

ACUERDO N° 480.- En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los *Veinte* días del mes de mayo de mil novecientos noventa y siete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con el Doctor FERNANDO R. MACOME como Presidente Subrogante integrado por los señores Vocales Doctores ARMANDO LUIS VIDAL, ARTURO E. GONZALEZ TABOADA, MARCELO J. OTHARÁN y el Doctor ALEJANDRO T. GAVERNET como Vocal Subrogante con la intervención de la Doctora ANA CLAUDIA PARODI como Secretaria Subrogante de la Secretaría de Demandas Originarias para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados BACA CAU LUIS ALBERTO S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD Expte.N°B-159.890/95, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal, y conforme el orden de votación oportunamente fijado, el Doctor **ARMANDO LUIS VIDAL**, dijo: I.- Que a fs.1/20, el Señor LUIS ALFREDO BACA CAU, por su propio derecho, promueve formal acción de inconstitucionalidad ante la Junta Electoral Provincial, en los términos del art.30 primera parte de la Constitución Provincial, con el objeto de que este Cuerpo declare con el efecto abrogatorio que esa norma establece, la inconstitucionalidad del art.78 de la Carta Orgánica de la ciudad de Neuquén, aprobada por Ley 2129, por considerar que dicha norma es contraria a los artículos 7, 12, 28, 30, 66 inc.1 y 4, 186 segunda parte, 189 segunda parte, y 193 de la Constitución Provincial, y el ordenamiento legal conformado por el art. 98 inc.3 ap a) y 149 de la ley 165.

Entiende que se encuentra legitimado para entablar la presente acción en mérito a su calidad de

Concejal titular en segundo término por el Partido Justicialista. Aduce en tal sentido, que la Junta Electoral Provincial se encuentra facultada para declarar la inconstitucionalidad de la norma, tal como se desprende del citado art.30 de la Carta Magna Provincial. Cita a su vez en aval de esta postura, acreditada doctrina que se pronuncia por la competencia de las Juntas Electorales Provinciales para dejar sin aplicación las leyes provinciales que contraríen la Constitución, y ello aunque tales Juntas no formen parte del Poder Judicial. Doctrina que apunta a establecer que la tutela de la Constitución por sobre las normas infraconstitucionales corresponde en nuestro país a "cualquier autoridad que tenga competencia en la materia". Agrega luego, que tampoco puede la Junta dejar de entender en el planteo so pretexto de tratarse de cuestiones políticas no justiciables desde que entiende, con cita de Soler, que las causas referentes al goce y ejercicio de los derechos políticos no son cuestiones políticas, del mismo modo que las causas sobre derechos patrimoniales no son cuestiones económicas.

Considera en concreto, que al tratarse de la afectación de un derecho subjetivo político personal y ser la Junta Electoral, el órgano jurisdiccional competente para proclamar candidatos, dicho órgano, deberá abocarse al tratamiento de la inconstitucionalidad planteada.

Despejada la legitimación y la justicialidad de la cuestión que plantea, relata cuales fueron los hechos que motivaron su presentación.

De este modo expone, que el Consejo Local del Partido Justicialista de la ciudad de Neuquén, propuso al

Consejo Provincial de dicho partido la lista de candidatos a Intendente y Concejales Titulares y Suplentes que finalmente al ser aprobada por este último, fue presentada al la Justicia Electoral para su oficialización, lo que así se produjo con posterioridad.

Que en tal contexto, fue propuesto al electorado de la ciudad de Neuquén, como candidato a Segundo Concejel titular del Partido Justicialista, resultando electo en las elecciones celebradas en toda la provincia el día 8 de Octubre de 1995. Que pese a tan indubitable hecho, no fue convocado ni por las autoridades del partido ni por las autoridades electas de la ciudad a las reuniones preparatorias que se celebraron para coordinar las diversas tareas del gobierno que asumiría el 10 de diciembre. Que en concordancia con ello, quien asume la función de primer Concejel y de Presidente del Bloque de Concejales del Partido Justicialista es el candidato a Intendente Sr. Aldo Duzdevich, invocando la opción prevista por el art.78 de la Carta Orgánica de la ciudad de Neuquén. Que en virtud de ello, y pese a haber sido elegido Concejel por el Partido Justicialista, se ve privado del ejercicio de la función electoral constitucional.

Seguidamente expone cuales son los agravios que el mencionado art.78 le ocasiona.

Así, considera que el art.78 altera el principio de elección directa y por lista completa de los Concejales, establecida en la Constitución Provincial en los arts. 66 inc.1 y 4; 186 y 189.

Explica tal violación expresando que "introducir por ley un requisito posterior a la oficialización de las listas, como es el de obtener el cargo de Concejel para

que se pueda optar, es modificar la lista completa y alterar todo el sistema previsto por la Constitución y el Código Electoral" (textual fs.08).

Entiende que además viola el art.64 porque, por aplicación de la cuestionada norma, se dan situaciones no queridas por la Constitución, cuales son, por ejemplo, que la población vote a determinados Concejales pero que finalmente el candidato a intendente de ese mismo partido (al que la población pudo o no votar) quiera ser concejal y desplace a aquél que fue votado efectivamente para el cargo. O a la inversa, puede suceder que quiera que algún candidato a Intendente sea concejal con lo cual se verá obligado a votar a los Concejales del partido que lo propone como intendente a fin de que sea elegido en una lista en la que no figura como candidato a concejal. Seguidamente explica que allí no termina el problema, puesto que puede darse otra situación, cual es, que la elección pueda no tener el resultado buscado por el elector, si es que el candidato a Intendente decide no hacer uso de la opción y en tal caso, este ciudadano verá como resultaron proclamados con su voto aquéllos candidatos que no quiso elegir, pero debió votar por imperio de la cláusula que cuestiona.

Concluye afirmando que si la legislación y los Tribunales encargados de aplicarla, dejan librada a la voluntad del candidato a intendente que sea o no concejal, ello importa estar en presencia de una elección indirecta que altera la voluntad popular.

Agrega que tampoco debe olvidarse, que tal como se encuentra redactada la norma en cuestión también se viola la voluntad de aquél elector que cortó boleta. Ejemplifica la situación, diciendo que si un ciudadano

votó a un intendente de un partido y a concejales de otro, indirectamente votó a dos intendentes, a uno para titular del Departamento Ejecutivo Municipal, y al otro, pese a haberlo votado, igualmente lo hizo para Concejal conforme lo dispuesto por el art.78, o sea que la norma conforme su disposición transformó en indirecta una elección que por disposiciones constitucionales debía ser directa.

Cuestiona además que de la mencionada norma, surge que el candidato a intendente puede hacer uso de la opción con posterioridad al acto eleccionario, empero no aclara cuál es el plazo procesal para efectuarla, con lo cual puede ejercerla, a) inmediatamente de conocido el Escrutinio Provisorio y antes de conocido el Definitivo; b) después de notificado del Escrutinio definitivo y antes de la proclamación c) o cualquier otra variante que pueda surgir.

Es evidente, indica, que el derecho del candidato a intendente puede ser invocado en cualquier tiempo y por cualquier modo, con lo cual entiende que los derechos que le asisten a los concejales son de inferior rango porque siempre estarán sujetos al arbitrio del candidato a Intendente, a su decisión, aunque éste no haya sido votado directamente y en lista completa.

Otra cuestión que plantea efectuando un análisis exegético del art.78 radica en que la mencionada norma establece que solamente podrán hacer uso de esa opción aquéllos candidatos a intendente cuyo partido "obtuvo cargos de concejales", nota que al ser utilizada en plural, se pregunta que pasaría si se obtuvo un solo cargo de concejal, si se podría hacer uso de la opción. En tal orden, también plantea que la norma tampoco aclara

en caso de ser "cargos de concejales" cuántos más de uno se necesitan para hacer uso de la opción.

Expresa que este artículo reconoce como antecedente la Ley 2089 que incorpora el art. 149 bis al Código Electoral cuyos fundamentos cuestiona. Apela el órgano legislativo para introducir este artículo, a la inserción en la comunidad que tiene el candidato a intendente, entendiéndose que, a contrario sensu, ello significaría que los Concejales no tienen tal cualidad. Que esto demuestra, a su entender que el legislador efectúa una manifiesta discriminación contraria a los derechos y garantías que establece nuestra Carta Magna.

Encuentra también, que se viola el art.7 C.P. que prohíbe la delegación de poderes o atribuciones porque por aplicación del art.78, la Junta Electoral delega su atribución de proclamar Concejales (art.66 inc.4 C.Pcial.) a una opción a ejercer por un solo ciudadano.

Que además, viola la garantía de igualdad ante la ley prevista por el art.12 porque significa instaurar un fuero personal en beneficio del candidato a intendente; ya que por el sólo hecho de serlo, tiene la posibilidad de desplazar a los Candidatos a Concejales. Que también desconoce el art.28 de la C.P. que garantiza el libre funcionamiento de los partidos políticos, sin ingerencia en su vida interna.

Concluye peticionando a la Junta Electoral, se declare la inconstitucionalidad del art. 78 de la Carta Orgánica municipal, impidiéndose de este modo la proclamación como concejal de Aldo Duzdevich, con expresa reserva del caso federal.

II.- Pasada que fue la presente acción a resolución de la Junta Electoral Provincial, la misma se

expide a fs.22, declarando su incompetencia con fundamento en que, tratándose el planteo de la acción autónoma de inconstitucionalidad prevista por el art.30 segundo párrafo y 170 inc.a) de la Constitución Provincial, resulta competente para entender en la misma en forma originaria y exclusiva el Tribunal Superior de Justicia.

Que a fs. 33/35 vta. solicitan el apartamiento de la causa el Señor Fiscal ante el Tribunal Superior de Justicia Dr. Alberto M. Tribug, y los vocales titulares, Dres. Fernando R. Macome, Arturo Ernesto González Taboada Marcelo j. Otharán y Rodolfo Gabriel Medrano. Integrado que fue el Tribunal a dichos fines con subrogantes legales, mediante R.I. 1420/96, se resolvió rechazar las excusaciones del Fiscal Tribug y de los Vocales Titulares, a excepción del apartamiento solicitado por el Dr. RODOLFO GABRIEL MEDRANO. ordenándose la integración del Tribunal Pleno con el Señor Defensor ante el Cuerpo, Dr. Alejandro Tomás Gavernet.

Firme dicha resolución, pasan las actuaciones en vista al Fiscal Tribug, quien se expide por la declaración de admisibilidad de la acción incoada. En concordancia con ello, el Tribunal mediante R.I. Nro. 1058/96 (fs.48vta.) declara su admisibilidad formal, dándose con posterioridad (fs.50) traslado de la acción a la Provincia y a la Municipalidad de Neuquén de conformidad con lo prescripto por el art. 5 -ap.5.4- de la ley 2130.

III.- A fs. 55/57 se presenta la Provincia representada por la Fiscalía de Estado, solicitando el rechazo de la demanda con costas. En tal orden de ideas, entiende, que tal como se encuentra planteado el caso, el

mismo no vulnera norma constitucional alguna. Que no se advierte la manifiesta incompatibilidad que debe existir entre la norma que se considera violatoria de la Constitución y la letra de ésta. Que a contrario, sólo se observa una discrepancia partidista, que no encuentra amparo en ninguna norma constitucional, lo cual solicita sea así expresado por el Tribunal.

Por su parte, a fs.61/67 - - - obra la contestación de la Municipalidad de Neuquén. En cumplimiento del imperativo procesal establecido por el art.48 de la Ley 1305 niega todos y cada uno de los hechos expuestos por el actor en su escrito de demanda que no sean objeto de expreso reconocimiento de su parte. Así, niega que la aplicación del art.78 de la Carta Orgánica sea inconstitucional, que viole las cláusulas constitucionales que invoca la parte, y que se vulnere la voluntad popular.

Expresa que si bien es cierto que el actor estaba incluido condicionalmente en la lista de candidatos a concejal por el Partido Justicialista para las elecciones celebradas el 8 de Octubre de 1995, no es menos cierto que la norma contenida en la Carta Orgánica era conocida por él al tiempo de celebrarse el comicio.

Que por otra parte el art.78 no resulta violatorio de la voluntad popular puesto que el ejercicio de la acción allí establecida es de público conocimiento para el electorado general, agregando que si un candidato tiene la envergadura suficiente para ser propuesto intendente, el mismo al no ser electo en tal candidatura puede ocupar el cargo de primer concejal, sin menoscabar las más profundas convicciones e ideas de los miembros de

su partido, ni la capacidad del concejal excluido como consecuencia del corrimiento.

Considera además que, tal situación realza y jerarquiza lo hasta allí logrado por un partido político, tratando de profundizar la actividad democrática a través de la excelencia en el Concejo Deliberante de la ciudad.

Sentado ello, expresa que estamos en presencia de una cuestión no justiciable con cita de jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia, en especial de la postura asumida por el Dr. Federico Rúa en oportunidad de expedirse sobre temas de esta índole. También cita en aval de su postura, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, observando, que entender en la cuestión planteada implicaría violar el principio de la división de poderes. Indica además, que si ello no fuera así, de todos modos la demanda debiera rechazarse efectuando una interpretación restrictiva del planteo y exigiendo que la violación constitucional deba probarse; sin costas, atento la naturaleza de la acción.

IV.- A fs.72/74 obra el dictámen del Señor Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda por considerar que el art.78 de la Carta Orgánica del municipio capitalino no viola la Constitución de la Provincia, evidenciando el planteo una mera disconformidad del actor al no haber podido acceder al cargo para el cual se postulara.

V.- Entrando en el tratamiento de la cuestión planteada, es dable observar, que cada vez que se solicita a este Cuerpo ser árbitro final de la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales provinciales, la tarea aparece ardua y compleja, ya que

como es sabido, la decisión que se adopte trasciende la esfera particular de quienes se encuentran involucrados directamente en el proceso para influir sobre la comunidad toda.

Es por ello, que dada la trascendencia de la cuestión, para decidir el presente partiré de examinar la legitimación del accionante como presupuesto procesal de orden público apreciable de oficio y con posterioridad, analizaré la defensa opuesta por el municipio demandado en cuanto sostiene que se trata de actos políticos no sujetos a control judicial; y despejados ellos, si correspondiere, me avocaré a analizar el tema constitucional propiamente dicho.

a) LEGITIMACIÓN: Entiendo que el accionante cuenta con dicha capacidad. Parto para ello, de considerar como lo ha expresado el Dr. Germán Bidart Campos, que "cada ciudadano elector que debe votar, tiene interés personal en que no se lo haga votar en mérito a normas inconstitucionales" (autor citado, "El ciudadano elector: un convidado de piedra" E.D. T.138 pág.341). Con igual criterio, agrego, tal premisa debe aplicarse, cuando se trata, como en el caso, de un ciudadano, que invoca su calidad de parte integrante del cuerpo de ciudadanos que fueron elegidos como representantes partidarios para presentarse en una contienda electoral y que puede, que en lo futuro quiera también representarla, para lo cual, deberá manejarse con canales de participación que también se ajusten a la Constitución. Y no resulta obstáculo a lo expuesto, que tal como lo observa el Fiscal Tribug, se encuentre subyacente un interés particular de este candidato a segundo concejal por el Partido

Justicialista; cuando, en la acción instaurada se observa que el cuestionamiento que efectúa, más allá de su interés personal, trasunta un cuestionamiento de la legalidad misma que este Cuerpo no puede dejar de evaluar, máxime, con el efecto hacia lo futuro que se le ha dado a esta acción (Ac.447/96 "Berbel" de este T.S.J.) que impediría, de detectarse alguna infracción constitucional que en venideras elecciones se repitiera.

El criterio de legitimación que postulo, se compadece, con el que surge de otros precedentes de este Tribunal, donde se aceptó, como partes en las causas judiciales en que se decidían cuestiones electorales, a los todos los protagonistas que intervienen en dichos procesos, esto es, a los ciudadanos que componen el Cuerpo Electoral - causas "Crocco" Ac.308/94, "Lopez" Ac.321/94, "Berbel" Ac.447/96-, a los partidos políticos -precedentes "PJ" Ac.161/96, - - -, y a los propios candidatos, como en el caso que nos ocupa -"Galia" Ac.161/96 y "FORSETTI" Ac.153/95-. Negar legitimación a unos o a otros, no cabe duda que importaría lesionar nuestro régimen democrático, y el propio art.43 de la Constitución Nacional reformada.

b) JUSTICIALIDAD DE LA CUESTIÓN PLANTEADA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CARTA ORGÁNICA MUNICIPAL:
Ambas cuestiones se encuentran íntimamente relacionadas.

Sobre todo el planteo materia de esta litis nos lleva a introducirnos en la cuestión relativa a si es posible la declaración de inconstitucionalidad de una Carta Orgánica Comunal.

Un exhaustivo estudio de la doctrina y jurisprudencia sobre el particular, da cuenta de la

ausencia de antecedentes, en mérito al encasillamiento que en forma recurrente efectúan los Tribunales como un capítulo relativo a las cuestiones políticas no justiciables sobre las cuales consideran no deben pronunciarse so pretexto de violar el principio constitucional de la división de poderes. Es por ello, que para resolver la cuestión, seguiré una vez más la línea de pensamiento expuesta por el Dr. Germán Bidart Campos y compartida -si bien con diversos matices, por autores de la talla de Linares Quintana, Julio Cueto Rúa y Frías-, y que consiste en preguntarse, si corresponde al Poder Judicial como guardián de la Constitución declarar la inconstitucionalidad, ya no de una ley, sino de una reforma a la Ley Fundamental de la Nación o de una Provincia.

En el caso que nos convoca, haremos extensivo el interrogante a la Carta Orgánica del Municipio, apelando al consabido adagio que indica, que "quien puede lo más puede lo menos".

Todos los autores citados al analizar la cuestión, distinguen según que la reforma constitucional haya producido una violación a las formas o procedimientos para llevarla a cabo, o bien, que afecte directamente aquellos principios sustanciales que constituyen las llamadas cláusulas inmodificables o pétreas. Ponen de resalto, que la Corte Nacional autoexcluye su competencia para el control de lo primero por considerar que se trata de una cuestión política no justiciable (Conf. Bianchi, "Control de Constitucionalidad" Edit. Depalma pág.332/333).

Más luego, sostienen, Germán Bidart Campos (Derecho Constitucional T.I pág.191), Segundo V.Linares

Quintana (Puede una Reforma de la Constitución ser Inconstitucional? LL 34-1153) Frías y Cueto Rúa (Derecho Público Provincial dirigido por Frías, Ed. Depalma pág.45/47) y autores contemporáneos como Eduardo Fernando Luna ("Poder constituyente y Reforma Constitucional en el Derecho Público Provincial" pág.575, en la obra "Derecho Público Provincial" Tomo I dirigida por Pérez Ghilhou), que toda reforma constitucional que se haga violando tanto los límites procedimentales como los sustanciales es inconstitucional, y así puede ser declarada judicialmente.

Coincido con tal vertiente de opinión, puesto que, en lo que toca a nuestro derecho público provincial, puede decirse, que no sólo la justicia puede declarar la inconstitucionalidad, sino que debe hacerlo si así correspondiere en virtud de la disposición expresa del art.30 de la C.P., que estatuye que "Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales". Agregando luego, en su segundo apartado, la sanción de caducidad de la norma inconstitucional cuando así sea declarada por este Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de su jurisdicción originaria; tal, el control jurisdiccional que hoy nos convoca.

En forma concordante con los postulados expuestos, este Tribunal Superior de Justicia ha efectuado el control constitucional de la Carta Orgánica del Municipio de San Martín de los Andes, si bien en ejercicio del control difuso, en la causa "Ministerio Fiscal s/ Investigación" del registro de la Secretaría Penal de fecha 10 de Marzo de 1995, con fundamento en el

citado artículo 30, y en el entendimiento de que las Cartas Orgánicas Municipales deben respetar la estructura de la pirámide jurídica kelseniana debiendo ajustar sus disposiciones a la Constitución Provincial y a la Constitución Nacional, habida cuenta del estado federal que rige en nuestra república, y el principio de supremacía constitucional.

En forma reciente, y ya en el marco del control concentrado de constitucionalidad, se ha expresado en forma coincidente a lo antes señalado que la Carta Orgánica Comunal, como síntesis de las vivencias y experiencias de una determinada sociedad que surge de una Convención Municipal que ejerce un poder constituyente derivado y de tercer grado, queda circunscripta a las previsiones de la Constitución nacional y provincial que la habilitan (conf. Acuerdo 447/96 "Berbel" con cita del Ac.381/96 "Convención constituyente de Senillosa s/ Denuncia Conflictos Internos Municipales").

Sin perjuicio de lo expuesto, en nuestro país, y sobre todo en el orden nacional, ha prevalecido la tesis de que las cuestiones relacionadas con el contenido de una enmienda constitucional son cuestiones políticas no justiciables. Así también las atinentes a las cuestiones de índole electoral. Tal, la defensa introducida por el municipio de Neuquén al contestar la demanda en cuanto a la naturaleza de las cuestiones aquí debatidas.

Sobre el tópico, yerra en mi concepto, la parte en endilgarle tal carácter a la presente cuestión. Y es que no debe confundirse el ejercicio de la jurisdicción para la revisión de la conveniencia o el acierto de las decisiones políticas, lo cual nos introduce en la zona de la no justicialidad, y que en el caso se traduce en el

hecho de que el criterio plasmado en la norma ha sido facultad privativa de la Convención Constituyente; con la materialización de ese criterio en una norma que luego se está cuestionando por inconstitucional.

Es este último motivo y no otro, el que moviliza la intervención de este Tribunal, y constituye cuestión suficiente para provocar su revisión judicial. Lo debatido en el sub-lite, no cabe duda, que es una cuestión eminentemente jurídica, pues ella se traduce en saber si el sistema electivo de concejales previsto por una cláusula de la Carta Orgánica es o no inconstitucional.

c) LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL: Adentrándonos en la cuestión a decidir, traeré a colación, que en el precedente "Berbel" ya citado (Acuerdo 447/96) donde ciudadanos domiciliados en la Provincia del Neuquén cuestionaron por inconstitucional los artículos 1 y 2 de la Ley 2129 aprobatoria de la Carta Orgánica de la ciudad de Neuquén, por considerar que los mismos enmendaban ilegítimamente el texto de misma; este Tribunal sentó determinadas bases o pautas para efectuar el ~~confronte~~ de las normas cuestionadas con la Constitución.

Y en este aspecto, se expresó, que este Cuerpo en virtud de la manda constitucional del art.167 debía confrontar la Carta Orgánica con la Constitución, asegurando que la primera respetara los principios que informan el texto constitucional provincial, o sea el sistema republicano representativo de gobierno (art.1), laicidad y democracia (art.3) y respeto de todos y cada uno de los derechos consagrados en la Primera Parte de la Constitución Local; agregándose que, asegurados tales

principios, la Convención Municipal, era libre de determinar los sistemas de gobierno y elección de autoridades, como así también la forma de reformar la Carta Comunal que le parezca más conveniente... (Ac.447/96) (el subrayado me pertenece).

Esta línea de pensamiento del Tribunal que con convicción integré oportunamente, y que hoy ratifico plenamente, tiene su génesis en el capítulo atinente al régimen municipal, y en especial en el art.204 inc.a) de la Constitución Provincial que establece que son atribuciones de los municipios, lo que hace a su propia organización legal y libre funcionamiento económico, administrativo y electoral.

Conforme a ello, la cuestión constitucional, en estos autos, se encuentra circunscripta a establecer, si ha de darse preeminencia a la manda contenida en el art.204 inc.a), o a aquéllas otras citadas por el accionante que hacen a la forma de elección de los concejales (art.186 segundo párrafo y conc.).

Para lograr tal cometido la pauta interpretativa a seguir será la sustentada por este Cuerpo, que en forma permanente se ha esforzado en efectuar una interpretación dinámica y a la vez conciliadora de Nuestra Carta Magna Provincial. Hermenéutica, que ha llevado a tener siempre presente que la declaración de inconstitucionalidad es siempre el último recurso al que debe apelarse en el mundo jurídico; un extremo, al que sólo puede llegarse cuando el esfuerzo interpretativo no logre coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la Constitución, con su articulado (Conf.G.Bidart Campos, "La interpretación y el control constitucionales" Edit.Ediar,

pág.209/210. También doctrina de este Tribunal Superior de Justicia, en autos, "Cifuentes" Ac.355/95, "Ministerio Fiscal s/ Investigación" del 10-03-95 del registro de la Secretaría Penal).

Porque la Constitución como conjunto de principios, valores y normas debe interpretarse tratando de lograr su coordinación de modo tal que en su aplicación al caso concreto todos queden con validez plena, porque es así como se preserva el orden público constitucional. Y en lo que toca al caso bajo estudio, no cabe efectuar el confronto de la norma con la Constitución ateniéndonos a su exégesis literal, porque si así lo hiciéramos, violaríamos otro capítulo de la Constitución que contiene también normas valores y principios; cual es, el de la autonomía municipal.

Es que como nos enseña el maestro Germán Bidart Campos, la interpretación debe efectuarse no "con" la Constitución, sino "desde" la Constitución, porque ello facilita el descendimiento hacia las normas infraconstitucionales por un riel que las adecue a ella, y simultáneamente a las circunstancias históricas y propias del caso, pues ello terminará por depararle una solución objetivamente justa (conf. E.D. T°157, pág.592).

Los valores a respetar en nuestra Constitución, en lo que aquí nos convoca, son a la vez la voluntad popular, la autonomía municipal, el sistema republicano representativo de gobierno y su parte dogmática, todos en el mismo pie de igualdad.

Es por este motivo, que en el precedente "Berbel", se expresó que la Convención municipal era libre para establecer la forma de elección de sus

autoridades, porque de ese modo se preserva la voluntad popular plasmada en la Constitución de la ciudad y la propia autonomía municipal, hoy reconocida, por el art.123 de la Constitución Nacional. No nos olvidemos que las Cartas Orgánicas constituyen el instrumento legal a través del cual la comunidad local tiene efectiva participación para definir por medio de sus representantes surgidos de la máxima expresión popular que es el voto, QUE MUNICIPIO QUIERE, partiendo de la base de la experiencia de las deficiencias del MUNICIPIO QUE TIENE, induciendo de ese modo a las futuras generaciones a la concreción de los objetivos buscados que quedan expresamente plasmados en la CARTA MUNICIPAL (Conf.Ac. "Ministerio Fiscal" con cita de Mooney-Brugge, su obra, "Derecho Municipal Argentino" pág.313 y sgtes., del voto del Dr. Massei).

Constituyen a nivel de la comunidad local, lo que la Constitución lo es a los distintos estados provinciales y a la unión de todos ellos con el Gobierno Federal, porque estructuran la vida comunitaria y el gobierno de la misma, exponiendo los lineamientos básicos que traducen, en términos jurídicos, lo que la sociedad quiere y pretende de su gobierno local y de la convivencia social (del citado precedente "BERBEL").

En este marco, y siendo soberanos los municipios para establecer el sistema de elección de las autoridades, lo que cabe observar es si dicho sistema, el previsto por el art.78 de la Carta Orgánica neuquina, desconoce el sistema republicano representativo de gobierno, la democracia, o la parte dogmática de la Constitución Provincial.

La cláusula de mentas dice así: "Los candidatos a intendente municipal no electos, de las listas oficializadas que obtuvieran cargos de concejales, tendrán opción a encabezar la nómina de concejales electos, produciendo un corrimiento hacia abajo en el orden original" (Título II Capítulo Unico. Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Neuquén).

Luego, y a fin de dilucidar el tópico partiré del análisis del articulado de la Constitución, y el alcance que tienen los mismos en el derecho constitucional.

El art.1 de la C.P. establece que "la Provincia del Neuquén, como Estado autónomo e inseparable de la Nación argentina, organiza su gobierno bajo el sistema republicano representativo...", y en el art.3 dice que "Neuquén es una provincia indivisible, laica democrática y social. La soberanía reside en el pueblo, quien no gobierna sino a través de sus representantes con arreglo a esta Constitución..."

Como es sabido, el término "república" desde el punto de vista etimológico está compuesto de dos partes, "res pública", o sea, "cosa pública", es decir lo atinente a la comunidad. Y desde el punto de vista constitucional, la república como forma de gobierno engloba el concepto de democracia, puesto que "la República es la comunidad política organizada sobre la base de la libertad y la igualdad de todos los hombres, donde el gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo, y responsable ante el pueblo de su administración. A ese concepto, en las dimensiones jurídicas de las constituciones argentina y norteamericana, hay que agregarle la existencia necesaria de tres poderes constituidos de gobierno que, separados

pero equilibrados, ejercen la función ejecutiva, legislativa y judicial (Romero, Cesar Enrique "Derecho Constitucional" Edit. Zavallia Editor pág.170).

Este concepto, que resume los caracteres de la república supone la base democrática del poder, la libertad y la igualdad, la periodicidad de las funciones, la responsabilidad de los actos de gobierno y la existencia de la división de poderes.

En base a tales premisas entiendo que el artículo bajo estudio no viola el sistema republicano representativo, ni la democracia como sistema de participación, ni los derechos consagrados en la parte dogmática de nuestra Constitución.

Y digo ello, en mérito al carácter eminentemente instrumental de los sistemas electivos, pues ya sean éstos directos o indirectos, todos preservan el sistema democrático y son compatibles con la noción de república antes descripta. De hecho, la realidad nos demuestra que una misma Constitución ya sea nacional o provincial puede establecer una determinada forma de elección para presidente o gobernador y otra distinta para los cuerpos colegiados. Y es en este marco, que se le dio libertad en el precedente "Berbel" a la Convención para que dispusiera la forma de elección de autoridades que considerara mas acorde a estos tiempos.

Cabe traer a colación sobre el particular, que justamente prestigiosos constitucionalistas que han efectuado estudios exhaustivos de los diversos regímenes electorales, como el Dr. Fayt, han puesto de resalto, que en la práctica, ninguno de los sistemas de por sí, constituyen garantía de buen gobierno. Nos enseña, que la

instrumentación funcional de los sistemas electorales, es tributaria de circunstancias históricas concretas y no valen, sino en la medida de que se tenga en cuenta su carácter relativo (Conf. Cesar E. Romero "Derecho Constitucional" Edit. Zavallia Edit. pág.241 con cita de Linares Quintana). Es por ello que no puede afirmarse "a pie juntillas", que un sistema sea mejor que otro, porque son contingentes y adecuados a los contornos sociales e históricos de cada tiempo y lugar. Su relatividad es manifiesta (op.cit.ant.).

Si esto es así, como sostengo que es, lo que debe exigirse, es el mínimo referido a que el sistema de elección que la Carta Orgánica establezca, comporte una real expresión de la voluntad democrática. Y este extremo no cabe duda se encuentra respetado en la norma.

Justamente, en el marco de un determinado momento histórico, la Convención Municipal, en representación del pueblo de la ciudad de Neuquén, consideró como más adecuado este sistema, que tiene como antecedente inmediato el art.149 bis de la ley 165, y cuyos fundamentos (que surgen del proyecto de ley 2029) tienen que ver con la idoneidad y consenso de los candidatos a intendentes de las listas oficializadas de los partidos políticos, y a la reconocida trayectoria con que cuentan en el seno de cada fracción política y de la comunidad a la que pertenecen.

Relacionado con esto, se encuentra la violación a la parte dogmática de la Constitución, en concreto al art.12. Entiende el actor menoscabado el derecho a la igualdad ante la ley. Tal infracción, a mi modo de ver, no se advierte configurada, desde que, tanto los

candidatos a concejales como los candidatos a intendente se encuentran en un mismo pie de igualdad para formar parte del Cuerpo Deliberativo. Lejos de discriminar, la norma iguala a iguales en igualdad de circunstancias. Desigual sería impedir al candidato a intendente ser primer concejal, puesto que su capacidad de conducción, su conocimiento de la realidad del municipio y su representatividad dentro del partido que lo propone, no cabe duda, que como mínimo, es igual a la de los propuestos concejales.

Luego, ensamblando en forma armónica los diferentes capítulos de nuestra Carta Magna que han sido analizados, he de concluir diciendo que, siendo soberanos los municipios para establecer los sistemas de gobierno y elección de las autoridades, y no observando que el método de elección previsto por el art.78 viole los postulados básicos de nuestra Constitución, no cabe otra solución que pronunciarse por su constitucionalidad.

Ahora bien, pronunciándome del modo en que lo vengo haciendo, como juzgador, y apelando siempre al sistema de valoraciones que contiene la Carta Magna Provincial, me preocuparía, que por dar preeminencia, como he dado en el presente, a la voluntad popular plasmada en la Carta Orgánica del Municipio de Neuquén que ha introducido una innovación en cuanto al modo de elección de concejales (a mi modo de ver adecuada a los tiempos); se violara, tal como lo resalta el accionante, la voluntad popular plasmada en cada comicio, ante la confusión que pueda traer aparejada la norma.

Empero, tal inquietud que he meditado, si bien es lícita, no conmueve la decisión que vengo postulando, por

considerar que ella, más que una transgresión constitucional comporta una dificultad propia del sistema, de orden eminentemente instrumental y perfectamente subsanable por la autoridades competentes, con una debida difusión en el momento oportuno.

Relacionado con lo anterior, se encuentra la lesión a la igualdad ante la ley, y nuevamente la violación a la voluntad del electorado que entiende ocasiona el mismo, en mérito a que deja librado tanto la suerte del electorado como de los candidatos a concejales, al ejercicio de una opción que puede ser efectuada o no por el candidato a intendente, y lo que es peor aún, sin solución de continuidad, puesto que la norma no establece el plazo en que la misma debe ser ejercida.

Entiendo al respecto, que nuevamente nos encontramos ante una cuestión instrumental que bien puede resultar subsanada por la autoridad competente. Perfectamente, la presunta confusión que podría presentarse tanto para el electorado como para los demás candidatos, podría salvarse por ejemplo ~~acotando~~ el ejercicio de la opción al tiempo de la oficialización de los candidatos por parte del juez electoral, de modo tal que en las boletas aparezca, quien ejerció la opción, como candidato a intendente y a la vez como primer concejal de su partido.

Las presentes posibles soluciones que serán materia de evaluación de la autoridad de aplicación tienden a ajustar la cláusula del art.78 a la realidad práctica. Y es que, tal como sucede con muchos de los artículos de la Constitución Provincial y también de la Federal, si bien los mismos son directamente operativos,

a veces, a los fines de su instrumentación práctica, deben necesariamente ser "aggiornados" por reglamentaciones, que no alteren su espíritu. Esto es, ni más ni menos lo que sucede en la especie.

VI.- Las consideraciones de mérito expuestas, me llevan a propiciar al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada, sin costas, en atención a que el accionante pudo haberse creído con derecho a plantear la cuestión, y a la expresa solicitud en tal sentido efectuada por la Municipalidad de Neuquén al contestar el traslado de la acción (art.11 Ley 2130 y 68 2ª parte del C.P.C. y C.).

Propongo asimismo que dada la trascendencia institucional del tema que aquí se resuelve, y la naturaleza electoral del mismo, firme que se encuentre el presente Acuerdo, se de noticia al Señor Juez Electoral de Neuquén de la decisión, remitiéndole la pertinente copia. TAL MI VOTO.-

El señor Vocal **Doctor FERNANDO R. MACOME**, dijo: Comparto el criterio expuesto por el señor Vocal preopinante y por sus mismos fundamentos emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.-

El señor Vocal **Doctor MARCELO J. OTHARAN**, dijo: Comparto el bien fundado voto emitido por el Doctor Armando Luis Vidal, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

El señor Vocal **Doctor ARTURO E. GONZALEZ TABOADA**, dijo: Por compartir los fundamentos vertidos por el Doctor Armando Luis Vidal en su voto, adhiero al mismo. MI VOTO.

El señor Vocal Subrogante **Doctor ALEJANDRO T. GAVERNET**, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada

h

BIBLIOTECA

por el Doctor Armando Luis Vidal por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.-

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad Fiscal, por unanimidad, **SE RESUELVE:**
1º) RECHAZAR EN TODAS SUS PARTES la demanda de inconstitucionalidad instaurada. 2º) Sin Costas (art. 68 2da. parte del C.P.C. y C. y 11 de la Ley 2130). 3º) Regístrese, notifíquese, comuníquese al señor Juez Electoral de Neuquén, remitiéndole la pertinente copia y oportunamente archívense.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaria, que certifica.

Dr. FERNANDO R. MACOME
Presidente Subrogante

Dr. ARTURO E. GONZALEZ TABOADA
Vocal

Dr. MARCELO J. OTHARAN
Vocal

Dr. ARMANDO LUIS VIDAL
Vocal

Dr. ALEJANDRO J. GAVERNET
Vocal Subrogante

Dra. ANA CLAUDIA PARODI
Secretaria

