

CAUSA: "Recurso de apelación en autos Méndez, Héctor O. apoderado del Partido Humanista -Cap. Fed.- s/interpone Acción de Amparo" (Expte. N° 3501/01 CNE) - CAPITAL FEDERAL.-

FALLO N° 3033/2002

///nos Aires, 25 de junio de 2002.-

Y VISTOS: Los autos "Recurso de Apelación en autos Mendez, Héctor O. apoderado del Partido Humanista -Cap. Fed.- s/interpone Acción de Amparo" (Expte. N° 3501/01 CNE) venidos del juzgado federal electoral de Capital Federal en virtud del recurso de apelación deducido y fundado a fs. 42/46, contra la resolución de fs. 36/39, y

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 24/32 el señor Héctor O. Méndez interpone acción de amparo, en representación del Partido Humanista del Distrito Capital Federal, solicitando que la señora juez federal electoral del distrito declare la inaplicabilidad, y subsidiariamente la inconstitucionalidad, de los artículos 160 y 161 inciso "a" del Código Electoral Nacional, como así también la inconstitucionalidad del decreto 917/01 del Poder Ejecutivo Nacional, en tanto este último remite genéricamente a la aplicación del régimen electoral nacional. Asimismo, deduce una medida cautelar de no innovar, a efectos de que no se asignen bancas a candidato alguno, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo planteada.-

Fundamenta su pretensión en que la aplicación de los artículos cuestionados obstaculizan que su representada obtenga una banca en la Cámara de Diputados y en que dichas normas habrían devenido arbitrarias ante la "significativa abstención de los ciudadanos de participar en el acto eleccionario, y el elevado número de votos nulos y en blanco" (conf. fs. 25). Argumenta asimismo que "el padrón de habilitados para votar (ES DECIR EL UNIVERSO SOBRE EL QUE SE LE EXIGE A UN PARTIDO QUE OBTENGA EL 3% DE LOS VOTOS PARA TENER DERECHO A PARTICIPAR DE LA ASIGNACIÓN DE UNA BANCA), entre otros, incluye al menos en la Ciudad de Buenos Aires,

todas las personas fallecidas, como mínimo, en los últimos seis años, a raíz de no haberse efectuado la depuración del padrón" (conf. fs. 29). Finalmente, señala que los artículos del Código Electoral Nacional cuestionados "colisionan con la garantías de representación de las minorías y de condiciones de igualdad para el acceso a los cargos, ambas de rango constitucional" (conf. fs. 30).-

A fs. 36/39 la señora juez a quo resuelve la cuestión inclinándose por el rechazo de la pretensión de la actora -por los fundamentos de hecho y de derecho a los que cabe remitirse "brevitatis causa"- y en consecuencia, también de la medida cautelar, por haber devenido ésta abstracta.-

Contra esta decisión, la parte demandante apela y expresa agravios a fs. 42/46. Manifiesta que "el a quo sostiene que cabe aplicar al partido Humanista 'la doctrina de los actos propios', sin entrar a considerar las grandes diferencias que caracterizaron la conducta del electorado en la elección del año 1999 que cita, respecto de la elección del pasado 14 de octubre, comportamiento que es justamente el que abre la vía del amparo impetrado, al encontrarnos con circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sin antecedentes en nuestra democracia más reciente, circunstancias sociales de rechazo [...] hacia las fuerzas políticas mayoritarias, que derivó en la masiva abstención, además de voto en blanco y anulación de voto, lo que sumado alcanzó el 50% del padrón electoral del distrito".-

Argumenta asimismo que "La Constitución no impuso como requisito para garantizar la representación de las minorías, la exigencia de una cantidad mínima de votos para acceder a la distribución de bancas. Por el contrario, el uso irrazonable de esta técnica restrictiva, ya sea por la magnitud del porcentaje exigido o por otras razones más complejas, puede disminuir la proporcionalidad y por ende la adecuada representación de las minorías, en tal medida que el sistema elegido quede desvirtuado".-

Finalmente, estima que "El Congreso Nacional tiene aún pendiente el dictado de la legislación electoral con arreglo al nuevo texto constitucional aprobado

en 1994, es decir que recoja los nuevos derechos y garantías incorporados en los arts. 37 y 38 [...] La legislación electoral vigente al tiempo de sancionarse la nueva Constitución, sólo fue adecuada en lo relativo a la elección de Presidente y Vicepresidente y Senadores, no habiendo sido ni siquiera revisada en aspectos meramente formales, cuanto menos en los demás aspectos de fondo lo cual resulta un imperativo a la luz de la transformación sustancial que incorporan los nuevos preceptos constitucionales".-

El recurso de apelación es concedido en relación y al solo efecto devolutivo a fs. 47.-

Respecto de la medida cautelar de no innovar, este Tribunal la rechazó mediante Fallo N° 2967/01 y dispuso la devolución de las actuaciones a primera instancia a fin de correr traslado de la pretensión a quienes correspondiera (conf. fs. 50/51), lo que fue cumplido a fs. 55 y 87. Las contestaciones pertinentes obran a fs. 76/82 y 90 y vta.-

A fs. 95 el señor fiscal se remite a lo oportunamente dictaminado a fs. 34/35 vta., ocasión en la que se pronunció por el rechazo de la acción que diera origen a las presentes actuaciones.-

2º) Que resulta una errónea invocación del derecho remitir al artículo 38 de la Constitución Nacional para fundamentar la participación política de las minorías en la Cámara de Diputados. Y ello es así, toda vez que ese artículo se refiere a los partidos políticos y a los requisitos constitucionales de su organización interna, determinando que las minorías deben estar representadas, sin especificar bajo qué forma o sistema, no solamente porque no es al constituyente a quien corresponde regular tales cuestiones, sino porque esa decisión se vincula con la vida interna de cada agrupación política, la que debe regirse conforme a su respectiva carta orgánica (conf. Fallos CNE 72/85, 1377/92, 2020/95 y 2146/96, entre muchos otros).-

La cuestión debe, en rigor, encuadrarse en los artículos 16 y 19, y en el principio de representación que surge de los artículos 1, 14, 22 y 33 de la ley fundamental. Ello, supone -entre sus fundamentos esenciales- una organización en la que el poder público lo ejercen

quienes resulten designados por decisión mayoritaria, mas con la concurrencia de las minorías en la deliberación de las decisiones de gobierno, en cuyo mérito se han establecido sistemas eleccionarios que procuran reflejar en forma proporcional el conjunto de la expresión política exteriorizada mediante el voto.-

Se ha explicado al respecto, que "cuando se dice que la mayoría es la regla fundamental de todo gobierno representativo, se expresa la fórmula por la cual se decide la voluntad de los *más* del pueblo en la elección de sus funcionarios, y de estos en la sanción de la ley; pero no se ha excluido a los *menos* de la representación misma" (cf. Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", p. 308, Ed. Estrada, 1879).-

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica resaltando la necesidad de resguardar el principio de la representación democrática mediante la defensa de la validez y posibilidad de incidencia efectiva de cada uno de los votos individualmente considerados, como expresión del derecho personalísimo de participar en las decisiones de gobierno. En el claro concepto de "un hombre, un voto", se traduce la fuerza del principio de representación ("Wesberry et al. v. Sanders, Governor of Georgia, et al.", U.S. 376, 1 1964).-

Pues bien, la reforma de 1994 incorporó el artículo 37 a la Constitución como norma general, que garantiza los derechos políticos con arreglo al principio de soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, afirmando el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio y la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios.-

Por su parte, los artículos 45 a 47, cuando se refieren a la elección de los diputados nacionales y a las bases de su representación, en modo alguno establecen limitaciones al procedimiento para efectuar la imputación de cargos, prescribiendo, por el contrario, que es al propio Congreso al que le compete fijar el régimen de representación.-

Si bien la reforma constitucional de 1994

reafirmó el pluralismo y la participación política (artículos 39 y 40 C.N.), ello ha sido sin mengua del sistema representativo que continúa vigente (conf. artículos 1 y 22 C.N.). El artículo 77 en su nueva redacción -cuando requiere de una mayoría especial para modificar las leyes electorales y de partidos políticos- dispone una clara reserva de competencia legislativa en la materia; reserva de ley que es, por demás, adecuada y razonable en tanto las características del sistema electoral pueden variar con los tiempos de manera más frecuente que las normas constitucionales. Basta señalar -a modo de ejemplo- que justamente con respecto a la integración de la Cámara de Diputados, bajo la vigencia de la Constitución Nacional de 1853, se ha ido variando el régimen aplicable que empezó siendo mayoritario, luego de lista incompleta con la ley 8.871, para pasar más tarde, al actual sistema D'Hondt de representación proporcional.-

3º) Que no hay norma constitucional de donde pueda deducirse la opción por sistema electoral alguno para elegir diputados nacionales, sea éste mayoritario, proporcional o mixto. Y en orden a lo que se conoce como sistema proporcional D'Hondt -adoptado por el Código Electoral Nacional- cabe simplemente observar que no existe en la práctica -ni en nuestro país ni en el derecho comparado- un sistema proporcional puro. Así pues, "no siendo posible la proporcionalidad absoluta sino como un ideal, las naciones más libres y los autores más exigentes han convenido en aceptar los sistemas que más se acerquen a la verdad, dando representación a todos los grupos de opinión de alguna importancia" (cf. Joaquín V. González, "Manual de la Constitución Argentina", p. 300 y sig., Ed. Estrada, 1897).-

Ha tenido oportunidad de decir el Tribunal Constitucional Español que "*la proporcionalidad es, mas bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte respecto de esa 'pureza' de la proporcionalidad abstractamente considerada*" (Sentencia TC 75/1985 del 21 de junio BOE 170 de 17 de

julio).-

El Código Electoral Nacional (ley 19.945, y sus modificatorias) en sus artículos 158 a 163 ha establecido el sistema de representación proporcional de cocientes sucesivos ideado, como ya se dijo, en el derecho comparado por el belga Víctor D'Hondt. La aplicación de ese sistema debe adecuarse a lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Nacional y a la ley 22.847, de manera que el número de diputados que integran la cámara baja no es indeterminado sino que resulta actualmente de asegurar la representación de un diputado por cada ciento sesenta y un mil habitantes o fracción no inferior a ochenta mil quinientos. Si se combina ese parámetro con la representación mínima de diputados por provincia surge un número de 257 diputados nacionales, que se renuevan por mitades cada dos años (artículo 50 C.N.). Tales parámetros son también restricciones -impuestas por la propia Constitución Nacional- a una plena proporcionalidad en la representación, aunque no tengan el mismo alcance que el denominado piso mínimo, umbral o barrera del tres por ciento que el recurrente de autos cuestiona.-

4º) Que sentado ello, corresponde realizar el análisis de constitucionalidad de los artículos 160 y 161 del Código Electoral Nacional que supeditan la asignación de cargos de diputados nacionales a la obtención de un mínimo del 3% de votos del padrón electoral, y asimismo determinar si dicha reglamentación es respetuosa del derecho de representación que poseen las minorías.-

Es un principio del derecho constitucional argentino aquel según el cual no existen derechos absolutos, sino que ellos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (conf. artículo 14 de la Constitución Nacional). En este sentido tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, *"los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí"* y que *"resulta constitucionalmente válido el ejercicio del poder reglamentario al establecer controles gubernamentales, con el objeto de garantizar la pluralidad, la acción y el*

*sometimiento de los partidos a las exigencias básicas del ordenamiento jurídico" (Fallos 310:819).-*

En tal sentido, el umbral de representación, piso o barrera legal, consiste en una condición adicional que algunos ordenamientos jurídicos al adoptar un sistema electoral de representación proporcional imponen a los fines de adjudicar las bancas, y que se traduce en la obtención de un mínimo de votos como "conditio sine qua non" para poder participar en dicho reparto.-

Tal restricción tiene como fundamento razonable el de preservar un adecuado funcionamiento del poder legislativo -en nuestro caso de la Cámara de Diputados- evitando que un excesivo fraccionamiento conlleve a una atomización ilimitada de la representación y del debate que repercuta de manera negativa en la formación de la voluntad general. Se impone, así, conjugar el pluralismo -y su expresión, en el caso, en el criterio de proporcionalidad- con la pretensión de alcanzar la efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos (cf. Sentencia TC 75/1985, de 21 de junio).-

Del análisis comparativo surge que son varios los países que han adoptado el requisito del umbral, pero con porcentajes diferentes. Entre ellos podemos mencionar a Israel con un umbral del 1.5%, España 3%, o Grecia, con barreras que han variado llegando incluso a ser superiores al 15%. En América Latina, Costa Rica elige a los miembros de la Asamblea Legislativa mediante un sistema de doble cuota. Sólo las listas que han obtenido un número de votos por encima del 50 por ciento del cociente simple electoral, pueden obtener escaños.

Señala Giovanni Sartori que es imposible establecer cuál es el 'umbral' correcto, pues su determinación resultará justa de acuerdo a las distribuciones reales de cada país (cf. Ingeniería constitucional comparada. Fondo de Cultura Económica. México 1995).-

Ponderando en nuestro caso la funcionalidad de un órgano colegiado y la presencia en él, de variadas agrupaciones políticas, el legislador ha tenido en mira el buen funcionamiento de la Cámara de Diputados, sin que ello signifique conculcar la representación de las

minorías. Cabe, asimismo, observar que ni aun los sistemas proporcionales más "puros" -esto es, sin barreras legales- logran una identidad perfecta, es decir una congruencia exacta entre votos y bancas.-

El legislador, al ejercer su poder reglamentario, ha optado por uno de los criterios restrictivos dentro de un panorama de posibles alternativas sin que pueda válidamente afirmarse que dicha elección importe una transgresión a las prescripciones de nuestra ley suprema, aun cuando resulte posible discutir si tal criterio es el más conveniente.-

En ese sentido, ha dicho este Tribunal en fecha reciente que *"la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por aquél en el ejercicio de sus propias facultades (Fallos 304:1007; 305:538; 308:1745; 321:2010, entre muchos otros)"* (Fallo CNE N° 2984/01).-

5°) Que la legitimidad del denominado "piso" o "barrera" ha sido también materia de pronunciamiento en países cercanos a nuestra tradición jurídica como Alemania y España, donde el porcentaje mínimo de votos exigidos con el fin estudiado es del 5% y el 3%, respectivamente. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha tenido ocasión de pronunciarse en una serie de casos análogos al que aquí se trata, concluyendo en la validez del límite, considerándolo garantía legítima de la eficacia de las instituciones parlamentarias en cuanto tiende a corregir fragmentaciones excesivas en la representación política obtenida mediante la proporcionalidad electoral (citado en la ya mencionada sentencia TCE 75/1985 de 21 de junio).-

El Tribunal Constitucional de España, a su vez, ha expresado que la aplicación de un piso del 3 por 100 para "convertir" votos en bancas, sobre el criterio D'Hondt de representación proporcional, denota un evidente propósito del legislador de restringir a los partidos políticos o alianzas cuyo soporte electoral es más reducido, el acceso a una banca en la Cámara de Diputados, procurando al combinar incentivos y límites, que la proporcionalidad electoral sea compatible con el resultado de que la



representación de los electores en tal Cámara no sea en exceso fragmentaria, quedando encomendada a formaciones de cierta relevancia (cf. sentencia 75/1985).-

6º) Que la validez constitucional del límite del 3% impuesto por el legislador se aprecia si tenemos en cuenta que el proceso electoral, en su conjunto, no es sólo un canal para el ejercicio de los derechos subjetivos reconocidos por los artículos 37 y 38 de la Constitución Nacional, sino que es también un medio para dotar de capacidad de expresión a las instituciones del Estado democrático y proporcionar centros de decisión política eficaces y aptos para imprimir una orientación general a la acción de aquél.-

El principio de razonabilidad expresado en el artículo 28 de la Constitución Nacional afirma que "*los principios, derechos y garantías reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*". De ese modo, podemos decir que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. El congreso cuando legisla, el poder ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable: el contenido de los actos debe ser razonable. El acto irrazonable es arbitrario, es defectuoso y es inconstitucional. La razonabilidad es entonces, una regla sustancial, a la que también se ha denominado el "principio o la garantía del debido proceso sustantivo" (conf. Bidart Campos, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, pág. 361/362, Ediar, 1993).-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al referirse, en ese mismo sentido, a cuestiones electorales ha expresado que "*La Constitución ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar dentro de cierto límite el ejercicio de los [derechos] que ella reconoce y no es del resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en el uso de las facultades que le son propias, aunque sí le incumbe pronunciarse acerca de los poderes reglamentarios del Congreso para establecer*

*restricciones a los derechos teniendo en cuenta para ello, la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de las medidas restrictivas o limitativas (Fallos: 126:161)" (Fallos: 310:819).-*

7º) Que de las razones expuestas en los precedentes considerandos se sigue que el requisito de obtener un mínimo de votos para la participación en la asignación de cargos -3% del padrón electoral del distrito- establecido en los artículos 160 y 161 del Código Electoral Nacional, no constituye una irrazonable reglamentación al derecho de representación de las minorías, que el recurrente invoca con sustento en las normas consagradas por el constituyente en el año 1994. Por lo tanto, el agravio según el cual la vigencia de aquel requisito "anterior a la sanción de la Constitución de 1994, viola los principios que esta acoge" (cfr. fs. 45) no puede ser atendido.-

Sentado ello, será en todo caso función del legislador analizar si los cambios en el comportamiento electoral de la ciudadanía argentina cuya configuración alega la actora, justifican una reforma o supresión de los criterios adoptados por las normas vigentes (conf. Fallos CNE Nº 2987/02, 2988/02 y 3001/02, entre muchos otros).-

8º) Que en relación a la garantía de igualdad ante la ley, cabe recordar la invariable jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual la garantía expresada en el art. 16 de la Constitución Nacional no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria, ni importe ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (Fallos 290:356; 299:146, 181; 300:1049, 1087; 301:1185; 302:192, 457; 303:964; 308:857; 315:2804 y 317:1195, entre otros).-

En este orden, cabe señalar que el legislador no efectúa distinción alguna en tanto todas las fuerzas políticas al iniciarse cada contienda electoral se encuentran en idénticas condiciones, y sometidas a las mismas reglas. Ahora bien, una vez conocidos los resultados de cada elección no es el legislador quien coloca a los partidos en diferentes condiciones sino que éstas resultan de las preferencias manifestadas por el electorado. La protección al

derecho de igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones. Estableciendo por lo tanto los artículos 160 y 161 inc. a) un "criterio objetivo" -respecto a la aplicación del 3% del padrón electoral para la asignación de cargos- y "razonable", no surge aquí violación a la garantía de la igualdad invocada.-

Asimismo, la igualdad real de oportunidades que el nuevo artículo 37 de la Constitución procura garantizar mediante acciones afirmativas (conf. artículo 75 inciso 23) implica un accionar progresivo por parte del Estado tendiente a remover los obstáculos a una mayor participación. Ello debe armonizarse con el principio general del artículo 16, que consagra la igualdad ante la ley. La igualdad así entendida se refiere al conjunto de condiciones en que un proceso electoral se desarrolla, aplicándose la misma regla legal a todas las propuestas políticas por igual, sin obstáculos para que todas ellas concurren a unas mismas elecciones, en iguales condiciones legales y sin diferencias injustificadas o irrazonables en la aplicación de esa regla.-

En la sentencia oportunamente citada el Tribunal Constitucional Español afirmó que *"el principio democrático de la igualdad se encuentra abierto a las fórmulas electorales más diversas, y ello porque se trata de una igualdad en la Ley, o [...] de una igualdad referida a las 'condiciones' legales en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla, por lo que la igualdad, por lo tanto, no prefigura un sistema electoral y excluye otros, sino que ha de verificarse dentro del sistema electoral que sea libremente determinado por el legislador, impidiendo las diferencias discriminatorias, pero a partir de las reglas de tal sistema, y no por referencia a cualquier otro".-*

Resulta asimismo pertinente establecer que no constituye discriminación la circunstancia alegada por el recurrente respecto a que candidatos que individualmente han logrado menor cantidad de votos que su lista han obtenido bancas, en desmedro de la "...adecuada representación [del] Partido Humanista...".-

La comparación no resulta procedente, toda vez que en un sistema de listas como el vigente en

nuestro ordenamiento jurídico electoral no se votan los candidatos singularmente sino la lista en su conjunto. De ese modo, es a partir de haber obtenido cada lista el mínimo del 3% de los votos del padrón electoral que se procede a la distribución de escaños, conforme a los guarimos efectivamente alcanzados por cada una de ellas.-

9º) Que, finalmente, corresponde destacar que el cuestionamiento a la exactitud de los padrones definitivos utilizados en las elecciones del 14 de octubre de 2001 en el distrito de Capital Federal -sustentado en que estarían incluidos ciudadanos fallecidos- es manifiestamente extemporáneo. Ello así, por cuanto el Código Electoral Nacional establece determinados plazos para formular cuestionamientos al padrón (arts. 27, 28, 33, 37 y 38) por parte de los particulares y de los partidos políticos, fuera de los cuales no pueden ser admitidos (cf. Fallo CNE N° 244/85, 2699/99 y 2972/01).-

De otro modo se podría poner en duda indefinidamente la base misma de la elección -el padrón-, lo cual ha sido voluntad del legislador evitar al establecer un régimen cronológico y preclusivo en materia electoral.-

En mérito de lo hasta aquí expuesto, la Cámara Nacional Electoral RESUELVE: confirmar la resolución apelada.-

Regístrese, notifíquese y oportunamente, vuelvan los autos a su origen. RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA - FELIPE GONZALEZ ROURA (Secretario).-