conforma una *conditio sine qua non* en ausencia de la cual, definitivamente, es imposible hablar de democracia<sup>19</sup>. Especialmente si partimos de la diferenciación entre legitimidad y confianza que efectúa Rosanvallon, sosteniendo que la legitimidad reviste la condición de una cualidad jurídica, estrictamente procedimental, producida de modo perfecto y absoluto por la elección<sup>20</sup>. En tanto que la confianza es mucho más compleja, por constituir una institución invisible destinada a producir una ampliación de la calidad

---

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, Trotta, Madrid, 2011, t. 2, p. 9. El autor señala la insuficiencia de esta caracterización para alcanzar una adecuada definición de democracia, destacando que para ello es necesario integrarla con la indicación de algún vínculo de carácter sustancial o de contenido, los cuales, a su criterio, están dados por las dimensiones (formal y sustancial), las formas (civil y política), los contenidos (liberales y sociales) y los niveles (estatales, supraestatales e infraestatales) en los que se articula, conforme la estipulación normativa de los respectivos derechos, el paradigma de democracia constitucional, *ibidem*, p. 9-10.

<sup>19</sup> Es el mismo Ferrajoli quien le reconoce y adjudica tal valoración a la dimensión formal de la noción de democracia (cfr. *Principia iuris...op. cit.*, t. 2, p. 10).

No ignoramos la interesante observación crítica que Atría formula a la posición de este autor, sosteniendo que “[e]l error fundamental de Ferrajoli es creer que las dimensiones «materiales» (funcionales) y «formales» (estructurales) pueden ser separadas o unidas a voluntad: la separa cuando quiere fundar la insuficiencia de la democracia «formal», que queda entonces reducida a cuestiones aparentemente marginales (el «quién» y el «cómo», pero no el «qué»); pero después las une, y resulta que esta cuestión que antes era marginal deviene *conditio sine qua non*. Pero si aquí uno se pregunta qué justifica este estatus tan importante de la forma, el argumento de Ferrajoli no puede sino descansar en una inesperada mitificación de la forma” (ATRÍA, Fernando, *La forma del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2016, pp. 186 y cc.).

<sup>20</sup> En similar sentido, CNE F. 359/87; 712/89; 3181/03; 3352/04 y 3605/05, por citar sólo algunos.

de legitimidad, una continuidad en el tiempo de esa legitimidad ampliada, y, finalmente, un economizador institucional que permite evitar un conjunto de mecanismos de verificación y prueba.<sup>21</sup>

Desde tal perspectiva, el rol que le cabe al procedimiento electoral radica en justificar su obligatoriedad y legitimidad, y no en el hecho de que sean o no correctas las decisiones adoptadas a través del mismo. Esto es lo que conduce a Estlund a sostener que el aspecto central por el cual el procedimiento adquiere tanta importancia es por su valor epistémico, denominando a esta estructura teórica como la tesis del procedimentalismo epistémico. Por ello es que para este autor la democracia, en términos epistémicos, es

---

<sup>21</sup> ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia*, Buenos Aires, Manantial, 2007, p. 23, con cita de ARROW, Kenneth, *The Limits of Organization*, Nueva York, Norton, 1974, p. 26. Señala Rosanvallon que la disociación entre legitimidad y confianza genera, entre otras reacciones, la multiplicación de propuestas y experiencias que procuran reforzar las condiciones de la legitimidad procedimental. Pero paralelamente, nos advierte, “(...) también se ha formado todo un entrecruzamiento de prácticas, de puestas a prueba, de contrapoderes sociales informales y también de instituciones, destinados a compensar la erosión de la confianza mediante una organización de la desconfianza” (p. 24). Con otro punto de vista es interesante ver GALLI, Carlo; *El malestar de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2013.

MORA Molina afirma que la “(...) evaluación de un sistema democrático puede ser afrontada como proceso, contenido y resultado. En primer lugar, una democracia debe ser el resultado de un proceso plenamente controlado y llevado a cabo con métodos reproducibles y de gran precisión; en segundo, una democracia debe incorporar una arquitectura formal, un derecho material y unos procedimientos ágiles, eficaces y flexibles; y por último, en un régimen democrático la ciudadanía debe ver, en un amplio grado, satisfechas las expectativas de gobierno, además de poner a su disposición las herramientas necesarias para exigir rendición de cuentas (accountability) a todos los responsables públicos en el marco del Estado de derecho”, introduciendo así un factor esencial de la calidad democrática: la rendición de cuentas o accountability (MORA MOLINA, Juan Jesús, *Calidad y democracia*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 25, con cita de DIAMOND, L. y MORLINO, L., *The Quality of democracy, An Overview, Journal of democracy*, 14, p. 21).

el mejor procedimiento entre todos aquellos generalmente aceptables para una teoría de la legitimidad política.<sup>22</sup>

## II. LAS ELECCIONES O COMICIOS<sup>23</sup>

Definiendo la democracia con palabras de Nöhlen,<sup>24</sup> esto es como el proceso de formación de la voluntad política mediante estructuras políticas conformes con los valores de la democracia constitucional representativa, es posible sostener que la democracia se realiza en la medida en que se realicen elecciones libres y honestas<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> ESTLUND, David, *La autoridad democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 33. Agrega este autor que “[d]e acuerdo con el procedimentalismo epistémico, la ley es legítima y obligatoria, aunque sea injusta, y esto se debe en parte al hecho de que el procedimiento está investido de un valor epistémico públicamente reconocible”.

<sup>23</sup> En favor de un adecuado uso terminológico, dado que un lenguaje claro y preciso es la primer condición de todo estudio científico (cfr. Carré de Malberg, Raymond; *Teoría General del Estado*, 2° ed., 3° reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1998/2013, p. 249, nota 1; y Próculo; “La precisión o acierto en los conceptos y el empleo correcto de términos o vocablos jurídicos”, *La Ley*, Bs. As., 1966, t. 122, p. 718), ya hemos tenido oportunidad de señalar que no es válido el uso singular de la palabra ‘comicios’. En este sentido cabe destacar que Diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia Española, al consultar sobre el término “comicios” lo define como las elecciones para designar cargos políticos. Este sustantivo masculino se usa siempre en plural, por lo que debe evitarse el singular ‘comicio’, aunque se observa cierta tendencia en el uso del singular regresivo *comicio*, especialmente en la Argentina y en España. No obstante, por el momento, resulta absolutamente mayoritario en el ámbito hispánico su empleo siempre en plural, como puede comprobar en los corpus lingüísticos, tal como también se recomienda en el mencionado Diccionario panhispánico de dudas (Cfr. PÉREZ CORTI, José M., “La reforma del régimen electoral en la provincia de Córdoba. El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos”, Córdoba, Abeledo Perrot, núm. 6, junio 2009, pp. 609-645).

<sup>24</sup> NÖHLEN, Dieter, *Ciencia Política y Justicia Electoral*, ed. e intro. a cargo de José Reynoso Núñez, México, UNAM, 2015, p. 201.

<sup>25</sup> Cfr. CNE F. 3181/03; 3352/04 y 3605/05, entre otros.

Por su parte, cabe señalar que las elecciones o comicios son el mecanismo utilizado periódica y sistemáticamente para designar funcionarios públicos en los órganos de gobierno estatal<sup>26</sup>, o, extraordinariamente, para adoptar determinadas decisiones que hacen al ejercicio mismo del gobierno político mediante la emisión del voto o sufragio; y que la regulación de tales mecanismos constituye uno de los objetos del Derecho electoral<sup>27</sup>. Ello sin perder de vista que tales procedimientos electorales se configuran de modos muy diversos en los estados contemporáneos, por lo que no deben dejarse de lado las particulares consideraciones que merece el abordaje de cada uno de ellos, sin perjuicio de las generalidades que los subyacen con cierta validez universal<sup>28</sup>.

En este sentido, la finalidad primigenia de toda elección -y consecuentemente del procedimiento que ella importa- radica en legitimar y limitar el poder, tal como lo ha señalado destacada doctrina y mencionado reiteradamente nuestra jurisprudencia electoral<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Bidart Campos las define lisa y llanamente como técnicas o procedimientos mediante los cuales el pueblo elige a sus autoridades (BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. II, p. 258, § 24). Por su parte, Nöhlen entiende que "(...) representan el método democrático para designar a los representantes del pueblo" conformando "... una técnica de designación de representantes"; y que "... las elecciones pueden ser utilizadas en lugar de otras técnicas (...) sin tener contenido democrático alguno..." puesto que "... las elecciones no son exclusivas de las democracias" modernas (NÖHLEN, Dieter, *Sistemas electorales y de partidos políticos*, 3° ed., México, FCE, 2004, p. 11).

<sup>27</sup> En similar sentido, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Tratado de derecho electoral*, México, Porrúa, 2010, p. 9; FERNÁNDEZ BAEZA, Mario y NÖHLEN, Dieter, "voz: Elecciones", en *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), San José, 1988/9, t. I, p. 448; GARCÍA SORIANO, María Vicenta, *Elementos de derecho electoral*, 2° ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 28.

<sup>28</sup> Cfr. BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo; *op. cit.*, p. 355.

<sup>29</sup> Cfr. HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J.; *El federalista*, México, FCE, 2000, p. 242; MACKENZIE, W. J. M.; *Elecciones libres*, Madrid, Tecnos, 1962, p. 159; FAYT, Carlos S., *Sufragio, Representación y Telepolítica*, 2° ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 35; y CNE, F. 3605/05.

La instrumentación y puesta en marcha de los mecanismos comiciales se lleva a cabo a través de una serie de procedimientos a cargo de organismos específicos contemplados en la legislación vigente, dando origen así a la noción de proceso electoral, el que conforma el *quid* de la cuestión *sub examine*.

#### A) CATEGORÍAS O TIPOLOGÍAS COMICIALES

A los fines de identificar correctamente el ámbito de nuestra investigación, es necesario diferenciar las distintas categorías o tipologías comiciales existentes en la actualidad.

Comenzaremos por distinguir entre elecciones institucionales y partidarias, y dentro de las primeras entre las que corresponde a órganos de gobierno y las destinadas a otras entidades, públicas o privadas. Los códigos electorales emanados de los poderes legislativos tienen por objeto principal las elecciones institucionales de órganos de gobierno, sin perjuicio de que sus disposiciones resulten aplicables analógica o supletoriamente a otros casos comiciales.

Otra distinción que cabe formular surge del carácter cíclico o no de las elecciones, por lo que es posible aludir a procesos electorales ordinarios (*i.e.* renovación de cargos y bancas) y sus pares extraordinarios (*i.e.* convenciones constituyentes; institutos de democracia directa y semidirecta; destituciones por juicio político; acefalías definitivas; etc.).

También resulta determinante la forma en que el electorado se vincula con la decisión final que adopta, esto es si la misma es el resultado directo de la manifestación de su voluntad popular de contenido político, o si —por el contrario— dicha expresión se ve intermediada por otros actores en el proceso de conformación de las decisiones políticas del Estado.

Si se trata de mecanismos en los cuales el elector elige a los gobernantes, sin intermediación alguna, estamos ante una elección directa. En cambio, si en lugar de un proceso de participa-

ción social inmediato, el proceso comicial tuviera lugar para elegir representantes que luego tendrán la responsabilidad de formular y alcanzar la elección final de alguna categoría de gobernantes, nos encontramos ante una forma de elección indirecta (*i.e.* colegios electorales para la elección de presidente)<sup>30</sup>.

Por lo tanto, y tal como adelantáramos, a los fines de alcanzar la precisión que requiere un adecuado abordaje de la cuestión en la presente investigación, sólo nos abocaremos a los comicios institucionales de los órganos de gobierno y de los institutos democráticos vigentes, tanto nacionales como provinciales y municipales, ordinarios o extraordinarios.

### III. EL PODER Y SUS FUNCIONES EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Xifra Heras veía en la función el enlace o puente entre el poder y el fin, era el instrumento que lleva a cabo la integración del sistema con el fin político, el elemento de actuación del poder; poder único y soberano de la organización política que se manifiesta a través de las funciones. Negaba la pertinencia de clasificar las funciones tomando como punto de partida los órganos o sujetos que las ejercen, entendiéndolo que la naturaleza de un acto no varía según sea el órgano que realiza tal acto<sup>31</sup>.

Consecuentemente, si por funciones entendemos las diferentes manifestaciones o diversos modos de ejercicio o actividad del poder en cuanto tal, o de la potestad estatal, todos ellos cumplidos por los órganos que forman parte del Estado<sup>32</sup>; aplicar dicha

---

<sup>30</sup> Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Legitimidad de los procesos electorales*, Costa Rica, IIDH-CAPEL, 1986, pp. 80-81.

<sup>31</sup> Cfr. XIFRA HERAS, Jorge, *Introducción a la Política*, Barcelona, CEDSA, 1965, pp. 151-153.

<sup>32</sup> Cfr. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 249; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Político*, Buenos Aires, Aguilar, 1962,

noción al fenómeno electoral requiere la explicitación de ciertas cuestiones y contenidos que hacen a su correcta interpretación.

#### A) INSTANCIAS O ESTADIOS DEL PODER

La primera cuestión radica en señalar que en el marco de un régimen constitucional republicano y democrático, cuando hablamos de poder, necesariamente debemos diferenciar las instancias o estadios en los que es posible situarlo.

Hemos de encontrar al poder en estado puro, esto es como potencia de acción o como acto individual o colectivo ordenado hacia la consecución de un objetivo concreto, de breve duración. La idea del poder -afirma Posada- no es exclusiva del Estado político ni del Estado en general, y en los grupos sociales importa el supuesto de una dirección que aúna y conduce su esfuerzo y energías, conservando así la unidad en virtud de su potencia de cohesión.<sup>33</sup>

Ese poder en estado puro, se convierte en poder político cuando un grupo determinado hace uso de la fuerza, en tanto como tal conforma una unidad distinta de sus miembros, y lo ejerce de manera irresistible sobre los demás, es decir, mandando de manera absoluta con capacidad coactiva para forzar la ejecución de las órdenes dadas<sup>34</sup>. Es lo que históricamente se advierte: el poder

---

p. 351, con mención de DABIN, Fayt, Carlos S., *Derecho político*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, p. 55.

<sup>33</sup> POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho político*, 4º ed., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, t. I, p. 320.

<sup>34</sup> En palabras de Fayt "El poder es un fenómeno social, producto de la interacción humana. Consiste en la relación de subordinación en que se colocan recíprocamente los seres humanos. Esa relación de subordinación requiere la presencia de dos términos, el mando y la obediencia. Esa relación puede darse entre dos o más individuos, o bien abarcar a la totalidad de un grupo o de una comunidad; desenvolverse en una esfera determinada de la actividad social; tener por objetivo cualesquiera de los propósitos o finalidades que determinan la actividad social humana en la consecución de intereses materiales e ideales" (FAYT, Carlos S., *Derecho político... op. cit.*, t. I, p. 235).

político actúa dominando mediante el ejercicio del imperio, esto es haciéndose obedecer.

Nuevamente es Posada quien lo describe afirmando que “se manifiesta como una energía material dominadora, que se impone, si es preciso, por la fuerza de su imperio, y ello, merced a un privilegio -título- que se justifica como de origen divino, o en virtud de una tradición secular, o por la ocupación o posesión, o, sencillamente, porque el poder puede”<sup>35</sup>.

La diferencia del poder político con otras categorías de poder radica en el ámbito de su actividad, en la forma de influencia que ejerce sobre la conducta humana, y en los medios de los que se vale para el cumplimiento de los fines que lo orientan. Su esfera de actuación ha dejado de estar compuesta por algunos individuos o categoría de ellos, para abarcar a la totalidad de un pueblo en un ámbito espacial determinado, dentro del cual los individuos se someten a él prestando obediencia por creer en su legitimidad, sin que exista posibilidad de que resistan la acción de aquél. La posesión de la coacción y de los instrumentos de control social necesarios, le permiten efectivizar sus sanciones a través del ejercicio de la fuerza física que monopoliza; incardinando su acción hacia la realización de la representación del orden social que le diera origen<sup>36</sup>.

Sin embargo, esta actuación del poder político engendra la necesidad de su organización para alcanzar los objetivos de mediano y largo plazo que su ejercicio plantea a los integrantes del grupo. El Estado, como organización, deviene en titular abstracto del poder de suprema dominación<sup>37</sup>. Y el instrumento ordenador capaz de estructurarlo de manera orgánica y estable para y en el ejercicio de dicho poder político, es el Derecho. De esta manera, la juridización del poder político, esto es su organización conforme determinadas reglas o normas destinadas a garantizar su correcto funcionamiento en torno a una o varias finalidades a lo largo del

<sup>35</sup> POSADA, Adolfo; *Tratado de Derecho político... op. cit.*, t. I, p. 321.

<sup>36</sup> FAYT, Carlos S.; *Derecho político... op. cit.*, t. I, p. 235/236.

<sup>37</sup> FAYT, Carlos S.; *Derecho político... op. cit.*, t. I, p. 238.

tiempo, es la que deriva en la creación del Estado, entendiendo por éste el “ente social que se forma cuando, en un territorio determinado, se organiza jurídicamente un pueblo que se somete a la autoridad de un Gobierno”<sup>38</sup>.

## B) ORIGEN DEL PODER

Dicho esto, surge la segunda cuestión, que radica en la determinación del origen del poder, lo que tampoco representa novedad, puesto que por tratarse de un régimen constitucional republicano y democrático, el mismo necesariamente reside en el pueblo<sup>39</sup>. Así, la organización del poder en el Estado importa la existencia del poder constituyente<sup>40</sup>, cuyo depositario natural es el pueblo como titular incuestionable de la voluntad popular originaria<sup>41</sup>; y de los poderes constituidos, en los cuales se deposita -teoría de la representación mediante- el ejercicio de la voluntad popular derivada<sup>42</sup> a través de un conjunto de órganos o individuos investidos

<sup>38</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional... op. cit.*, p. 99.

<sup>39</sup> Seguimos aquí los conceptos desarrollados con respecto a la voluntad popular y sus diversas categorías y funciones, en nuestros *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, 3° ed., Advocatus, Córdoba, 2016, p. 5/14; y “Ensayo sobre la voluntad popular y el Derecho electoral”, Buenos Aires, La Ley, Actualidad, 26/11/2013, p. 1/3.

<sup>40</sup> Sieyès sostuvo que la soberanía popular reside esencialmente en el poder constituyente del pueblo, el que puede delegar parte del ejercicio de dicha *potestas* en las autoridades constituidas, aunque siempre conserva para sí mismo el poder constituyente (Cfr. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2° ed., México, FCE, 1998/2013, p. 1165).

<sup>41</sup> Tenemos dicho que la voluntad popular es *originaria* cuando como unidad indivisible queda retenida en potencia por el pueblo, quien ostenta la calidad de titular natural y único facultado para su ejercicio.

<sup>42</sup> Hablamos de voluntad popular *derivada*, en cambio, en aquellos casos que el pueblo ha delegado parte de su ejercicio en quienes revisten la condición de sus representantes, para que la practiquen dentro del régimen que les fijan la Constitución y las leyes. En este marco, el pueblo se somete a los designios de sus mandatarios sin que eso signifique la renuncia a la titularidad y ejercicio de la voluntad popular originaria.

de autoridad a los fines del cumplimiento de la actividad funcional del mismo Estado<sup>43</sup>.

Sin embargo, no es posible pasar por alto que esto que hoy tan claramente señalamos en cuanto al origen del poder, es el resultado de un largo devenir histórico por el cual se ha producido el tránsito del principio de soberanía parlamentaria al de soberanía popular, transición lúcidamente descripta por Loewenstein y por Pérez Royo.

En efecto, en la visión de Loewenstein la infraestructura ideológica común a todos los tipos de gobierno constitucional consiste en el convencimiento de que todo poder emana del pueblo, de que tanto el gobierno como el parlamento deben estar de acuerdo con la voluntad del pueblo y de que elecciones libres y honestas forman un circuito abierto dentro del cual competirán las ideologías y las fuerzas sociales que las promueven. Por lo tanto, la conformación del poder es necesariamente triangular: parlamento, gobierno y pueblo; y el poder político está distribuido entre varios ostentadores del poder que, por lo tanto, están sometidos a un control mutuo. El gobierno parlamentario es el intento de establecer entre los dos independientes y separados titulares institucionales del poder –asamblea y gobierno– un equilibrio tal que ninguno pueda ganar ascendencia sobre el otro. Como conformación dualista del poder, el parlamentarismo correspondió al Constitucionalismo primitivo, incompleto todavía hasta el reconocimiento del electorado como ostentador supremo del poder. Esta última fase sería alcanzada cuando finalmente el electorado determinase la composición tanto de la asamblea como del gobierno<sup>44</sup>.

Por su parte, Pérez Royo razona que si se concibe al Parlamento como soberano, no habrá límites jurídicos para la manifestación de su voluntad, consecuentemente la Constitución sólo podría tener una interpretación política: la que haga el Parlamento. Durante este período, la Constitución es un documento político

<sup>43</sup> En sentido similar, FAYT, Carlos S., *Derecho político... op. cit.*, t. II, p. 45.

<sup>44</sup> Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1965, pp. 91 y 104-105.

que «está a disposición» del legislador, que lo interpreta políticamente, porque es de la única manera que un Parlamento puede hacerlo. Como en tantos otros terrenos, habrá que esperar a la sustitución del principio de la soberanía parlamentaria por el de soberanía popular, para que la interpretación de la Constitución haga acto de presencia en el Derecho Constitucional. Si la soberanía popular se expresa a través del poder constituyente en una Constitución que es norma jurídica, la interpretación de esta norma no puede dejar de ser tomada en consideración<sup>45</sup>.

Esta transición conceptual de la noción de Constitución como documento político y como objeto de estudio del Derecho Político (siglo XIX y primeros años del XX); a la de Constitución como norma jurídica producto del ejercicio del poder constituyente emanado de la voluntad popular y como instrumento del Estado democrático<sup>46</sup>, no sólo repercutirá en la consolidación del Derecho Constitucional sino también en la evolución de la teoría del control electoral y de su intrínseca noción funcional: la competencia electoral.

### C) CATEGORÍAS DEL PODER

Ha quedado introducida así la tercera cuestión, que es a la que nos interesaba arribar.

En efecto, esta distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos refleja, en definitiva, diferentes maneras de concreción de la voluntad popular en tanto origen del poder de todo sistema democrático y republicano. Y es Sièyes quien nos conduce por el camino correcto al señalar que la palabra Constitución se refiere al conjunto y a la separación de los poderes públicos, puesto que si el acto constitucional tiende a realizar la

---

<sup>45</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional... op. cit.*, pp. 97-98.

<sup>46</sup> Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional... op. cit.*, pp. 96-97.

distribución de los poderes, es innegable que se produce también por dicho acto una manifestación de la unidad del poder. Efectivamente, los poderes creados por la Constitución son poderes múltiples y divididos, pero todos, sin distinción, son emanación de la voluntad general, todos proceden del pueblo, surgiendo -por ende- de un poder superior y único<sup>47</sup>.

Una efectiva separación entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial sólo es posible y puede concebirse mientras exista por sobre tales funciones y órganos a separar una autoridad superior que establezca entre ellas tal disociación, en donde la voluntad popular como creadora de la Constitución, delegue separadamente las tres funciones del poder en tres clases de órganos, constituyéndolos en una situación de independencia en sus interrelaciones recíprocas, pero de dependencia en relación a aquella constitución.

#### D) FUNCIONES DEL PODER

Es claro, entonces, que si el poder es uno sólo y su único titular y sujeto legitimado para ejercerlo es el pueblo a través de la manifestación de la voluntad popular en sus diversas categorías; las funciones del mismo no se limitarán solamente a las tres que como tales han concentrado la mayor atención de la doctrina, esto es legislativa, ejecutiva y judicial; sino que entendemos existen -al menos- dos funciones más: la constituyente y la electoral.

Esto nos permite clasificar en dos categorías las funciones del poder, dentro de las cuales es posible ubicar las recién señaladas. En efecto, desde nuestra perspectiva calificamos a las funciones del poder como ordinarias (*i.e.* legislativa, ejecutiva y judicial) y como extraordinarias (*i.e.* constituyente y electoral).

Otra categoría extra sería la revolucionaria, aunque importante doctrina la sitúa como una variante del ejercicio de la fun-

---

<sup>47</sup> Cfr. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado... op. cit.*, p. 786 (con referencia expresa a Jellinek), 1165 y 1189.

ción constituyente originaria<sup>48</sup>, lo que resulta compatible con lo que nosotros designamos como voluntad popular originaria *de facto*<sup>49</sup>.

Tomando sólo la tríada constituida por las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, Häberle señala la existencia de múltiples traslapes y fecundaciones mutuas que deben ser incorporados en el cuadro conjunto del equilibrio de poderes, concluyendo que la división de poderes es un principio relativamente abierto, con constantes y variantes<sup>50</sup>.

Compartimos el enfoque propuesto, pero insistimos en que el mismo debe partir de la diferenciación primaria entre las funciones ordinarias y extraordinarias, para recién luego avanzar sobre las categorías que integran cada una de ellas, permitiendo de esta manera abarcar las funciones constituyente y electoral y con ello un abordaje con mayor claridad y capacidad de comprensión de los solapamientos y rediseños institucionales que las constituciones vienen receptando en aras de garantizar los derechos fundamen-

---

<sup>48</sup> Cfr. SPOTA, Alberto A.; *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 46 y 77; VANOSI, Jorge R.; *Teoría Constitucional*, 2° ed., Depalma, 2000, Bs. As., t. I, 124 y 137; CARRIÓ, Genaro R.; *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Bs. As., 1973, p. 36 y 37, citado por Vanossi (Ibidem); SAGÜÉS, Néstor P.; *Teoría de la Constitución*, Astrea, Bs. As., 2001, p. 276, § 121.

<sup>49</sup> A la que identificamos con el derecho a la resistencia y/o revolución, definiéndola como naturalmente violenta e institucionalmente agresiva, y que en algunos casos -como ya lo expresáramos- puede derivar en poder constituyente originario (Cfr. PÉREZ CORTI, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, ob. cit., p. 10; y “Ensayo sobre la voluntad popular y el Derecho electoral”, La Ley, Actualidad, Bs. As., 26/11/2013, p. 2).

<sup>50</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter; *El Estado constitucional*, Astrea, CABA, 2007, p. 329/330. Alguna doctrina ha sostenido ya hace algún tiempo una comprensión más científica de los poderes (cfr. FINER, Herman, *Teoría y Práctica del Gobierno Moderno*, Madrid, Tecnos, 1964, p. 142/150).

Con distintas palabras, pero en similar sentido, esto ya había sido señalado por nuestra jurisprudencia (Cfr. ARG, CSJN F. 315:2990, del 23/12/1992 *in re* “Rodríguez Varela, Florencio c/ Corte Suprema de Justicia de la Nación s/ ordinario”, voto de los jueces Barra, Moliné O'Connor y Boggiano, consid. 6°).<sup>53</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter; *El Estado constitucional... op. cit.*, p. 332.

tales del hombre, poniendo de manifiesto -en palabras de Häberle<sup>53</sup>- un catálogo abierto de poderes y funciones reflejado en la propia historia evolutiva del Estado constitucional.

*Breve recapitulación histórica sobre las funciones del poder*

Cabe destacar que nuestro razonamiento, en cuanto a las funciones del poder, no es novedoso. En los inicios del constitucionalismo el poder fue examinado desde la perspectiva de las funciones mediante las cuales se ejerce, inclinándose la doctrina por la existencia de cuatro funciones del poder, a las que identificó como la electoral, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

El primer registro de la introducción de esta cuestión a nivel constitucional corresponde a Bolívar, en el proyecto de Constitución boliviana que presentara en Lima el 28 de mayo de 1826, pronunciando el famoso discurso en el que señala que el mismo está dividido en cuatro poderes políticos. Esto debido a que en el artículo 8 del texto constitucional<sup>51</sup> habría añadido uno más sin por ello complicar la división clásica de cada uno de los otros. De esta forma considera que el Electoral ha recibido facultades no señaladas en otros gobiernos que se estiman más liberales<sup>52</sup>.

Más adelante, en el año 1867, Jameson se referiría a la cuestión enfocado en el régimen norteamericano, razonando que en la mayoría de los gobiernos modernos, incluyendo el de su país, existían cuatro ramas o departamentos distintos, a los que se confiaban los poderes delegados por el soberano. De ellos, señala en primer lugar el de los Electores, cuya función es la de escoger de sí a los funcionarios empleados en los otros departamentos, a los

<sup>51</sup> BOL, Proyecto de Constitución, 28/5/1826, art. 8: “El poder supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial”; consultado el 10/6/2017 y disponible en: <<https://archive.org/stream/proyectedeconsti00boli#page/20/mode/2up>>.

<sup>52</sup> BOLÍVAR, Simón; *Discurso sobre el Proyecto de Constitución para Bolivia*, Córdoba, El Aleph, 2000, pp. 3-4; disponible en <[www.elaleph.com](http://www.elaleph.com)>, consultado el 9/6/2017. El Título III de proyecto en cuestión regula el Poder Electoral en dos capítulos (De las elecciones y Del cuerpo electoral) compuestos por siete artículos, estableciendo una especie de colegio electoral.

que, en los Estados Unidos, se había agregado el de hacer las leyes fundamentales. El cuerpo electoral –afirma– es el más numeroso en el Estado, de los encargados de una función oficial, comprendiendo a los sufragantes o votantes, o, en un sentido calificado, al pueblo, y se diferenciaba de los otros tres departamentos en que constituye un cuerpo que nunca actúa en conjunto, sino que en segmentos de tal tamaño que no hacen impracticables el debate y la cooperación<sup>53</sup>.

En 1879, el constitucionalista chileno Huneeus compartía este enfoque del poder y de sus funciones. En efecto, al analizar el artículo 4 de la Constitución chilena de 1833<sup>54</sup> sostenía que este consignaba un principio, no un precepto, y tras razonar que por medio de los ciudadanos activos con derecho de sufragio la Nación delega el ejercicio del poder en las autoridades establecidas en su texto y que aquellos eligen en votaciones populares. Ubica aquí la existencia del que denomina como poder electoral, y al que caracteriza como el primero y el más importante de todos, puesto que designa a las personas que desempeñarán el poder legislativo

---

<sup>53</sup> Cfr. JAMESON, John A., *A Treatise of Constitutional Conventions*, 4° ed., Chicago, Callaghan and company, 1887, p. 23 y cc. Allí este autor afirmaba, textualmente: “In most modern governments, including our own, there are four distinct branches or departments, to which are confided the powers delegated by the sovereign. Of these, the first is the Electors, whose function is that of choosing out of their own number the functionaries employed in the other departments, to which in the United States is added that of enacting the fundamental laws. The electoral body is the most numerous in the state, charged with an official function. It comprises the suffrage-holders, or voters, or, in a qualified sense, the people, and differs from the other three departments in that it constitutes a body which never assembles, but acts in segments of such convenient size as not to render conference and cooperation impracticable”.

<sup>54</sup> CHI, Constitución Nacional, 25/5/1833, art. 4: “La soberanía reside esencialmente en la Nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta Constitución”. Cfr.: Fuentes Documentales y Bibliográficas para el Estudio de la Historia de Chile, consultada el 10/6/2017 y disponible en: <[http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh\\_article/0,1389,SCID%253D10738%2526ISID%253D417%2526PR%253D10717%2526JNID%253D12,00.html](http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_article/0,1389,SCID%253D10738%2526ISID%253D417%2526PR%253D10717%2526JNID%253D12,00.html)>.

y el ejecutivo, como así también a quienes ejerzan el poder constituyente<sup>55</sup>.

Por su parte, de Hostos en 1887, partiendo de la teoría organicista<sup>56</sup>, coincide conceptualmente en que al presentar al poder como uno de los elementos orgánicos de la sociedad, el mismo es concebible como una relación entre cuatro actos, a saber: ponderación, razón, voluntad y consciencia. En toda manifestación del poder, ya sea individual o colectiva, coinciden necesariamente las cuatro funciones: elección, determinación, ejecución y juicio. Comprobada –según este autor– la necesidad de las funciones, resta ver qué nombre toman en el ejercicio del poder público. Para ello, razona textualmente:

Lo primero que la Sociedad hace, al manifestar su poder, es pesar, ponderar, escoger medios de acción: todas las operaciones mentales y materiales que efectúan en ese estado, constituyen la función electoral. Se elige, para determinar qué se ha de hacer ó qué conviene hacer: cuantos actos se relacionan con la determinación, forman parte de legislar. Se legisla, para dar normas y preceptos de ejecución: el conjunto de operaciones que guía a la ejecución, constituye la función ejecutiva. Todo acto está dentro ó fuera de un precepto: la apreciación de la legalidad ó ilegalidad de los actos compone la función judicial. No hay más funciones de poder que esas; pero ninguna de esas funciones constituye por sí sola el poder. La Sociedad, que es quien retiene el poder íntegro y uno, ejercita por medio del Estado y de las instituciones y funcionarios o agentes personales del Estado, la función electoral, la función legislativa, la

---

<sup>55</sup> Cfr. HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso o sea comentario positivo de la Constitución Chilena*, Santiago, Imprenta de Los Tiempos, 1879, p. 9. Cabe señalar que este autor avanza en su razonamiento hasta sostener que la teoría del sufragio universal es un error, lo que no resulta una derivación razonable de las funciones del poder esgrimidas al inicio, sin por ello negar que se trataba de una noción vigente en su época.

<sup>56</sup> Cfr. FAYT, Carlos S.; *Derecho Político... op. cit.*, t. I, pp. 97-103; SAGÜÉS, Néstor P., *Mundo Jurídico y Mundo Político*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 64-67.

funcion ejecutiva y la funcion judicial. Reunidas todas ellas, son el poder: aisladas, son ejercicio de capacidades definidas.<sup>57</sup>

En Argentin en el año 1889, Florentino González también se inclinaba decididamente por la concepción del poder dividido en cuatro departamentos, por entenderla como la más apropiada al fundarse en las distintas manifestaciones que el pueblo puede hacer de su soberanía, que son: elegir, legislar, ejecutar y juzgar. A partir de allí concluía que en donde no existe tal división, tampoco hay posibilidad de poner límites al poder del gobierno<sup>58</sup>.

Varela, en su Plan de Reformas a la Constitución de la provincia de Buenos Aires (1907), sostiene que el elector es parte esencial del sistema representativo, y luego de traer a colación el ya referenciado trabajo de Jameson en el que explicita la existencia de cuatro ramas o departamentos del poder, se alinea con él señalando que el elector juega un papel de suma importancia en el ejercicio del gobierno representativo<sup>59</sup>.

Entre 1913 y 1923, González Calderón lleva adelante un acabado estudio de las posiciones sustentadas por S. Bolívar, J. Jameson, J. Huneeus, E. de Hostos y F. González, y no duda en inclinar su opinión en el sentido de que las funciones del poder —en una república como la nuestra— son cuatro. Ello no sólo por la doc-

---

<sup>57</sup> HOSTOS, Eugenio M., *Lecciones de Derecho Constitucional*, París, Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas, 1908, p. 49/51. Esta misma referencia formula González Calderón citando una edición anterior de la obra: HOSTOS, Eugenio M., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Santo Domingo, Imprenta Cuna de América, 1887, p. 51 (cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Introducción al Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 1913, pp. 102-104; *Derecho Constitucional Argentino*, 2° ed., Buenos Aires, Lajouane & Cía., 1923, t. I, p. 394). Sin embargo, en la mencionada edición el párrafo transcrito corresponde a la p. 30 (Lección XII).

<sup>58</sup> Cfr. GONZÁLEZ, Florentino, *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2° ed., París, Librería de Rosa y Bouret, 1871, p. 105.

<sup>59</sup> Cfr. VARELA, Luis V.; *Plan de Reformas á la Constitución de Buenos Aires*, Buenos Aires, Taller de impresiones oficiales-La Plata, 1907, vol. I, pp. 184-186; concluyendo, al igual que Huneeus y conforme el tiempo de época, que los electores debían ser calificados.

trina de los tratadistas en cuestión, sino porque conforme su criterio responde a la lógica institucional del régimen republicano-representativo. Consecuentemente, entiende que tales funciones del poder son las tres clásicamente enumeradas y la electoral; pero no deja de advertir que el derecho público argentino ha adoptado la clasificación tripartita vulgar: legislativo, ejecutivo y judicial<sup>60</sup>.

Actualmente, Sagüés entiende que si bien la Constitución no menciona la existencia de un poder electoral al describir las autoridades de la Nación (CN art. 44), ello no impide advertir que dicho poder emerge de las reglas de la Constitución encarnado en el cuerpo electoral, al que -agrega- la misma Corte Suprema define como órgano primario del Estado que expresa la voluntad soberana de la Nación<sup>61</sup>.

Resta sólo señalar que en nuestro caso consideramos conveniente diferenciar o distinguir entre la función constituyente y la función legislativa, aunque desde una perspectiva purista, no es posible desconocer que ambas son función legislativa, aunque con

---

<sup>60</sup> Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A.; *Introducción al Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 1913, pp. 102-104; *Derecho Constitucional Argentino*, 2º ed., Buenos Aires, Lajouane & Cía., 1923, t. I, pp. 394-395. Con un punto de vista similar al sostenido por Huneeus, nuestro autor afirma, a partir de estas disquisiciones, que todo ciudadano investido de estas funciones debe ser convenientemente calificado, concluyendo que el sufragio absolutamente universal nunca ha podido existir ni jamás podrá practicarse. Señalamos aquí respetuosamente, que estimamos falaz tal razonamiento, sin desconocer, como ya hemos dicho también, que era una posición doctrinaria de época.

<sup>61</sup> Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 3º ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I, p. 408 y cc, con cita de ARG, CSJN F. 312:2192 *in re* "U.C.R.-C.F.I. PARTIDO FEDERAL y FREJUPO" de fecha 16/11/1989, voto mayoritario, considerando 7º. Este autor señala que como todo instituto del mundo jurídico, el poder electoral se puede examinar desde las tres perspectivas, esto es normativa, fáctica y axiológica.

puntos de partida<sup>62</sup> y productos finales<sup>63</sup> muy diferentes, lo cual hace conveniente su clara diferenciación.

### III. LA FUNCIÓN CONSTITUYENTE

El dictado o establecimiento de una constitución formal<sup>64</sup> es consumado por quien ejerce el poder constituyente, entendiendo por tal expresión tanto la facultad o aptitud jurídico-política para establecer una constitución (poder-función), como el órgano que ejerza esa facultad (poder-persona).<sup>65</sup> Dicho con otras palabras, es el resultado del ejercicio de voluntad popular originaria con función legislativa en su máxima expresión: la constituyente.

Esta función constituyente ha sido objeto de consideración doctrinaria, aunque no necesariamente como tal<sup>66</sup> y si casi siem-

---

<sup>62</sup> En nuestra teoría de la voluntad popular, el poder constituyente originario corresponde a una de las tres modalidades de ejercicio de la voluntad popular originaria. Por su parte, el poder constituyente derivado responde al ejercicio de la voluntad popular originaria institucional extraordinaria (cfr. PÉREZ CORTI, José M., *Derecho Electoral Argentino. Nociones... op. cit.*, p. 10; y “Ensayo sobre la voluntad popular y el Derecho electoral”, Buenos Aires, *La Ley-Actualidad*, 26/11/2013, pp. 1-3)

<sup>63</sup> Utilizando aquí la terminología de Sagüés (cfr. *Elementos de derecho constitucional... op. cit.*, 1999, t. I, p. 510), entendemos que el producto del primero es el texto constitucional o su reforma, mientras que el del segundo es principalmente la ley, entre otros.

<sup>64</sup> Respecto de lo cual Sagüés afirma que “(...) es un acto jurídico-político complejo, por el cual un texto constitucional es sancionado y promulgado (esto es, elaborado, aprobado como constitución formal, publicado y puesto en vigor)” (SAGÜÉS, Néstor P., *Teoría de la Constitución... op. cit.*, p. 273, § 119).

<sup>65</sup> Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Teoría de la Constitución... op. cit.*, p. 274, § 119.

<sup>66</sup> Quizás ello se deba al equívoco uso que se ha hecho del término ‘poder’ utilizándolo como sinónimo de función, o -en el peor de los casos- sin siquiera diferenciar entre poder (que es uno), funciones del poder (que son múltiples) y órganos del poder (que pueden ser igualmente múltiples), tal como lo indicara señeramente Carré de Malberg, quien no dudó en sostener que “Un lenguaje claro y preciso es la primera condición de todo estudio científico. Débese, pues,

pre enfocada como poder. Sin embargo, ella pone en evidencia nuestra afirmación en cuanto a que el poder antes de devenir en constituyente originario, es un hecho, proceso o serie de hechos, que se transforma en acto jurídico fundacional. Es de la actitud de conjunto, de un pueblo o grupo social, que se da a sí mismo una organización política y un ordenamiento jurídico, de la que deriva el texto constitucional, del cual se predica la calidad o condición de constituyente respecto de la actuación de la voluntad popular.<sup>67</sup>

---

emplear separadamente los tres términos poder, función y órganos para designar sin ambigüedad y respectivamente a la potestad del Estado, a las diversas actividades que entraña y a las varias autoridades que ejercen esas actividades” (CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado... op. cit.*, p. 249, nota 1). Sin embargo, algunos autores son muy claros al referirse a ella como función. Tal el caso de Sánchez Viamonte, quien afirma que “El poder constituyente corresponde al pueblo como función mediante la cual ejerce el dominio de sí mismo y se fija el marco de su futura actividad, incluso de su propia actividad constituyente. En eso consiste su autolimitación” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El Poder Constituyente*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 576). Por su parte, Sagüés habla de poder-función (Sagüés, Néstor P.; *Teoría de la Constitución... op. cit.*, p. 274, § 119)

<sup>67</sup> Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos; *El Poder Constituyente... op. cit.*, p. 574. A criterio de Spota, “(...) el dato esencial referido a la efectiva existencia y realidad del poder constituyente y del poder reformador, es la capacidad de poder político de dar a una comunicad un plexo jurídico de base y modificarlo” (SPOTA, Alberto A., *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 100 y 129). Definitivamente, este autor lo considera como el ejercicio de facultades políticas de hecho (SPOTA, Alberto A., “El Poder Constituyente Reformador. Una Mirada Retrospectiva a cuatro años del Fallo ‘Fayt’”, *Revista Jurídica -UCES-*, 2004, núm. 8, pp. 170-171).

<sup>Por</sup> su parte, Vanossi lo identifica como un hecho social y político entendido como potencia, fuerza y dominación, el que resulta indubitable a la percepción del observador, aunque no por ello le sea fácil comprender y aceptar la pertenencia de este concepto al ámbito jurídico. Afirma que no es una competencia ni un sujeto del sistema jurídico, y que representa la acción de un factor proveniente del exterior (de afuera) del derecho, que surte sus efectos sobre el ordenamiento normativo por la vía del cambio institucional (competencias y órganos), sosteniendo que el sujeto no es jurídico, aunque sí la consecuencia de su actuación. Así termina asimilándolo a lo que los franceses denominan *puissance*, es decir, el poder entendido como potencia; o sea, una noción ex-

En palabras de Sánchez Viamonte, sin “(...) el acto consti-

---

trajurídica que está al margen de las competencias constitucionales (VANOSI, Jorge R., *Teoría Constitucional*, 2° ed. ... *op. cit.*, t. I, 134/138). A su vez, este autor trae a colación las expresiones de Cattaneo, quien sostiene que es un “... *poder político, de hecho, que está en el origen del derecho, que es prejurídico, no disciplinable por el derecho*” (CATTANEO, Mario A., *El concepto de revolución en la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1968, p. 95); para terminar afirmando que tanto Cattaneo como otros autores europeos se percatan de la clara diferencia entre un poder originario, que es prejurídico y supremo, y un poder derivado o reformador, que es jurídico y subordinado (*Ibidem*, p. 137, nota 28 *in fine*).

Sin embargo, Sagüés no comparte esta visión, por entender que las “(...) cualidades de superpoder ilimitado, incondicionado, soberano, supremo y hasta extraestatal, han llevado a concebirlo por algunos como poder político más que jurídico [Spota, Alberto A.; *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 110 y ss]. La nota de extrajuridicidad, o de prejuridicidad que matizaría al poder constituyente originario es, para Carrió, buena muestra de una violación de los límites del lenguaje normativo, ya que el poder constituyente originario parecería más que un poder, una suerte de potencia fuera de las competencias propias del derecho [Ver de Otto, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, comentando la posición del poder constituyente en la doctrina de la Revolución Francesa; Carrió, Sobre los límites del lenguaje normativo, p. 36 y ss.; (...)]. En rigor de verdad, si la constitución es la fuente del derecho positivo nacional, y si quien ejerce el poder constituyente llamado ‘originario’ no estuviese sometido a valla normativa alguna para dictar aquélla, sus decisiones serían siempre lícitas. Por esto último, el poder constituyente originario no significaría en verdad un suceso extrajurídico, aunque también forme parte del mundo político, integrando el área de la macropolítica (que se ocupa de los fenómenos de poder que impactan en la sociedad toda). Su naturaleza, entonces, es necesariamente mixta: jurídico-política, y siempre estatal, ya que se plasma dentro de la forma política Estado, a la que –en sus aspectos principales– estructura y asigna funciones” (SAGÜÉS, Néstor P., *Teoría de la Constitución...* *op. cit.*, p. 280, § 124; *Elementos de Derecho Constitucional*, 3° ed., Astrea, 1999, t. I, pp. 116-117).

Bidart Campos habla de competencia, capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, y señala que si bien se afirma que el poder constituyente originario es ilimitado, ello indica que carece de límites de derecho positivo o de instancias superiores que lo pudieran condicionar, pero no descarta otras clases de limitaciones (BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. I, pp. 373-374, § 1 y 4).

tuyente, no será posible explicar la existencia del poder constituyente, que consiste en la facultad de realizar aquél; (...) el acto constituyente, al revelarnos su origen, naturaleza y consecuencias, sirve de base y punto de partida para constituir la teoría del poder constituyente<sup>68</sup>.

Si tal como lo expresamos, siguiendo a Bidart Campos<sup>69</sup>, por función entendemos los diferentes modos de actividad del poder en cuanto tal; los razonamientos desarrollados conducen a considerar al denominado ‘poder’ constituyente, como una función más del poder, ejercida por la voluntad popular originaria.

Este razonamiento sobre el rol que la voluntad popular cumple en ejercicio de la función constituyente del poder, se complementa con la participación del Órgano (equivocamente llamado Poder) Legislativo en ejercicio de la función preconstituyente en los procesos de reforma constitucional mediante la declaración de la necesidad de la reforma, es decir, cuando se pone en marcha la función constituyente derivada. En estos casos, la filosofía democrática imagina a los cuerpos deliberativos como la expresión directa de la soberanía popular<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El Poder Constituyente... op. cit.*, 1957, pp. 574-575. Afirma este autor que “(...) la voluntad constituyente del pueblo (voluntad de estructurarse como Estado y de darse un ordenamiento jurídico) se manifiesta en dos formas concurrentes y correlativas. Una, como movimiento o acción (voluntad política o existencial, en el acto constituyente); otra, como realización y estabilización (voluntad jurídica o normativa, en las cláusulas constitucionales). (...) En ambas formas se ejercita el poder constituyente. (...) En el primer caso, cuando abarca el doble carácter de acto constituyente y de elaboración de una Constitución, se cumple una etapa del poder constituyente, que podríamos denominar etapa de primigeneidad. Cuando solo se ejercita para revisar la Constitución, se cumple una etapa de continuidad” (*Ibidem*, p. 575/576).

<sup>69</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Político*, Buenos Aires, Aguilar, 1962, p. 351, con mención de Dabin.

<sup>70</sup> CALDERÓN, Raúl Enoc; “La función electoral del Congreso” en PÉREZ GHILHOU, Dardo *et al.*, *Atribuciones del Congreso Argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 462.

## IV. LA FUNCIÓN ELECTORAL

Es Fernández Ruiz quien nos anticipa que la doctrina ha interpretado de diferentes formas esta noción, entre las cuales se predica la teoría del sufragio como función.<sup>71</sup> Por nuestra parte, tal como lo anticipáramos, entendemos que a la par de la ya mencionada función constituyente se encuentra la función electoral, puesto que concebimos al poder como una unidad indivisible cuyo titular es el pueblo<sup>72</sup>, quien instrumenta su ejercicio a través de la expresión de la voluntad popular.

Consecuentemente, esa actuación de la voluntad popular conforma un modo de actividad del poder en cuanto tal, y por lo tanto es correcto sostener que la misma ejerce una función del poder: la electoral.

A partir de ello –señala Fernández Ruiz–, y en consonancia con la teoría del sufragio como función, la doctrina de la democracia popular pretendió erigir al electorado como un órgano del Estado, encomendándole su ejercicio al cuerpo electoral a los fines de la designación de los ocupantes de los cargos electivos. Este autor destaca que en la posición contraria se ubicó la teoría del sufragio como derecho político del cual son titulares los miembros del pueblo del Estado para participar en el poder como electores y elegidos, es decir como cuerpo electoral, y a través de él en la organización del poder.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Tratado de derecho electoral... op. cit.*, p. 518.

<sup>72</sup> No desconocemos que Bidart Campos afirma que las doctrinas de la soberanía popular conducen a un concepto equívoco, puesto que, sostiene, el poder político como elemento del estado no reside en nadie, no tiene titular, dado que se trata de una energía o fuerza política de que dispone el estado

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Tratado de derecho electoral... op. cit.*, p. 518; con cita de XIFRA HERAS, Jorge, *Curso de derecho constitucional*, 2º ed., Barcelona, Bosch, 1962, t. I, pp. 424-426 para el caso de la primera teoría; y de FAYT, Carlos S., *Sufragio y representación política*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, p. 7 para la segunda posición.

Sin embargo, y en cierta forma de modo similar al caso de la función constituyente originaria, nos encontramos aquí con que esta actividad del poder en tanto función<sup>74</sup> es ejercida desde fuera de las estructuras formales del Estado, no respondiendo a la calidad intrínseca de la misma como actuación de un órgano estatal, actividad de un aparato o desempeño de cargo u oficio.<sup>75</sup>

Por tal motivo y en primer lugar no corresponde asimilar al cuerpo electoral con nociones tales como la de órgano de gobierno o poder estatal, ni a la función electoral como una función estatal.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, San Pablo, Heliastá, 1992, p. 443, voz "Función".

<sup>75</sup> Atría afirma que "en la medida en que la democracia es auténticamente «formal», no hay espacio para hacer siquiera inteligible la pretensión de que hay una voluntad «orgánica» del pueblo, una que no sea la que corresponde conforme a las reglas de imputación aplicables (si el pueblo fuera un «organismo», un macro-sujeto, no serían necesarias reglas formales de imputación. Bastaría preguntarle qué quiere). Y en la excepción, cuando las reglas de imputación son cuestionadas, la cuestión (...) no es de identificación de una voluntad «orgánica», sino de arrogación de la representación del pueblo" (ATRÍA, Fernando; *La forma del derecho... op. cit.*, pp. 186 y ss.).

<sup>76</sup> Esta posición ha sido sostenida por destacada doctrina. Así Bidart Campos señala que el cuerpo electoral no es un órgano del Estado, y que si bien es posible atribuirle el ejercicio del llamado 'poder' electoral, dicho poder no debe ser reputado como un poder estatal ni incluido dentro de él (BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, Ediar, 1967, t. I, p. 143; y *Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. II, p. 255, § 14). Respondía así a la posición sentada por Orlandi, quién conceptualizaba el poder electoral del pueblo como la potencia o energía que le permitía formar su voluntad en una sociedad o nación que a través del órgano cuerpo electoral determinaba la conquista y transmisión de la autoridad (ORLANDI, Héctor R., *Principios de Ciencia Política y Teoría del Estado*, 4º ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1985, p. 513); citando en apoyo de su postura a Xifra Heras (*Formas y Fuerzas políticas*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 35) y a Mitre (*Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires*, 1871), entre otros.

En igual sentido podemos traer a colación a BISCARETTI DI RUFFIÀ, Paolo, *Derecho constitucional... op. cit.*, pp. 320/321, pp. 421-422.

Sagüés afirma que el pueblo no es órgano de gobierno, sino solamente órgano de designación y/o de decisión, y a pesar de que reconoce la ausencia

No obstante ello, esa voluntad popular es la que ejerce el poder, tanto en su estado puro como en las formas más sofisticadas de su accionar, de manera directa o a través de las instituciones representativas formalizadas en las constituciones. En cada caso, la función electoral deviene en la vía principal a través de la cual la voluntad popular expresa formalmente su contenido, aunque ella no integre necesariamente la estructura del Estado.

Consecuentemente, podemos definir como función electoral a la manifestación o modo de ejercicio de la voluntad popular, en tanto potestad cumplida por el cuerpo electoral de un Estado o nación, con el objeto de otorgar o revisar mandatos electorales, como así también para participar en los procesos decisoriales a cargo del gobierno.<sup>77</sup>

Como se puede apreciar, el titular de la voluntad popular jurídica e institucionalmente hablando, esto es, el electorado, es el su-

---

de mención de un poder electoral en el texto de la Constitución, afirma que él está encarnado en el cuerpo electoral (SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional... op. cit.*, t. I, p. 327, § 339 y p. 408, § 408, en éste último con cita de CSJN, Fallos 312:2192 *in re* “UCR y otros”, donde la Corte identifica al cuerpo electoral como órgano primario del Estado).

<sup>77</sup> Ya a principios de 1900 Arturo M. Bas entendía de esta manera dicha noción (cfr. BAS, Arturo M., *El Derecho Federal Argentino*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1927, p. 192). En igual sentido se puede consultar Biscaretti di Ruffia (*Derecho constitucional, op. cit.*, p. 320), quien además de señalar que si bien es eminentemente pública, aun así no puede considerarse estatal, también observa que no obstante ser “(...) conceptualmente única, puede, sin embargo, descomponerse en diversas potestades menores, como aquellas: de exigir la propia inscripción en las listas electorales, de reclamar la inscripción en dichas listas de otros electores o exigir la eventual supresión de aquellos que hayan sido inscritos en ellas indebidamente; de proponer posibles candidatos; de ser admitido, en concreto, a la votación, etc.”, todo lo cual es la piedra angular de los pilares normativos del régimen jurídico-electoral de un Estado. Por otra parte, también tal es el contenido que importante doctrina le ha asignado, sin abordar específicamente la cuestión. Es el caso de BREA FRANCO, Julio, voz: Administración Electoral; y ANTILLÓN, Walter; voz Proceso Electoral; ambos en *Diccionario Electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), San José, 1988/9, t. I, p. 16 y 1025 respectivamente.

jeto en quien se hace formal y teóricamente residir el denominado poder electoral,<sup>78</sup> conceptualizándolo como su propietario natural y a quien corresponde atribuirle o imputarle jurídicamente las decisiones adoptadas a través de las diferentes clases de procesos electorales existentes. Es decir, la función electoral consiste en la potestad de elegir o tomar decisiones con relación a la conformación o marcha de un gobierno democrático.

Ahora bien, no es posible ignorar que salvo en el caso de que la actuación de la voluntad popular originaria correspondiera a la función constituyente originaria fundacional,<sup>79</sup> en el resto de las hipótesis de su ejercicio es necesario contar con un procedimiento y un órgano estadual que garantice su adecuada manifestación. Es decir, el ejercicio de la función electoral depende de un proceso y de un organismo de base normativa a los fines de garantizar el debido proceso electoral por el que debe transitar la decisión popular.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Parafraseando a Bidart Campos (*Manual de la constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. I, p. 373, § 1) en su caracterización de poder constituyente, diremos que si por 'poder' entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por 'electoral' la calidad o condición atinente al que elige y decide o tiene la potestad o derecho de elegir y decidir; por poder electoral debemos entender la competencia, capacidad o energía de quien tiene la calidad o condición legal habilitante para elegir y decidir o ser titular de la potestad o derecho de elegir y decidir. El mismo es atribuido a cada persona que teniendo la calidad de elector, integra o conforma el cuerpo electoral para su ejercicio efectivo.

Sagüés añade que el "(...) poder electoral (...) es sólo poder elegir únicamente entre los candidatos propuestos por los partidos" y que en "(...) la dimensión fáctica o existencial del mundo jurídico (...) el poder efectivo del electorado depende de su aptitud para conocer y decidir cuando es convocado a elecciones" (SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional... op. cit.*, t. I, p. 410, § 419).

<sup>79</sup> SAGÜÉS, Néstor P., *Teoría de la Constitución... op. cit.*, p. 275, § 121.

<sup>80</sup> Es por tal motivo que a esta forma de manifestación de la voluntad popular la hemos identificado como originaria e institucional, por cuanto es ejercida por su titular natural y único facultado para ello, el pueblo, todo lo cual acontece o tiene lugar dentro de las previsiones de un sistema normativo determinado y en el marco de un régimen democrático, caracterizándose por ser páfica a la

Estas dos condiciones de ejercicio de la función electoral son, a nuestro entender, las que a veces llevan a la doctrina a utilizar el término entendiéndolo como

el conjunto de actividades que realiza el Estado para preparar, organizar, calificar y sancionar los procesos electorales. Y por analogía con la función pública, asumiremos también que las tareas del Estado destinadas a garantizar el ejercicio libre, secreto, universal y directo del voto, y de la conversión de los sufragios efectivamente emitidos en escaños y puestos de elección popular, solamente puede realizarse de manera legítima en apego al principio de legalidad.<sup>81</sup>

---

vez que constructiva (Cfr. PÉREZ CORTI, José M., *Derecho Electoral Argentino. Nociones... op. cit.*, p. 10; y “Ensayo sobre la voluntad popular y el Derecho electoral”, Buenos Aires, La Ley-Actualidad, 26/11/2013, p. 2).

<sup>81</sup> NÖHLEN, Dieter; *Ciencia Política y Justicia Electoral*, ob. cit., p. 18; con cita de MERINO, Mauricio y BAÑOS, Marco Antonio, “El servicio electoral profesional”, en NÖHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel, OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2° ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Universidad de Heidelberg; International IDEA; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; Instituto Federal Electoral; México, FCE, 2007, p. 441. Cabe destacar que en el mencionado Tratado y en ese mismo sentido también lo utilizan Orozco, Jesús y Woldenberg, José; “Ética y responsabilidad en el proceso electoral” (p. 77); Urruty, Carlos Alberto; “Los registros electorales” (p. 464); y Fernández Segado, Francisco y Ojesto Martínez Porcayo, J. Fernando; “Delitos y faltas electorales” (p. 1025); aunque como ya lo señaláramos, el uso que del término hacen Urruty, Fernández Segado y Ojesto Martínez Porcayo, no es unívoco.

También lo interpreta así HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto; voz “Organismos Electorales”, *Diccionario Electoral*, 2° ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, t. II, p. 944.

Un enfoque similar es el sostenido por GALVÁN RIVERA, Flavio; “El principio de legalidad en materia electoral”, en *Tendencias contemporáneas del Derecho electoral en el mundo*, Memoria del II, Congreso Internacional de Derecho Electoral, México, UNAM, 1993, p. 680, consultado el 14/3/2015 y disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=635>>.

Cabe destacar que esta actividad desarrollada por el Estado a través de diferentes estructuras orgánicas e institucionales, no debe confundirse con el ejercicio de la función electoral; más allá de lo cual debemos también reconocer que sin la intervención activa de estas estructuras y procedimientos estatales, de carácter esencialmente instrumentales, la actuación de tal función no sería posible, no al menos con las garantías y certezas que impone la democracia contemporánea.

Sí, en cambio, tal como correctamente lo expresa Fernández Ruiz, podríamos asimilar esta atribución asignada a los organismos u órganos del Estado, consistente en organizar y conducir el proceso electoral a lo que se denomina función pública electoral,<sup>82</sup> entendida como el conjunto de actividades que el Estado realiza a través de sus órganos y funcionarios, de manera directa o indirecta, a efectos de encaminar y garantizar la adecuada concreción del acto comicial.

Por todo lo dicho y en segundo lugar, no corresponde asimilar la función electoral con nociones tales como las de órgano o procedimiento electorales. Sí asumen éstos la denominada función pública electoral.

No obstante lo expresado, también aquí debemos afrontar otras hipótesis de ejercicio de la función electoral que escapa a la voluntad popular, al menos en su versión originaria, y es cuando las constituciones les asignan dicho rol a los poderes legislativos o a los parlamentos.<sup>83</sup> Hemos señalado que en estos casos los cuer-

<sup>82</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Tratado de derecho electoral... op. cit.*, p. 519.

<sup>83</sup> Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Astrea, CABA, 2007, p. 340; quien siguiendo la clásica distinción de Walter Bagehot (*The English Constitution*, 2° ed., London, 1902, 1983), afirma que las tareas del Parlamento residen en su función “electiva” (“*elective*”), “expresiva” (“*expressive*”), “educativa” (“*teaching*”) e “informativa” (“*informing*”), así como en la “función legislativa” (“*función of legislation*”).

También con claridad diferencia esta función Quiroga Lavié señalando las hipótesis en las que el Congreso argentino debe determinar el funcionario que ha de desempeñar la presidencia de la Nación hasta que cese la causal de inhabilidad o un nuevo presidente sea electo (CN 1994, art. 88), cuando elegía presidente y vicepresidente de la Nación en los casos en que los candidatos

pos deliberativos devienen en los representantes naturales de la expresión de la voluntad popular derivada.<sup>84</sup>

En Argentina, en concreto, podemos referir una hipótesis constitucional vigente y dos históricas. La primera de ellas, es el caso de vacancia simultánea o doble acefalía presidencial contemplada en el artículo 88 de la Constitución Nacional, ante lo cual corresponde acudir a las previsiones contenidas en la Ley de Acefalía,<sup>85</sup> que reglamentariamente ratifica la función electoral del Congreso, el que reunido en Asamblea Legislativa hará la designación prevista en el mencionado artículo de la Constitución. Las otras dos, corresponden, respectivamente, una a la competencia para proceder a la designación de Presidente y Vicepresidente, la que con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 atañía a las juntas de electores conformadas en cada una de las provincias y en la Capital, asignando el escrutinio de tales votaciones al

---

no hubieran logrado la mayoría absoluta en el colegio electoral (CN 1953/60, arts. 82 y 67, inc. 18); cfr. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 218.

A nivel de Derecho Público Provincial, lo ha señalado de igual modo Clodomiro Zavalía en sus *Lecciones de Derecho Público Provincial*, 2° ed., Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos L. J. Rosso, pp. 370/375.

<sup>84</sup> Entendemos por ella la que se conforma “...en aquellos casos que el pueblo ha delegado parte de su ejercicio en quienes revisten la condición de sus representantes, para que la ejerzan dentro del régimen que les fija la constitución y las leyes que en su consecuencia han sido dictadas. En este marco, el pueblo se somete a los designios de sus mandatarios sin que eso signifique la renuncia a la titularidad y ejercicio de la voluntad popular originaria” (PÉREZ CORTI, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, ob. cit., p. 10; y “Ensayo sobre la voluntad popular y el Derecho electoral”, Buenos Aires, La Ley-Actualidad, 26/11/2013, p. 2).

Con otras palabras, pero con similar contenido, lo entienden también así GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1897, § 321, p. 347; ROMERO, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1976, t. II, p. 192.

<sup>85</sup> Ley n° 20972 (Sanción: 11/7/1975; Promulgación: 21/7/1975; BON: 22/7/1975), modificada por Ley n° 25716 (Sanción: 28/11/2002; Promulgación: 7/1/2003; BON: 8/1/2003).

Senado de la Nación<sup>86</sup>. La otra relativa a la elección de los senadores nacionales que estaba a cargo de las respectivas legislaturas provinciales y del presidente de la Nación en el caso de la Capital Federal<sup>87</sup>. Es por esto que en tercer lugar no corresponde asimilar la función electoral sólo con la noción de cuerpo electoral.

No al menos en la acepción restringida de esta última, es decir, como conjunto de personas y/o ciudadanos integrantes de la población de un Estado determinado, que por cumplir con los requisitos fijados por la legislación pertinente revisten la condición de titulares de derechos políticos, contando con la capacidad de hecho y de derecho para ejercerlos en el marco legal vigente<sup>88</sup>. Si, en cambio, es correcto asimilarla con la idea de cuerpo electoral en tanto conjunto de personas y/o funcionarios constitucional y/o legalmente investidos de la calidad de electores a los fines de la conformación de determinados órganos de gobierno de base u origen representativo. Esto sin dejar de lado que los mismos pueden o no cumplir con otros roles o actividades que a su vez pueden o no integrar la función electoral.

## V. CONCLUSIONES

A modo de colofón de las sucesivas nociones ensayadas, es posible arribar a algunas conclusiones que conforman parte de los

---

<sup>86</sup> Constitución Nacional (1853/1860), art. 81, 82 y cc. (Cfr. ROMERO, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía, 1976, t. II, pp. 234-236; BADENI, Gregorio, *Comportamiento electoral en la Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, p. 50; y *Tratado de Derecho Constitucional*, 3° ed., Buenos Aires, La Ley, 2010, t. III, pp. 576-580).

<sup>87</sup> Constitución Nacional (1853/1860), art. 46 (Cfr. ROMERO, César Enrique, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía, 1976, t. II, p. 193; BADENI, Gregorio, *Comportamiento electoral en la Argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, p. 50).

<sup>88</sup> Cfr. PÉREZ CORTI, José M., *Derecho Electoral Argentino. Nociones... op. cit.*, pp. 43-44.

presupuestos necesarios para un adecuado abordaje del proceso electoral y de sus particularidades.

Ratificando lo afirmado, no resulta pertinente ni adecuado asimilar al cuerpo electoral a la noción de órgano, ya sea de gobierno o relativo al poder estatal, ni de ninguna otra clase.

Nos inclinamos por no pensar la función electoral como una actividad estrictamente de carácter estatal o sólo atinente a la noción de cuerpo electoral, debido a que la misma comprende el acto y/o la acción de elegir. Tal rol, si bien en gran parte de los diseños constitucionales contemporáneos corresponde al cuerpo electoral (elección directa), también existen alternativas en las que el mismo es atribuido a un órgano del Estado (elección indirecta, *i.e.* colegios electorales).

Por otra parte, hallamos inconveniente entender la función electoral como las actividades emanadas de órganos y/o procedimientos electorales, puesto que estos corresponden a lo que correctamente debe identificarse como función pública electoral.

Finalmente, cabe sostener que el ejercicio de la función electoral, cuyos titulares están correctamente precisados en las constituciones o en las normas reglamentarias, hace a la esencia del sistema democrático, representativo y republicano; pero requiere necesariamente de institutos, órganos y procedimientos específicos. Entre ellos, uno de los fundamentales es el proceso comicial, cuyo correcto y adecuado abordaje requiere de las precisiones desarrolladas en el presente ensayo.

