**El colega Jorge Mariano Zárate Foscarini explica su posición sobre el problema de los pisos y umbrales en el sistema electoral en general, y en Santa Fe en particular, tema que hemos abordado varias veces a partir del antecedente Del Frade.**
**Les dejo con el autor:**

**UMBRALES:**
**LOS PARTIDOS, MODERNAS FAROLERAS, SE TROPIEZAN**
**Abog. JORGE ZARATE**

La democracia, en palabras de Sir W. Churchill "…es el peor sistema de gobierno diseñado por el hombre, con excepción de todos los demás." Si acordamos con él, entendemos porqué llegar al poder en un sistema democrático representa una batalla electoral (sin implicancias sangrientas, pero con muchas bajas) entre partidos y candidatos, los cuales invierten "…sangre (metafóricamente), sudor y lágrimas (literalmente)", tiempo, promesas, dinero (público y privado) y muchas veces, su prestigio y buen nombre, para posicionarse y acceder a las instancias decisivas tratando de lograr los favores del soberano (el pueblo elector).
Desde hace muchos años, y aún desde la reforma constitucional, quizás por quedar más en evidencia a partir de su consagración constitucional, el sistema argentino de partidos políticos ha sufrido profundas, y casi siempre negativas, mutaciones. Se ha atomizado, han ido desapareciendo agrupaciones otrora representativas y han surgido nuevas expresiones que concitan la adhesión de determinados grupos sociales, y en general, se han reducido los espacios mayoritarios, se han concertado alianzas, formado frentes que polarizan las preferencias del electorado y nuevas fuerzas que intentan capitalizar el descontento con los partidos tradicionales, compitiendo por espacios de poder, casi sin exponer propuestas u objetivos. Y así, han experimentado una crisis profunda, que se traduce en el descreimiento de la sociedad, que se manifiesta en una marcada apatía política, en votos nulos y blancos, en transfuguismos permanentes, en surgimientos de partidos y candidatos tan fulgurantes como fugaces y en cuestionamientos acerca de la utilidad e importancia de su función como intérpretes de la voluntad popular y como instituciones fundamentales del sistema democrático. Es, ante todo, una crisis de confianza en el sistema en su conjunto. Es decir, en los partidos, pero también en la política y en los políticos.
Aunque las causas y consecuencias de esta crisis en el sistema de partidos y en las mismas estructuras partidarias son también otras y muy variadas, las expuestas son, me parece, las más notorias. Con el objeto de menguar los efectos de esta crisis que sufre el sistema partidario y de tratar de revertir la situación, se han

intentado varias soluciones, con diferentes grados de éxito.

La más trascendente es, en mi opinión, la que instaura las elecciones PASO para la selección de candidatos que participarán en las elecciones generales. A diferencia de estas últimas, en las que compiten partidos (y/o alianzas/confederaciones) en las primarias compiten, simultáneamente, las listas internas de cada partido que, en el seno de cada agrupación, intentan imponer sus precandidatos como candidatos "del partido".
Como explicáramos antes, la democracia nos da la posibilidad de "seleccionar" a nuestros candidatos y llevar al poder a quienes obtengan mayor representatividad a través del voto. Y para ello, y de entre diversos métodos de selección, los distintos sistemas electorales (si no todos, la gran mayoría) establecen porcentajes mínimos a alcanzar en las diferentes instancias para poder "seguir participando". A pesar de algunos reparos u objeciones sobre una pretendida inconstitucionalidad, la CNE ha avalado este sistema, al igual que los órganos electorales y/o constitucionales de otros países.
Así, ha señalado por ejemplo el máximo órgano electoral nacional 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 […]" y, a modo de justificación o argumento ha sostenido que "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 […]" (CNE, Fallo 3033/02)
En un sistema federal como el nuestro, se sabe, las reglas y sistemas electorales son propias de cada distrito (provincia), y si bien la mayoría de ellos adhiere a las leyes nacionales (total o parcialmente), por lo general reservan algunas cuestiones muy puntuales a su propia esfera normativa. Entre esos estados federales, Santa Fe es quien ha decidido una separación más amplia entre estos dos ámbitos (Boleta Única, ampliación cupo femenino de 30% a 1/3, por ejemplo). En cuanto a los porcentajes mínimos de votos (pisos/umbrales), Santa Fe también se ha diferenciado de la regulación del CEN y sus leyes complementarias. En este sentido, cobra especial interés la aparición del sistema PASO a nivel nacional (2011) y

provincial (2005).

Como dije antes, la PASO es una competencia entre Listas internas partidarias (esa es su finalidad), para fomentar la participación intrapartidaria y lograr la integración definitiva de la Lista partidaria con sus expresiones más representativas en vistas a la elección general, y no para seleccionar algunos partidos y descartar otros. Ese objetivo, el de seleccionar partidos (gobierno y oposición), es, justamente, el objetivo de la elección general.
En Santa Fe, la ley 12367 implementa el sistema PASO y establece en su art. 9, primera parte, (según reforma por art. 15 de la ley 13461)) que “No participarán de las elecciones generales los partidos, confederaciones de partidos y alianzas electorales que no logren un mínimo del uno y medio por ciento (1,5%) del Padrón Electoral del Distrito, sea este provincial, departamental o municipal…”
Este umbral, cuya trasposición será más o menos dificultosa según sea la capacidad electoral del partido de que se trate y del poder de adhesión o convocatoria que muestren sus listas, presenta y presentó en nuestra provincia, numerosas dificultades para su aplicación práctica, las cuales derivan tanto del “tamaño” o relevancia del partido a cuyas listas deba aplicarse, como de la deficiente construcción lógica de la norma. Porque, y aquí nos diferenciamos de la norma nacional totalmente, nuestra ley determina en el mismo art 9, última parte, que “…La conformación de la lista de candidatos (a diputados y concejales) se realizará aplicando el sistema proporcional D’Hondt entre las listas de cada partido, confederación de partidos y alianzas electorales que participaron en la elección primaria, abierta, simultánea y obligatoria, que hubieren obtenido como mínimo el uno y medio por ciento (1,5%) de los votos emitidos en la categoría electoral respectiva, sea este provincial o municipal.”.. Si nos remitimos a las distintas denominaciones que se le dan a estos porcentajes mínimos, no cabe duda de que la más adecuada es “UMBRAL”, como pequeño nivel que se debe superar en cada PASO. Y es así que muchos partidos tropiezan con ese umbral. Las razones fueron dadas en el trabajo mencionado antes. El doble umbral PASO es prohibitivo, inequitativo y de dificultosa implementación. Además, excede las finalidades de las PASO, claramente. Considerando, además, la resolución del TEP sobre Barrio 88, se presta a interpretaciones absolutamente arbitrarias imposibles de ser cuestionadas en tiempo hábil ante la Corte.

Ahora bien, si este juego normativo fuera tan complejo y discutido, resistido e impugnado solamente en esta instancia, posiblemente consideráramos que la solución está (y en mi opinión, así es) en reducir ambos umbrales a uno solo y con

parámetros de cumplimiento posible. Pero….en Santa Fe no es tan simple.
Resulta que además de los umbrales PASO, en Santa Fe se aplica una segunda instancia de dificultad porcentual, establecida por un Decreto ley (Nº 9280/83), vigente desde poco antes del retorno de la democracia. Este Decreto, que fue luego incorporado a una ley posteriormente derogada (Ley de Lemas Nº 10524) establece en su art. 5º que "No participarán en la distribución de cargos en las distintas calidades de elecciones, las listas que no logren un mínimo del tres (3) por ciento del Padrón Electoral del Distrito, sea este provincial, municipal o comunal"[1] , lo cual ha tenido aplicación desde entonces para la asignación de cargos a los cuerpos legislativos (diputados y concejales). Y eso no es todo, porque la misma ley 12367, en su artículo 18, en relación a la misma situación (distribución de bancas legislativas), omite cualquier referencia a un piso o porcentaje exigido un para acceder a las bancas.

Debe ser esta prescripción una de las más, sino la más relevante y problemática del derecho electoral santafesino, en virtud de que, por propio imperio, puede hacer que una agrupación acceda (ley 12367), o no (Decreto 9280/83), al reparto proporcional de bancas de Diputados (minorías) o de Concejales (en su totalidad). Ella determina, entonces, la conformación partidista de la Cámara de Diputados y de los distintos Concejos municipales.
Tal relevancia justifica las constantes impugnaciones y/o requerimientos de aplicación, a que es sometida esta norma, sea por quienes se consideran perjudicados y excluidos de la posibilidad de lograr bancas, que por lo general son partidos pequeños o nuevos que le disputan terreno y votos a las fuerzas mayoritarias, sea por estas últimas.
El precepto del Decreto 9280/83, en su literalidad, incurre en un error en cuanto refiere a las Comunas. Sabemos que las Comunas tienen un régimen diferenciado en la forma de asignación de bancas y no le es aplicable el porcentaje del 3%. Cuando habla de "distintas calidades de elecciones", obviamente habla de las provinciales y locales municipales.
En cuanto a su aplicación, la historia no es pacífica, sino todo lo contrario. Como dijimos, esa norma "de facto", si bien había ido cayendo en desuetudo, fue revivida y vigorizada por la ley de lemas, en cuanto la incorporaba expresamente a su texto, en todo cuanto no se opusiera a ella. Posteriormente esa Ley de Lemas es derogada por la ley 12367, y como derivación necesaria, algunos entendieron derogado el Decreto 9280. No estoy de acuerdo con ello, en tanto si bien había perdido actualidad, no había perdido vigencia, y tenía existencia previa y autónoma, por lo que no corría la misma suerte de la ley 10524.

El primer caso sometido a examen por el umbral del 3% fue Martino en 2007 (aunque existía un precedente de 2005, Mauri). La Corte provincial, sin decidir sobre el fondo, resolvió que la vía intentada (certeza) no era la adecuada, y con ello salvó la ropa. Claro que dejó abierto el debate y allanado el camino a posibles impugnaciones futuras.
Luego, en 2011, se debate la cuestión en el llamado caso Del Frade. En resumidas cuentas, los argumentos planteados en favor de este candidato, que pretendía ingresar al reparto de bancas por D'Hondt, habiendo alcanzado en la elección general un porcentaje un poco menor al 3% exigido, eran los siguientes, en apretada síntesis:

1- El porcentaje se exige sobre el total del padrón de distrito, sin considerar que ello no contempla las fallas en su depuración, ni los porcentajes de abstención, votos nulos, blancos, etc.
2- El Decreto 9280/83 que impone el piso es una norma de facto, y por tanto inaplicable a un proceso democrático.
3- Si se entendiera válida una norma de facto, el Decreto había sido derogado conjuntamente con la ley de lemas
4- Más aun, el Decreto impone un umbral o piso no contemplado en el art 32 de la Constitución de Santa Fe, lo cual torna dicha norma inconstitucional
5- El candidato Del Frade había obtenido más votos que el candidato proclamado en el lugar 14 de la minoría
6- No se consideran precedentes ni Mauri (Concejal) ni Martino (por inadecuada vía y no alegar inconstitucionalidad del piso)
Tanto el TEP como la Corte provincial (esta última, extemporáneamente) resuelven contra la pretensión de Del Frade (Dr. Erbetta en disidencia), con los siguientes argumentos, contestando cada una de las impugnaciones efectuadas:

1- Las opciones legislativas no pueden ser revisadas en su oportunidad y mérito, en tanto sean razonables reglamentaciones de derechos. Con mención de varios fallos de la CSJN valida las normas derivadas de gobiernos de facto
2- En relación a la derogación del Decreto por vía indirecta (derogación de la ley de lemas), y con cita a varios fallos propios y de la Corte nacional, entiende que el mismo se encuentra vigente y que las "derogaciones tácitas (o implícitas) no se presumen", entre otras apreciaciones
3- Respecto de su inconstitucionalidad, considera que constituye una reglamentación razonable de los derechos políticos y electorales y en cuanto la CP no prohíbe expresamente instituir umbrales, ello está permitido y es facultad de la

Legislatura
4- En cuanto a que Del Frade hubiera obtenido más votos que el proclamado en lugar 14º, ello me parece una apreciación errónea, en tanto se vota por lista cerrada y no por candidatos. Dicho de otra forma, Del Frade postula que obtuvo más votos que el candidato 14, cuando no es Del Frade individualmente sino su Lista quien obtuvo los votos. Esta última es una consideración propia, no de la Corte
Hasta aquí, los hechos concretos respecto de esta "disputa normativa". Pero, en mi opinión, los hechos van a contramano de lo que dicen las normas jurídicas, de su contexto y su interpretación genuina y por ello, afirmo que Carlos Del Frade debió ser consagrado legislador provincial en el año 2011. Sin lugar a dudas. Pero conspiraron en su contra varios factores:
a- El primero y más importante, en tanto aún no tuvo remedio legislativo, es la "superabundancia", ambigüedad, deficiencia y contradicciones de la normativa electoral provincial, quizás por su absoluta dispersión y permanentes modificaciones
b- La composición del órgano electoral, con jueces no especializados, híbrido, con una Secretaria dependiente del PE, con incompatibilidad funcional de su Presidente (a la vez Presidente de la Corte) y del Procurador electoral (a la vez Procurador de la Corte), sin que ello implique, lo he dicho, juicio de valor sobre la persona e idoneidad de los Sres. Jueces y del Sr. Procurador
c- La presión, legítima, de otras fuerzas políticas, las mayoritarias, en resguardo de las bancas ganadas a partir de la interpretación del TEP
d- Los plazos demasiado amplios que maneja la Corte, lo que se contrapone y perjudica a un proceso electoral que se supone perentorio, con plazos muy acotados y etapas preclusivas. A ello debemos agregar la renuencia de la Corte a resolver el fondo de las cuestiones planteadas en materia electoral, la inutilidad de esas resoluciones cuando son extemporáneas o cuando las cuestiones son declaradas "abstractas"
e- Los argumentos en defensa de Del Frade y su posición, si bien son idóneos al efecto y tienen un fundado y abundante sustento normativo y jurisprudencial, muestran resquicios a través de los cuales la Corte consiguió rebatirlos "jurídica y razonablemente" (aún con un voto en disidencia)
Voy ahora a justificar ahora mi posición respecto a que Del Frade debió ser consagrado Diputado provincial en 2011. Aun conociendo lo decidido por la Corte, estoy de acuerdo con varios de los argumentos dados por la defensa del candidato. Sobre todo el relacionado con la derogación del Decreto 9280/83, pero no por "vía indirecta" (derogación de la 10524), sino debido a la no incorporación del piso al artículo 18 de la ley 12367 que regula esta cuestión (ley posterior). Y si bien tal

posición es desechada por la Corte, en tanto “la derogación tácita no se presume”, hay dos argumentos/prueba, específicos, concretos, irrefutables, no aportados/alegados por la parte, ni en la disidencia del Dr. Erbetta (que nada más hizo suyo el argumento de la derogación indirecta), que lo respaldan y lo hacen hábil, llenando esos resquicios que mencionamos y haciendo vanos los argumentos del Tribunal Superior. Incluso, uno de esos argumentos echaría por tierra alguna resolución positiva de la propia Corte, que debería explicar cómo una norma no está derogada pero sí está derogada. En definitiva, habrían legitimado la postura de Del Frade. Estos fundamentos, que determinarían la inaplicabilidad, por derogación, del porcentaje del 3% del padrón para acceder al reparto de escaños legislativos provinciales y municipales, cobrarán actualidad nuevamente en cuanto algún partido, en el ámbito municipal o provincial, se tropiece con ese umbral. Cuando llegue ese momento, el TEP, o la Corte, deberán decidir por la aplicabilidad (manteniendo los argumentos del fallo Fernandez-Del Frade) o no (vía derogación o declaración de inconstitucionalidad) de esa valla del 3%, cuya utilidad y pertinencia corresponderá analizarse posteriormente en el ámbito político-legislativo, pero que, por lo dicho, no tiene vigencia en nuestro derecho electoral provincial. De lo que si estoy convencido es de que la normativa electoral, en su totalidad, debe ser indefectiblemente revisada.

Otra cuestión que no considerada, ni el TEP ni por la Corte, y que si bien no es determinante, es sintomática y muestra una conducta repetida, es que la mayoría de las normas electorales derogan y son derogadas tácita o implícitamente, bastando la máxima “ley posterior deroga ley anterior”, e incluso menos. Así, la Acordada 4/99 del TEP deroga (deja sin efecto y sin aplicación) los artículos 22 de la Ley de Comunas y 24 de la LOC referente a la edad de los candidatos a Concejales y Miembros Comunales (22 años) y la establece en 21 años. Otro claro ejemplo de esto es la subsistencia constitucional de la forma de elegir senadores nacionales, actualmente derogada por ley nacional. Nunca hubo reclamos ni pruritos en su aplicación. De hecho, en esta última PASO, el TEP “deroga” tácita y a mi entender, arbitrariamente, la obligatoriedad de obtener 1,5% interno (listas), establecido por el art 9 ley 12367

Si recurriéramos en esta instancia a la teoría de los actos propios (“venire contra factum proprium non valet”)[2], que es aplicable también a la actividad estatal, y que implica la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, con fundamento último en la protección que requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno (en este caso del Estado) y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el

comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos, ciertamente la posición del Tribunal Electoral y de la propia Corte se vería seriamente comprometida.

La legitimidad del sistema democrático se sustenta fundamentalmente en la existencia de reglas de juego claras y uniformes[3]. Por ello, el Estado debe proteger no solo la confianza de los ciudadanos en las disposiciones de las leyes, sino también su confianza en la manera en que éstas son interpretadas por los órganos competentes y, paralelamente, en esos propios órganos, que deben decidir con absoluta independencia de avatares coyunturales, a partir de postulados fundamentales del derecho electoral, entre ellos el respeto a la genuina expresión de la voluntad popular y el principio pro participación

---

[1] Recordemos que Comunas tienen un régimen de reparto de cargos distinto de Diputados y Concejales, así que su inclusión en el texto es un error conceptual y de técnica legislativa
[2] “…nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos 316:397; 316:1802; 316:3199; 3320:2509; 323:3765 entre otros)” Fallos CNE 2987/02, 2988/02, 3001/02, 3081/03
“No se puede cuestionar un régimen jurídico al que oportunamente se consintió y al que se sometió sin reservas”. CNE, 2972/01
[3] “…el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público, que, de tal modo se auto limita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio estado se encuentra inmerso, como lo ha señalado esta Corte ( entre otros: Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea permanente de los Derechos Humanos s/ Acción de Amparo” 23/06/92; González Vilar Carmen c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires del 18/06/91)”. Naveiro de la Serna de López Helena María” , C.S.J.N.; Fallos 315:2771