

SENTENCIA DEFINITIVA Nº 142/18.-

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 10 días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, reunidos los señores jueces de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y la actuario para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos Nº 1315/18 provenientes del Juzgado Electoral del Distrito Judicial Sur, caratulados **“INCIDENTE DE APELACIÓN EN: LÓPEZ ENTABLE LAURA CRISTINA Y OTRAS C/ CONCEJO DELIBERANTE DE USHUAIA S/ AMPARO”**, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el Nº 8714/18 se certifica que se llegó al acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (conf. art. 47.2 CPCC):

Y CONSIDERANDO:

1º.- El juez Francisco Justo de la TORRE dijo:

I.- El señor juez de primera instancia del Juzgado Electoral a fs. 352/367vta. hizo lugar a la acción de amparo instaurada y declaró la nulidad del tratamiento parlamentario conferido por el Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia a los proyectos Nº 924, 925, 928 y 1056 del año 2017, de conformidad a los arts. 16, 37, 75 inc. 22 y 23 de la CN.

Por otro lado, dispuso el reenvío al Concejo para que, dentro de los estándares jurídicos explicitados en la sentencia, adopte las medidas necesarias para reparar la violación de los derechos de incidencia colectiva en juego.

Al mismo tiempo, descartó la declaración de inconstitucionalidad del art. 219 de la Carta Orgánica Municipal incoada por las actoras (art. 31 CN).

II.- Contra dicha resolución comparece el Sr. Gastón Ayala en su carácter de vicepresidente a cargo de la Presidencia del Concejo Deliberante de Ushuaia, con el patrocinio letrado del doctor Gonzalo Javier García, e interpone recurso de apelación (fs. 375/378).

Se agravia del fallo de grado toda vez que aduce que contraviene el principio de congruencia, el principio dispositivo y el *thema decidendum* planteado. Asimismo, se afrenta de que desconoce la judicialidad del caso y omite efectuar el control de constitucionalidad que le compete, inobservando las reglas de la sana crítica.

Esgrime que resulta imposible sancionar una normativa como la postulada

por el sentenciante de mantenerse vigente el art. 219 *in fine* de la carta orgánica municipal, de manera que debería anularse o declararse inconstitucional a dicha norma, cuestión que le compete al Poder Judicial y no al Concejo. Así, mientras el art. 217 *in fine* continúe estableciendo la elección a través del sistema de preferencias, el Concejo no posee competencia ni facultades para alterar el ordenamiento legal impuesto, siquiera por vía de una reglamentación tal como erróneamente lo sostiene la sentencia dictada.

Sostiene que no resulta aplicable el precedente de “Badaro” de la CSJN, en tanto en dicha oportunidad previo a conminarse al Poder Legislativo para que sancione una norma, el Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de otra norma. El fallo atacado, se limita a nulificar el procedimiento interno para el tratamiento de los proyectos pero omite declarar la inconstitucionalidad de ordenanza alguna.

Esboza que el sistema no es aplicado por dicho órgano legisferante sino por el Tribunal Electoral en oportunidad de ratificar a quienes han sido electos, lo que así sucedió sin que se cuestione jamás en una situación concreta.

Entiende, además, que la decisión adoptada es contradictoria porque nulifica el tratamiento parlamentario pero indica que ello debe subsanarse tratando esos proyectos u otros que se presenten, de modo que, si el trámite es nulo, deberían tratarse sólo los que fueron propuestos.

Sostiene que de no indicarse cual sería la norma que violenta el orden constitucional, el Poder Judicial no puede inmiscuirse en decisiones políticas, como el tratamiento o no de un proyecto político y surge el interrogante de por qué los concejales debieran apartarse de lo establecido por el convencional constituyente.

Aduce que la sesión del 14 de diciembre de 2017 no había terminado cuando las amparistas se retiraron.

Se agravia de que el sentenciante cuestione que el dictamen no posee siete firmas cuando ello no resulta necesario pues sólo se requiere que el mismo reúna el quorum suficiente, lo que sucede con el dictamen de la mayoría.

Se ofende de la consideración del magistrado acerca del “cambio abrupto” de postura por parte de los concejales toda vez que no resulta cuestionable y menos una cuestión judicial, invadiéndose groseramente el ámbito de decisión política de los concejales. Remarca que la labor legislativa durante el proceso de creación de una norma se encuentra exenta de control judicial.

III.- Corrido el correspondiente traslado de ley a fs. 381, el mismo es evacuado en presentación que obra a fs. 384/400, a cuyos expresos términos me remito, previa lectura atenta y no habré de transcribir en honor a la brevedad.

IV.I.- A fs. 422 obra Oficio N° 351/18 J.E.P., de fecha 04/07/18, mediante el cual, el titular del Juzgado Electoral pone en conocimiento de esta Alzada, el escrito arrimado por las accionantes en el que manifiestan la presentación de un proyecto de ordenanza que declara la necesidad de modificar parcialmente la Carta Orgánica Municipal de Ushuaia y el incumplimiento de la sentencia de grado. En la misma oportunidad, se remiten copias certificadas del mismo, que se encuentran incorporadas a fs. 417/420 del presente incidente, conforme se ordena en providencia de fs. 423.

IV.II.- Encontrándose los autos a despacho para resolver, a fs. 455, el Superior Tribunal de Justicia remite la presentación efectuada por el Concejo Deliberante mediante la cual se denuncia convocatoria a Convención Constituyente, presentación que luce agregada a fs. 425/454, a tenor del despacho obrante a fs. 456.

IV.III.- A fs. 457/474, se presenta Dalile Antúnez la apoderada de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) con el patrocinio letrado de Juan Pablo Correa, en calidad de “Amicus Curiae”, presentación que es agregada y se tiene presente en proveído de fs. 475.

V.- Previo a abordar el tratamiento de la cuestión que habilitó la competencia de este Tribunal de Alzada, corresponde me expida en referencia a la presentación de fs. 457/474.

El instituto del “amicus curiae” no se halla regulado en el ámbito local, no obstante lo cual, frente a la necesidad de expedirme a su respecto, adelanto mi postura favorable a la admisión de la presentación en cuestión, en tanto, por un lado, tal práctica encuentra respaldo en el ámbito nacional e internacional; y, por el otro, porque se verifican en el *sub examine* los recaudos mínimos que viabilizan dicha colaboración. En efecto, en cuanto al primer aspecto que señalé, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé en su art. 62.3 tal figura en cuanto a su actividad consultiva (efectivizada por vez primera en la OC 5/85), práctica que se ha extendido a su facultad

jurisdiccional (v.gr.: sentencias dictadas en casos “Velásquez Rodríguez” y “Godínez Cruz” (<http://www.cajpe.org.pe/guia/amicus.htm>). También la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN) contempla disposiciones como el art. 44, que han sido fuente interpretativa de aceptación del instituto. Ya en el ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Acordada Nro. 28/2004 autorizó la intervención del “amicus curiae” en causas que posean trascendencia institucional o resulten de interés público, aunque sin ostentar calidad de parte ni devengar su intervención costas ni honorarios judiciales, y sin que sus opiniones o sugerencias sean vinculantes para el Tribunal. También ha recibido acogida el instituto en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (art. 22º ley 402 de Procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia). Respecto al segundo motivo para propiciar la solución favorable al agregado de tal opinión, señalo que considero cumplimentados los recaudos mínimos para admitir la presentación en estudio, en tanto el tópico sobre el que transita la presente acción excede el interés individual, y reviste indiscutible la trascendencia social; asimismo, la asociación, logra acreditar legítimo y fundado interés en el tema que se debate, íntimamente arraigado con los derechos humanos y la vigencia efectiva del sistema democrático con su inevitable arista republicana. Tales razones, sumadas a las explicitadas por la solicitante, me inclinan -aunque con las restricciones indicadas en cuanto al carácter de la intervención (sin que revistan calidad de parte, ni resulten vinculantes sus opiniones, ni generen costas ni honorarios)- a admitir la presentación en examen¹.

VI.- Despejada la cuestión atinente al novedoso instituto tratado, he de referir que, en orden a la cuestión traída a conocimiento soy de opinión que corresponde revocar el decisorio apelado, porque no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 256:101; 258:15; 261:263; entre otros).

Cabe recordar que, los jueces no están obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios invocados por las partes, sino sólo respecto de aquellos que resulten conducentes a la solución del caso².

A tal fin debe ponderarse como extremo conducente, aquél pertinente, útil,

1

Cfrme. lo expuse en los autos Nro. 4127/05 “WORMAN Guillermo Pablo s/ AMPARO POR MORA”, SI nro. 37 07, del 27 de febrero de 2.007.-

2

Fallos 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; entre otros.

que incide con suficiente importancia en el curso de la litis, siendo su prueba necesaria porque dependiza la verificación y convicción que el juez puede alcanzar³.

VII.- Del estudio de los antecedentes que delimitan la controversia surge que las accionantes instaron la acción, por considerar lesionado el mandato de paridad en el acceso a cargos electivos. En concreto, entendieron que debía garantizarse el acceso efectivo y no la mera posibilidad de ser elegidas.

En este sentido, enrostran al cuerpo deliberativo haber restringido hasta el presente, por acción y omisión el mandato de paridad para la ocupación de cargos electivos. En prieta síntesis, la conducta que reprochan se refiere por un lado, al tratamiento parlamentario de los proyectos legislativos referentes al cupo femenino; y por otro, a la ausencia de la garantía de paridad en la legislación electoral, propiciando la modificación de la ordenanza electoral vigente y que, de interpretarse que una reforma que garantice la representación igualitaria colisione con lo previsto en el art. 219 in fine de la COM, se declare su inconstitucionalidad.

VII.I.- Ello sentado, cuadra abordar en primer término el agravio de la demandada referido a la falta de consideración del magistrado acerca del impedimento previsto en el sistema electoral vigente de la Carta Orgánica Municipal para acceder al progreso de la acción en los términos solicitados por las recurrentes.

En tal cometido, procede referir que la CSJN ha dicho reiteradamente que el primer método de interpretación al que debe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley (324:2780; 326:756; 326:1778 y 326:4530) y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la norma, y ello es así pues no cabe apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podrá arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto (313:1007; 324:1740; 324:2885 y 325:3229). Asimismo, que es misión de los jueces 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 (cf. Fallos 304:1007; 305:538; 308:1745 y 312:2010); y que en la interpretación de la ley debe darse pleno efecto a la finalidad que el legislador tuvo en mira al sancionarla (cf. Fallos 310:195; 311:193; 312:111; 1614; 1849 y 1913; 316:27; 1927 y 2390; 319:68 y Fallos CNE 3319/04 y 3692/06).

Desde tal perspectiva interpretativa cabe atender que, la Carta Orgánica Municipal establece: *“ORDENANZA ELECTORAL ARTÍCULO 217.- Se dicta una Ordenanza Electoral que debe ajustarse a las siguientes pautas: 1. Voto secreto, universal, personal y obligatorio; 2. Escrutinio público inmediato en cada mesa; 3. Representación efectivamente proporcional para los cuerpos colegiados, debiendo ser electos sus miembros titulares y suplentes mediante sistema de preferencia; 4. Se sufraga por boleta separada; 5. Se garantiza el derecho electoral de los ciudadanos extranjeros en la forma y condiciones establecidas por esta Carta Orgánica y las ordenanzas pertinentes.-*

MÁXIMA PROPORCIÓN POR GÉNERO ARTICULO 218.- Las listas de candidatos titulares y suplentes a concejales y convencionales constituyentes, deben incluir el CINCUENTA (50%) por ciento de cada sexo. A los efectos de lo prescripto precedentemente deben alternarse de a uno por sexo. Cuando el número resulte impar, la última candidatura puede ser cubierta indistintamente. No será oficializada ninguna lista que no cumpla este requisitos de cupos.-

ARTÍCULO 219.- El resultado electoral, tras el escrutinio definitivo en las elecciones de Concejales y Convencionales Constituyentes, es patrimonio inalterable de la Comunidad. Los sistemas de ponderación de listas por parte del electorado, que pueden modificar el orden de las candidaturas, definen la conformación de los cuerpos. El requisito del artículo anterior no habilita discusión respecto a la integración final que resulte en los órganos deliberativos” (énfasis añadido).

Expuesto lo anterior, he de coincidir con la recurrente acerca de que el núcleo del asunto se circunscribe a la vigencia del sistema de preferencias instaurado en el inciso tercero del art. 217 de la Carta Orgánica Municipal y su ratificación prevista en el art. 219 del mismo cuerpo normativo. En efecto, a mi modo de ver, el escollo tiene raíces en el mismo sistema diseñado en la Carta Orgánica Municipal, pues la claridad que dimana de sus prescripciones permite sin mayor esfuerzo colegir que la norma, de rango supra legal -que no podría ser alterada por una norma reglamentaria, tal como lo postularon las accionantes- si bien garantiza la paridad en la conformación de las listas

eleccionarias, esto es, en lo que atañe a las candidaturas (art. 218), no lo hace, en lo que respecta a su efectiva conformación, pues no impone un mínimo de mujeres y establece la posibilidad de que el elector pueda modificar el orden de dichas candidaturas para definir la efectiva conformación de los cuerpos. Al punto que explicita que el requisito de la paridad de las listas no habilita discusión respecto de la integración final que resulte en los órganos deliberativos (arts. 217, 219).

Es decir, el convencional constituyente instauró en la Carta Orgánica Municipal el sistema de preferencias que garantiza la participación igualitaria de mujeres y hombres **pero queda en manos del electorado la efectiva integración, quien además puede alterar el orden de las candidaturas para definir la efectiva ocupación de las bancas, no siendo pasible de discusión el resultado de la conformación.**

En tales condiciones, a mí modo de ver el texto de la norma es claro en cuanto efectiviza las acciones positivas previstas en el art. 37 de la CN con el objeto de asegurar la paridad real de oportunidades entre varones y mujeres (cfrme. artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional) para el acceso a cargos electivos, estableciendo un porcentaje igualitario de ambos sexos en la integración de las listas. Luego, naturalmente, es el electorado quien define la conformación.

Lo expuesto revela que el sistema -cuya oportunidad, mérito y conveniencia es ajeno a la inspección judicial- está articulado teniendo como **finalidad última y suprema, resguardar la manifestación segura e indubitable de la voluntad del elector**⁴.

De manera que, el déficit de mujeres en las bancas del cuerpo deliberativo no resulta manifiestamente arbitrario o ilegal desde que *prima facie* se encuentra ajustado a lo previsto en la Carta Orgánica Municipal, y es consecuencia directa del sufragio popular.

Por ello, según mi parecer, no es posible acceder a la pretensión de las recurrentes sin menoscabar un principio cardinal en que se asienta nuestra Carta Magna, esto es, la soberanía del pueblo y la expresión de su voluntad que se encuentra claramente comprometida en el caso pues, la nota esencial del régimen representativo es la expresión de la voluntad soberana de los electores que contribuye a determinar la composición de los órganos de Estado (preámbulos de las constituciones nacional y provincial). Es que, “...**en el**

4

cf. Fallos C.N.E. 2321/97 y 3196/03

sistema representativo de gobierno consagrado por los arts. 1º y 22 de la Ley Fundamental, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía, y el modo de ponerla en ejercicio es el voto de los ciudadanos a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación (Fallos: t. 168, p. 130)”⁵. Pues no es posible confiar a otro Poder la decisión última de las elecciones del pueblo, porque es justamente el Congreso el Poder que mejor representa la soberanía popular (González, J., "Manual..." cit., p. 319)⁶.

Tampoco podría predicarse la inconstitucionalidad del art. 219 de la Carta Orgánica Municipal, desde que la ausencia actual de mujeres en las bancas del Cuerpo Deliberativo local, responde a la auténtica manifestación de la voluntad del electorado, pues como se dijera más arriba, el sistema vigente garantiza la participación igualitaria entre hombres y mujeres, satisfaciendo con la inclusión de ambos sexos en el modo previsto en el art. 218 COM, la igualdad real de oportunidades a que refiere el art. 37 de la CN (en conformidad a la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Civil de Derechos Políticos y la Convención contra toda forma de discriminación contra la mujer) entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos, pero la efectiva conformación del cuerpo deliberativo es definida por el sufragio de la ciudadanía, depositado en las urnas.

Ello así, la ausencia de mujeres en calidad de concejales no es un elemento determinante para juzgar la ortodoxia constitucional de una norma, pues en el marco de un proceso electoral son los ciudadanos los que elijen con su sufragio a los que nos representarán en el órgano deliberativo, y el sistema de preferencias que ha adoptado el convencional municipal no vulnera la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos electivos (art. 37 CN). Antes bien, se advierte que ha tratado de garantizar normativamente la más absoluta libre expresión de la voluntad del electorado al brindarle la posibilidad de expresar sus preferencias electorales (art. 23 CADH), y el art. 218 COM asegura el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en el marco de un proceso electoral que, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía y el modo de ponerla en ejercicio es el voto de los ciudadanos a

5

Fallos 312:2192. Del voto del doctor Belluscio.

6

330:3160

efectos de constituir directa o indirectamente a las personas que han de desempeñar funciones públicas⁷. **De ello se sigue que, el juez no puede a través de un acto de gobierno judicial establecer una composición igualitaria del Concejo Deliberante de varones y mujeres, con desconocimiento al debido resguardo de la soberanía del pueblo y el respeto irrestricto a la expresión de su voluntad.** Por el contrario, es al convencional constituyente municipal de manera exclusiva y excluyente al que le cabe la atribución (y no la mera facultad) de elegir el sistema electoral que mejor instrumente los arts. 37 CN, 23 CADH y 218 COM.

Además, no debe perderse de vista que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerada la última ratio del orden jurídico⁸ y que **no corresponde declarar la invalidez de una norma a causa de contingencias atinentes a su cumplimiento** pues, el análisis de razonabilidad de las leyes sólo puede llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones de ellas. **Efectuar tal examen sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas**⁹ (énfasis añadido).

En este marco, el debate sobre la constitucionalidad de la norma de modo alguno puede llevarse a cabo sobre la base de resultados electorales meramente coyunturales en la medida que las preferencias del electorado son fluctuantes, cambiantes y esencialmente inestables.

Desde otro vértice, debe tenerse presente que La Constitución Nacional (art. 37) garantiza el pleno ejercicio derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a votar sin restricciones indebidas. Al tiempo, que el inc. B del art. 23 de la CADH consagra para **todos** los ciudadanos el derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice **la libre expresión de la voluntad de los electores**. Asimismo, el derecho a **tener acceso** -y no a acceder-, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En tales condiciones, de acuerdo al sistema previsto en la Carta Orgánica

7

CSJN “ Bussi, Antonio D. v. Estado Nacional • 13/07/2007.Cita Online: 70038267.

8

Fallos 260:153; 264:364; 286:76; 288:326; 294:383; entre otros.-

9

Fallos 288:325; entre otros.-

Municipal el trato preferencial en los términos pretendidos por las recurrentes, comporta una lesión a la libertad del sufragante, pues equivale tanto como a sustituir a los representantes elegidos por el voto popular por representantes del sector.

De manera que, no cabe más que respetar la voluntad del electorado, lo que se traduce en preservar la inalterabilidad del sufragio, tanto en su fase cualitativa como cuantitativa¹⁰.

VII.II.- Por lo demás, el Poder Judicial es ajeno al trámite de formación y sanción de las leyes, pues la función legisferante es la más trascendental y característica que corresponde al Poder Legislativo, de manera que la formación y sanción de la ley revisten naturaleza de una cuestión política, en principio, exenta de la inspección judicial, que sólo ha de ceder en aquéllos casos en los que se encuentren ausentes los mínimos requisitos que condicionan su validez, situación que, desde ya, no advierto configurada en autos.

Así lo ha entendido reiteradamente la CSJN, al decir *“Que, de conformidad con la doctrina de los precedentes de esta Corte, las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzan como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales (Fallos: 53:420; 141:271; 143:131; 210:855 -Rev. LA LEY, 51-27, Fallo 24.690-). 2. Que tal solución reconoce fundamento en la exigencia institucional de preservar la separación de los poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica. 3. Que reconocida, pues, la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión justiciable la consistente en el modo en que aquél cumplió las prescripciones constitucionales atinentes al punto mencionado en el consid. 1°. Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.”* (énfasis añadido).

En tales condiciones, las irregularidades que se esgrimen y que refieren al dictamen interno de la Comisión Permanente de Legislación e Interpretación y su aprobación por la mayoría del cuerpo deliberativo, a mí modo de ver no se traducen en una violación a los requisitos estructurales o sustanciales que condicionan -en el caso- el rechazo de los proyectos y el pase a archivo. Así, el

10

cambio de opinión de los integrantes de la comisión, “votar la reconsideración a espaldas de las afectadas”, la falta de transcripción de los fundamentos de la minoría y de notificación a las firmantes de los proyectos o el controvertido vicio consistente en la falta de firma de todos los concejales, etc., carecen de aptitud para modificar el dato incontrastable de que, la voluntad final del cuerpo, por mayoría (ver versión taquigráfica, especialmente fs. 316/317), votó por el rechazo y el pase a archivo de los proyectos en ciernes.

VII.III.- A modo de corolario, entiendo que resulta plenamente aplicable la consolidada doctrina que dimana de la Corte Suprema -conforme a inveterada jurisprudencia- con arreglo a la cual “... **siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno**”
11.(Lo subrayado añadido me pertenece).

VIII.- Por todas las razones vertidas, entiendo que corresponde en primer orden admitir la presentación de fs. 457/474. En cuanto al asunto traído a revisión, cabe admitir el recurso de apelación en lo que fuera materia de agravios, revocar el decisorio de grado y disponer el rechazo de la acción interpuesta, con costas a la vencida.

Así voto.

2º.- La jueza Josefa Haydé MARTIN dijo:

I.- Analizados los fundamentos de la impecable construcción jurídica que efectuó nuestro colega de Sala -juez de la Torre-, coincidimos con la solución propuesta.

II.- Debido a la relevancia institucional y social del tema sobre el cual nos cabe la tarea de revisión, resulta oportuno efectuar una reflexión.

Sin dudas el cambio del paradigma de una cultura patriarcal de

subordinación del género femenino, ha dado como fruto una serie de conquistas de índole política y social, al lograr la inserción y participación de las féminas en el acceso al poder y la toma de decisiones que hacen al gobierno.

La doctora Carmen María Argibay dijo: ***"hacer efectivos los derechos de las mujeres implica desandar el camino para poder detectar las desigualdades estructurales que han llevado a naturalizar la jerarquía entre los sexos"***.

Si desandamos el camino en materia política, la cuestión de representatividad del colectivo femenino, se inició con la ley 24012 - año 1991-, que estableció un cupo de mujeres no inferior al 30% en las listas de candidatos para cargos electivos como condición para su oficialización.

Luego la Reforma Constitucional del año 1994, reforzó este sendero en el segundo párrafo del art. 37 que establece: ***"La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral"***.

[...]Las normas que establecen cuotas se consideran medidas correctoras tendientes a lograr una mayor democratización de la sociedad mediante la ampliación de márgenes de representación, modificando la composición de los órganos de gobierno y garantizando, por lo tanto, el derecho de las mujeres a ser sus representantes"¹².

En una versión aún más favorable a la igualdad de oportunidades, la previsión del artículo 218 de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Ushuaia, establece la inclusión de candidatos titulares y suplentes a concejales y convencionales constituyentes, en igual proporción -50%- de cada sexo.

Pero no debemos soslayar que el titular de la prerrogativa para permitir el acceso a los cargos electivos, es el sufragante.

Y a tal punto se consagra esta facultad soberana, que el artículo 217 de la Carta Orgánica Municipal de Ushuaia-, permite al votante postular en un orden de prelación diferente al establecido originariamente en las listas de candidatos,

¹² Óp. Cit. Nota 2 – pág. 91/92

a aquél que considera idóneo/a para ocupar el cargo que se disputa.

III.- Tengamos en cuenta que los derechos políticos se incorporan al patrimonio del hombre como uno de los primeros "derechos humanos" para asegurar y garantizarle la vigencia de sus derechos mediante la libertad política. Y a tal punto se lo protege que ***"En el sistema interamericano de promoción protección de los derechos humanos, el art. 23 de la Convención prevé expresamente "Derechos políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: [...]b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores y, c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país...***

[...] Pero en cuanto a lo dicho en el punto b, esto es, elegir y ser elegidos, se abre una abanico completamente más amplio de protección, pues se trata del acceso a cargos que requieren de la aprobación de una mayoría que elige a través del sufragio..."¹³ (el subrayado no pertenece al texto original).

El debate en torno al acceso de los cargos, una vez que se expresó el sufragante, queda definitivamente cerrado conforme se lo ha señalado en el voto ponente, con lo prescripto en el artículo 219 de la Carta Orgánica Municipal.

IV.- Sentado lo anterior, es indudable que las mujeres al momento de conformación de las listas, han tenido real oportunidad y en condiciones de igualdad, para contender por los cargos de concejal.

Sin embargo, si quien decide es el sufragante -quien ha establecido sus preferencias y lo consolidó en el acto electoral-; va de suyo que el Tribunal no puede a través de una orden, intervenir en las deliberaciones del órgano legislativo municipal, direccionando o imponiendo temas para que sean debatidos.

Ello es así, porque el principio de división de poderes -pilar del sistema republicano- impide que uno de los poderes como lo es el judicial, invada la

13 CEBALLOS, Maximiliano A. "Artículo de Doctrina" – Astrea Virtual – Año 2014 – págs. 7 y 8.

órbita de actuación de otro -legislativo municipal-, dando instrucciones sobre qué o como debe cumplir funciones que le son propias -exclusivas excluyentes- y resguardadas constitucionalmente.

No desconoce este Tribunal, que si bien el sistema consagrado en la Carta Orgánica Municipal, atiende el mandato constitucional del artículo 37 segundo párrafo, en la práctica aparecen vacíos -o desaciertos propios de la implementación del sistema- que deben ser llenados por el mecanismo pertinente, y no a través de la vía excepcional del amparo.

"...Como vimos, el "voto ciudadano" posee un reconocimiento constitucional expreso (art. 37 Const. Nacional), que le permite la posibilidad de interponer recursos judiciales ante su vulneración o anomalía; el voto representativo se desarrolla en el interior de las asambleas legislativas, que gozan de la autonomía e independencia de los *interna corporis*, y caen en principio, bajo la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales.

Por consiguiente, en el supuesto de limitaciones al "voto representativo" dispuesto por el juego democrático interno de una asamblea, nos enfrentamos, entre otros obstáculos, a la doctrina de los *interna corporis*, a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y a la doctrina del poder constituyente reformador"¹⁴.

V.- Luego del análisis efectuado, concluimos que el artículo 218 de la Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Ushuaia, tiende a hacer efectivos los derechos de las mujeres -garantizando su presencia-, estableciendo el principio de igualdad de oportunidades y quebrando aquella jerarquía histórica entre los sexos, pero la decisión final sobre quienes accederán a los cargos, está en manos del elector.

Reiteramos, conformado el cuerpo legislativo una vez que los votantes establecieron el orden de prelación y finalmente eligieron, tal voluntad soberana debe ser respetada y en mérito a ello, de ninguna manera puede el Poder Judicial inmiscuirse, señalándole en qué sentido legislar o sobre qué materia hacerlo.

VI.- En los términos expuestos, adherimos al voto del doctor de la Torre.

3º.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER dijo:

I.- Llegan a estudio las presentes actuaciones luego de consolidada la decisión de la mayoría, a través de las ponencias de los colegas que integran esta sala de revisión. Por este motivo, sólo me expediré en relación a un tópico que no puedo soslayar, como a continuación se expondrá, lo que me lleva a disentir con los magistrados preopinantes.

Antes de adentrarme al punto medular de mi ponencia quiero destacar el puntilloso trabajo efectuado por el juez de grado en vista a garantizar la participación real de la mujer en el Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia. Sin perjuicio de ello debo advertir que guardo algunas mínimas diferencias en relación a su argumento respecto al origen del control de constitucionalidad, al rango jerárquico que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos y el rol que cumplen los tribunales internacionales de la materia, a los cuales, ubico por debajo de la Constitución Nacional, conforme artículo 27 *ejusdem* y doctrina del precedente “Ministerio de Relaciones Exteriores” de la CSJN¹⁵.

En principio, a la luz de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que individualizo en nota al pie, es evidente que existieron ideas anteriores a las plasmadas por MARSHALL en el célebre caso de 1803 (“Marbury vs. Madison”). En especial, a partir de la incidencia del precedente “Bonham” y de la difusión de la doctrina del juez COKE. Además, conforme surge de alguno de aquéllos precedentes anteriores a Marbury vs. Madison¹⁶, se admitía por un lado la supremacía del derecho fundamental o de las constituciones por encima del derecho ordinario. Por el otro, se reconocía a los jueces la facultad de ejercer el control de constitucionalidad -salvo en el caso francés donde se rechazó la primera propuesta de SIEYÈS-.

En relación a este último aspecto, respecto a la potestad de la judicatura

15 CSJN, Fallos 340:47.

16 Entre otros casos: “Bonham”, año 1610; “Day vs. Savadge”, año 1615; “Giddings vs. Browne”; “Paxton”, año 1761; “Josich Philips”, año 1778; “Trevett vs. Weeden”, año 1786; “Bayard vs. Singleton”; “USA vs. Todd”, año 1794; “Hylton vs. The United States”, año 1796 “Ware vs. Hylton”, año 1796; del texto de *El Federalista*, conforme número 9, número 78 y número 82; el artículo de IREDELL: “Un elector: al público” -1787- en *The Founders Constitution*. Podríamos agregar con BIANCHI los debates de la Convención de Filadelfia de 1787, los cuales si bien no resultan “absolutamente esclarecedores sobre este punto revelan la intención de crear un cuerpo u órgano encargado del control de los actos de la Legislatura y el Ejecutivo” (Alberto BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, I, p. 74) y finalmente la propuesta de SIEYÈS en lo que fuera la Constitución francesa de 1791.

de ejercer la revisión de la legislación ordinaria en orden a su adecuación con el texto de la Constitución, debo reconocer que no existía unanimidad de criterios; porque la Constitución de Filadelfia de 1787 no mencionó, de manera expresa, el control de constitucionalidad como una de las facultades del departamento judicial en general “y, en especial del supremo tribunal federal de ese país”¹⁷.

Como se sabe, en el precedente citado por el colega de grado -Marbury vs. Madison-, la Corte declaró una inconstitucionalidad de oficio en un caso en el que nadie se lo había solicitado y lo hizo en materia de competencia pero, llamativamente, para declinarla. De ahí, que algunos autores opinen que todo el voto de MARSHALL es un *obiter dictum*¹⁸. Además, del análisis detenido del voto de MARSHALL, surgen puntos de contacto con las ideas que HAMILTON desarrollara previamente en *El Federalista*. Básicamente, aquéllas que consagran el principio de supremacía constitucional y las que ponen en cabeza del Poder Judicial el ejercicio del control de constitucionalidad.

Si bien es cierto que la existencia de los antecedentes doctrinarios y judiciales, podrían quitarle a MARSHALL cierta cuota de originalidad, hay que destacar, que su decisión le otorga un fuerte halo de institucionalidad al *judicial review*. Máxime, cuando en algunos casos, se insinuó tímidamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma (el ejemplo logra advertirse en el voto de CHASE en “Hylton vs. The United States”, 3 Dallas Bep. 171). Con posterioridad al voto de MARSHALL, ya no se duda de que la interpretación del derecho por parte de la judicatura es decisiva y obliga tanto a los demás departamentos del gobierno como al conjunto de la sociedad. Tanto el Congreso, depositario del poder legislativo, como el Presidente, depositario del poder ejecutivo, están obligados a obedecer la interpretación que de la constitución efectúe el poder judicial en el ámbito de su competencia.

De lo expuesto, surge prístino que el caso proyectado por el *Chief* MARSHALL no fue el primero en el que se analiza la constitucionalidad de una ley. Tampoco fue el primer caso donde se anula una norma por ser contraria a otra disposición de mayor jerarquía; ni fue el primer antecedente en el que se atribuye a un determinado poder del Estado la facultad de revisar los preceptos sospechados de contrariar a la constitución u otra norma de mayor rango.

17 Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 305.

18 Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, tercera edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 365-366.

Según SOLÁ, el gran aporte que hace MARSHALL a través de su voto en el caso analizado fue “considerar a la Constitución como parte del derecho, lo que establece un vínculo directo entre el constitucionalismo como movimiento político y la competencia judicial para resolver las cuestiones constitucionales”

19

La supremacía de la constitución tiene naturalmente un sentido fáctico, que se identifica con la constitución material e implica que es el fundamento y pilar del ordenamiento político-jurídico del Estado. Además, posee otro vinculado a la constitución formal que, revestida de superlegalidad, hace que las normas y actos de los operadores públicos y privados se ajusten a ella. La tesis de la fuerza normativa de la constitución da cuenta de estas nociones y perfecciona la doctrina de la supremacía, al sostener que la carta magna tiene “fuerza normativa jurídica de aplicabilidad, exigibilidad y obligatoriedad”²⁰.

La supremacía constitucional determina una situación jerárquica entre distintos preceptos que conforman un ordenamiento jurídico. Este principio habilita la declaración de inconstitucionalidad cuando se rompe ese orden por un acto o disposición contraria a la superley. Así, el texto constitucional, viene a configurarse como una norma de reconocimiento o norma esencial del sistema que sirve para definir la validez o invalidez de las normas que conforman ese sistema. De ahí que deba garantizarse a la Constitución su supremacía y estabilidad, ya sea en tanto regla de fondo o de procedimiento, anulando consecuentemente las disposiciones y actos que le sean contrarios.

Nace así, por consiguiente, la justicia y la jurisdicción constitucional como reflejo de que la inexistencia de la soberanía del legislador dentro del moderno Estado de Derecho. El legislador estará siempre subordinado a la carta fundamental. “La doctrina de la supremacía trae como lógica consecuencia la doctrina del control de constitucionalidad, como mecanismo que, confrontando

19 Juan Vicente SOLÁ, *Tratado de derecho constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 41. Explica que la Constitución norteamericana no otorgó de manera explícita la facultad al Poder Judicial para ejercer control de constitucionalidad, que sí reclama MARSHALL en su tan comentado voto en el caso “Marbury”. El silencio, en tal sentido, habilitó el debate acerca de la legitimidad de la obra del juez americano. Por otro lado en la Convención Constituyente de Filadelfia se manejaron otras variables, como por ejemplo, la creación de un “Consejo de Revisión” que se integraría por los jueces de la Corte Suprema y el Presidente, quienes en conjunto resolverían sobre la validez de los vetos de las leyes ordinarias dictadas por el Congreso. Claro está que, en esta ingeniería, se consideraría al veto como un modo de evitar la entrada en vigencia de las normas contrarias a la Constitución. “Esta propuesta fue rechazada con argumentos que apoyan la legitimidad del control judicial y del debate puede decirse que los constituyentes en Filadelfia consideraban que la concesión de la competencia a los jueces debía incluir la necesaria para que en la decisión de casos se dejaran de lado y no se aplicaran las leyes federales y estatales que fueran consideradas inconstitucionales”.

20 Jorge Alejandro AMAYA, *Control de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 54.

normas y actos con la constitución, verifica si están o no de acuerdo y, en caso de no estarlo, los declara inconstitucionales, enervando su eficacia por falta de validez”²¹.

Por lo expuesto, estimo que no es MARSHALL el creador de la doctrina de la supremacía constitucional y del control judicial de constitucionalidad. No obstante ello, fue quien impuso el control de constitucionalidad en cabeza de todo el poder judicial, convirtiéndolo en el instrumento más eficaz para la defensa de la constitución y su supremacía²².

Como indiqué, la otra cuestión con la que no coincido del voto del colega de la anterior instancia tiene que ver con la jerarquía de los tratados de derechos humanos (artículo 27 de la CN) y el rol que cumple la Corte Interamericana.

Cabe recordar que en 1997, en la primera instancia del fuero civil, se rechazó una demanda entablada por Carlos Saúl Menem, expresidente de la Nación, en cuanto se sintió afectado en su derecho a la intimidad. Ello, en virtud de la publicación de notas periodísticas que daban cuenta de una relación extramatrimonial de Menem y fotos de su hijo Carlos Nair. La sentencia fue apelada y, en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revirtió la decisión y condenó a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico a pagar la suma de \$150.000. Ante lo decidido por la segunda instancia, los condenados articularon recurso extraordinario federal. En el año 2001, la CSJN confirmó la sentencia apelada pero modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000.

Una vez agotada la instancia local, el caso se presentó ante la Comisión IDH y, luego, fue elevado por este organismo a la Corte IDH, caratulándose las actuaciones como “Fontevecchia y D’Amico vs Argentina”. Los actores recurrieron, en su calidad de condenados por la justicia argentina y en su carácter de propietario y director de la Revista Noticias, respectivamente. La Corte internacional concluyó que, la revelación de la revista estaba justificada al

21 *Ibidem*, p. 55.

22 La obra de MARSHALL, cobra mayor consideración si se tiene en cuenta, como señala ACOSTA SÁNCHEZ, que existen estudios de investigadores y constitucionalistas ingleses y norteamericanos que llegan a la conclusión de que el fallo del juez COKE no puede ser considerado como precedente del *judicial review* en la práctica británica pues los jueces reconocían el rango superior de *statute* sancionado por el Parlamento y “la universal obediencia debida al mismo” (José ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 93). AMAYA en idéntico sentido dice que “en definitiva, si COKE reconocía la soberanía del Parlamento, como él declaró expresamente, su doctrina no puede situarse en las raíces del control judicial de la ley, puesto que la esencia de dicho control es la limitación del legislador” (Jorge Alejandro AMAYA, *Control de constitucionalidad...*, ob. cit., p. 69).

reunir el entonces presidente Menem las condiciones de una figura política pública. Por ello, la condena civil se constituía en un cercenamiento a la libertad de expresión. De ahí que se condenara al Estado argentino.

Para satisfacer esa condena, el Estado debía hacer tres cosas: a) Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias; b) Publicar un resumen oficial de la sentencia de la Corte IDH elaborado por la Corte Suprema, por una única vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación a nivel nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte IDH en la página del Centro de Información Judicial de la CSJN; y c) Entregar a los periodistas las sumas reconocidas en dicho fallo, esto implicaba restituirles el dinero que pagaron por la condena, más los gastos en los que incurrieron para llevar el juicio en sede internacional. Luego de cumplir con lo requerido en los puntos b y el punto c -aún en vías de cumplimiento-, el Ministerio de Relaciones Exteriores le solicitó a la Corte Suprema que continuara con la ejecución de los tópicos requeridos por la Corte Internacional, es decir: “Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas”.

Por una mayoría de 4 a 1, la Corte Suprema dictó sentencia el 14 de febrero de 2017. Rechazó la solicitud que articulara el Ministerio de Relaciones Exteriores y lo hizo a partir de cuestionar si el tribunal interamericano tenía competencia para ordenar lo dispuesto en el punto 2.a -coincide con lo aludido en el párrafo que antecede-. Igualmente, se preguntó si podía cumplir con esa orden. La mayoría de los jueces del alto estrado respondieron que no, conforme lo expresaron en los considerandos 7 y 20 del voto de la mayoría integrada por los ministros LORENZETTI, HIGHTON y ROSENKRANTZ; y considerando 8 del voto del juez ROSATTI. Explica al respecto el profesor SANTIAGO que: “nuestro máximo tribunal ha adoptado una serie de definiciones de suma relevancia jurídica y política que trascienden el concreto caso en estudio y manifiestan una clara toma de posición de nuestro máximo tribunal en relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con importantes novedades y precisiones respecto de la postura que implícita o explícitamente adoptara en anteriores pronunciamientos”²³.

23 Alfonso SANTIAGO (h.), “¿Desobediencia debida? ¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?” <https://www.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=95101&id2=147125> (acceso 22-X-2017), p. 13.

En apretada síntesis se dijo que el carácter supremo de las resoluciones que adopta la Corte Suprema de Justicia, cabeza del Poder Judicial de la Nación, según lo dispuesto por el artículo 108 de la CN, configura un elemento constitutivo de los principios de derecho público a los que hace referencia el artículo 27. “Esta potestad jurisdiccional, calificada como la más alta y eminente del ordenamiento jurídico argentino, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde a esta Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal [...]”²⁴, se sustenta con el carácter inalterable de sus pronunciamientos regulares, firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible ‘dejarlos sin efecto’ -lo cual supone ‘revocarlos’ conforme con la primera acepción de la expresión ‘revocar’ del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia- si es ello lo que se pretende en el presente caso”²⁵. De ahí que no comporta que la Corte Interamericana sea un órgano jurisdiccional *supra* estatal, al cual deba subordinar sus decisiones la Corte Suprema argentina.

II.- Aclarado estos puntos esenciales, resulta menester tratar a continuación la validez de ciertas disposiciones que regulan el entuerto sometido a estudio. Para ello formularé la siguiente serie de interrogantes que serán evacuados a lo largo de mi voto: 1) ¿Es posible en el ordenamiento jurídico de Tierra del Fuego declarar la inconstitucionalidad de oficio? 2) ¿Puede una disposición de rango inferior a la Constitucional Nacional, Provincial o Municipal establecer mecanismos que hagan prevalecer la voluntad de una minoría por encima de la mayoría a los efectos de alterar el orden de las candidaturas para cubrir cargos en el Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia?

II.1.- Veamos entonces: ***¿Es posible en el ordenamiento jurídico de Tierra del Fuego declarar la inconstitucionalidad de oficio?***

Tuve ocasión de adherir a la ponencia del juez de la Torre en el precedente “*Calderón versus Moscheta y otros*”²⁶. En tal ocasión sostuvo que: «Ahora bien, ante la falta de petición concreta por parte del actor de la declaración de invalidez del art. 39 del mencionado ordenamiento normativo, al momento de deducir demanda, no huelga recordar que la Corte Suprema de Justicia ha modificado recientemente su antigua doctrina con

24 Véase CSJN, Fallos 330:3109; 338:1216, y causa FLP 8399/2016/CS1 “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros cl Ministerio de Energía y Minería si amparo colectivo”, sentencia del 18 de agosto de 2016.

25 CSJN, Fallos, 340:47, considerando 6 del voto concurrente del juez ROSATTI.

26 C.A. Tierra del Fuego, sala civil, *CALDERON GARRIDO PATRICIO ANDRÉS c/ MOSCHETA LINO AUGUSTO Y/O CANATELLI ALICIA BEATRIZ Y/O PROVINCIA SEGUROS S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS*, causa: 04360/06, fecha: 22 de Octubre de 2007, del voto del juez Francisco Justo de la Torre.

relación a la declaración de oficio de inconstitucionalidad.

En efecto, el Alto Tribunal cambió su doctrina en los autos “Mill de Pereyra”⁶, y luego la amplió y precisó en “Recurso de hecho deducido por el Banco Comercial Finanzas S. A. en la causa Banco Comercial de Finanzas S. A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra”⁷, donde sostuvo que, “... asimismo, cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente –trasuntando en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior”.

Consignó la Corte además que, “... no podía verse en ello la creación de un desequilibrio de poderes a favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. Tampoco se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio la presunción de validez de los actos administrativos y de los actos estatales en general, ya que dicha presunción cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, lo que ocurre cuando las leyes se oponen a la Constitución. Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso”.

En consecuencia, dicha doctrina habilita a los magistrados provinciales a revisar de oficio la constitucionalidad de normas de carácter nacional, pues las de origen local pueden serlo por expreso mandato constitucional (art. 154 CP)».

Por igual tuve ocasión de resolver respecto del tópico aquí ventilado, en el precedente “*DGR versus Sucesión Álvarez*”²⁷. A través de un *obiter* manifesté que: «sin perjuicio de tener presente que recientemente, nuestra Corte Federal, pareciera haber abandonado la doctrina del precedente “Mill de Pereyra Rita” o más apropiadamente hablando la del caso “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, ello con la decisión adoptada en “Vega Giménez Claudio”²⁸, fallado el 27 de diciembre de 2006, a partir del cual parece avizorarse que aquella alta instancia soslaya la doctrina que consagrara la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de oficio, y para el caso, inhibir al tribunal la posibilidad de enmendar la equivocación en la que habría incurrido el impugnante, al pedir la inconstitucionalidad de un artículo distinto al que regía su pretensión; caben efectuar dos consideraciones.

Una que tiene que ver con la existencia en nuestro ordenamiento constitucional del artículo 154 inc. 3º segundo párrafo, en virtud del cual se habilita a los magistrados de todas las instancias de nuestro ordenamiento jurídico local a verificar a pedido de parte y aun de oficio, la constitucionalidad de las normas, con lo cual, la denunciada equivocación respecto del encuadre normativo -efectuado por el ejecutado- podría ser corregida de oficio por esta instancia revisora».

No obstante lo expuesto, actualmente tengo una nueva visión del instituto en virtud de la cual admito la posibilidad del dictado aun de oficio de la

27 C.A. Tierra del Fuego, sala civil, *D.G.R. C/ SUCESIÓN ALVAREZ VERA FREDY ULISES S/ EJECUCION FISCAL*, causa n° 4277, sentencia dictada el 22 de mayo de 2008, véase según mi voto.

28 Véase AAVV “*Réquiem para el control de oficio*”, en *JA* 2007, III, 1231.

inconstitucionalidad de normas no sólo locales sino nacionales y aun federales –aquí me distancio de mi distinguido colega-. Tal hermenéutica podría inferirse como explicaré más debajo de los artículos 31 y 121 de la Constitución Nacional y del principio *iura curia novit*. Más aún con el dictado del fallo de la CSJN caratulado "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino si daños y perjuicios", de fecha 27 de noviembre del 2012. En tal precedente se ha dicho: *"Que en esta senda se expidió el Tribunal en 1888 respecto de la facultad de los magistrados de examinar la compatibilidad entre las normas inferiores y la Constitución Nacional con una fórmula que resulta hoy ya clásica en su jurisprudencia: `es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de .las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de lo poderes públicos. Tal atribución -concluyó la Corte- "es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario" (Fallos: 33:162). Como es bien sabido, un año antes, en el caso "Sojo", esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente "Marbury vs. Madison" para establecer que "una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley" y para afirmar que "cuando la Constitución Y una ley del Congreso están en conflicto, la constitución debe regir el caso a que ambas se refieren"(Fallos: 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte "no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional" (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, pág. 197, citado en Fallos: 321:3620)...Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados)...Que, admitida en los términos precedentes la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte, cabe realizar en autos el correspondiente examen de la*

norma...”.

Por otro parte, la Corte Suprema en el precedente “*Fernández Valdez*”²⁹, se ocupó de la facultad que les confieren los textos constitucionales provinciales a las distintas jurisdicciones, pero allí sólo analizó la declaración de inconstitucionalidad de una norma local.

Respecto de este antecedente nos ilustra el profesor Néstor SAGÜÉS que “la Corte Suprema ha dicho que si una constitución provincial autoriza al juez local a declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, hacerlo así no importa allí arbitrariedad alguna”³⁰.

En la nota al pie de dicho comentario se aparta de la tesis de GULLCO³¹, quien limitaría la potestad de los jueces locales a declarar la inconstitucionalidad de normas vernáculas cuando resultan contrarias a la constitución estadual. Indica Sagüés que “[s]in embargo, tal conclusión no emerge de ‘Fernández Valdez’, y no parece lógica; el juez debe aplicar al resolver todo el derecho necesario para decidir la causa”³².

Si bien es cierto que el último de los autores no hace referencia expresa al supuesto que aquí trato, la aplicación del principio *iura curia novit*, importa que los jueces locales deben conocer todo el derecho, no sólo el provincial o municipal y, cuando alguna norma de cualquier rango, sea contraria a las constituciones provinciales o Nacional, debe inaplicarlo aun de oficio a tenor de la manda que impone la supremacía de la Constitución Federal -artículo 31 de la CN-. Máxime cuando la propia constitución fueguina lo prevé expresamente, sin distinguir que la declaración esté dirigida sólo a normas provinciales o de inferior rango. Además, la potestad de declarar la inconstitucionalidad de oficio resulta a mi criterio una norma procesal, cuyo dictado corresponde a las provincias conforme artículo 121 de la Constitución Nacional y se dirige también a la aplicación del derecho fondal, dictado por el Congreso conforme artículo 75 inciso 13 de la Constitución, y en algunos casos a normas de índole federal, que son valoradas en causas radicadas en tribunales provinciales. Todo lo expuesto, sin soslayar el artículo 154 de la Constitución provincial, que habilita a los jueces a realizar un control constitucional de oficio de la normas plasmadas en un litigio judicial.

De todas formas, por una vía, la de la inclusión de la potestad en las constituciones locales; o por otra, la de la doctrina de la Corte a partir de los

29 CSJN, *Fallos*, 311:1855.

30 Véase Néstor Pedro SAGÜÉS, *Recurso Extraordinario*, 4º edición actualizada y ampliada, T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, p.141

31 Véase GULLCO, “La declaración de inconstitucionalidad de oficio en el ámbito federal y provincial”, *LL*, 1998-A-51.

32 Véase Néstor Pedro SAGÜÉS, *Recurso Extraordinario ...*, p. 141.

precedentes referenciados, nos encontraríamos habilitados en autos, a declarar de oficio y para el caso concreto la inconstitucionalidad del artículo 36 tercer párrafo de la ordenanza 2578/2003 del Concejo deliberante de la Ciudad de Ushuaia en tanto fija el piso de las preferencias de un determinado candidato - sea cual sea el lugar que ocupa en la lista- en el 15% del total de los votos válidos emitidos a su favor. Ello, a mi entender, resulta a todas luces inconstitucional por avasallar el principio de preeminencia de la voluntad mayoritaria que hace al sistema democrático de gobierno, conforme artículo 1, 22, 31 y 33 de la Constitución Nacional, artículo 1 de la Constitución provincial y artículos 3 y 4 de la Carta Orgánica Municipal. Veamos:

II.2.- El segundo de los interrogantes planteados al comienzo del presente apuntaba a cuestionar la constitucionalidad de una ordenanza municipal. En tal sentido nos preguntábamos: *¿Puede una disposición de rango inferior a la Constitucional Nacional, Provincial o Municipal establecer mecanismos que hagan prevalecer la voluntad de una minoría por encima de la mayoría y así alterar el orden de las candidaturas para cubrir cargos en el Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia?*

Como adelanté, no coincido con el piso de preferencias al 15% previsto en el artículo 36 de la ordenanza municipal 2578/03, puesto que será ese electorado minoritario quien termine definiendo, actualmente, la conformación del Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia. Es, en tal caso, una minoría la que prima sobre la voluntad mayoritaria de quienes prefieren implícitamente y votan la lista del partido conforme viene dada en la pertinente boleta **donde se intercalan personas de ambos sexos.**

Es decir que, el diseño electoral previsto para elegir concejales del municipio de Ushuaia, otorga dos variantes al elector: por un lado la posibilidad de elegir la lista de candidatos tal como la presenta el partido político, **intercalando personas de ambos o sexos** y también le otorga la facultad al elector de preferir a algún candidato sin respetar ese orden establecido por el partido político. No obstante, entiendo que para que esta última opción tenga armonía con los principios constitucionales previamente referenciados debe alcanzar el piso del 50% y no así el del 15% actualmente previsto. Ello en virtud de que, la preferencia con el piso establecido en la ordenanza 2578/03 inferior al 50%, menoscaba un principio cardinal que consagra la Carta Constitucional argentina, esto es, **la soberanía del pueblo por voluntad mayoritaria** y la expresión de la voluntad soberana de los votantes quienes contribuyen a

determinar la conformación de los órganos del Estado (artículos 1, 22, 31 y 33 de la Constitución Nacional).

Por vía de hipótesis imaginemos que una norma infraconstitucional dispusiese que resultará ganador de una elección una fuerza política que no obtuviese la mayoría de votos válidamente emitidos excluyendo el voto en blanco. Por ejemplo, dando por ganador a un partido que sacase el 16% de los votos sobre otro que obtuviese el 84%. Algo similar ocurre ahora en la elección a concejales en la ciudad de Ushuaia cuando se hace valer la decisión de una facción que no alcanza el umbral del 50%. Así, la preferencia minoritaria se impone a la preferencia implícitamente mayoritaria.

Este principio en relación a la preeminencia de la mayoría fue resaltado numerosas veces por la Cámara Nacional Electoral en cuanto expuso: ***“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)”***³³ -el subrayado me pertenece-. La Cámara Nacional Electoral también expresó: ***“Es principio rector del derecho electoral el respeto de la genuina expresión de la voluntad mayoritaria del electorado, que constituye la base misma de toda democracia”***³⁴. ***“Es un principio básico de derecho político y electoral, que debe garantizar la justicia electoral, el asegurar la expresión genuina de la voluntad del pueblo a través del cuerpo electoral. Postulado que reconoce su raíz en la soberanía del pueblo y en la forma republicana de gobierno que la justicia debe afirmar”***³⁵. ***“El principio de preeminencia***

33 Tribunal: Cámara Nacional Electoral Sentencia: 3033/02 CNE 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).

34 Cámara Nacional Electoral Fallo 2895/01 CNE (pág. 145)

35 Cámara Nacional Electoral Fallo 3321/04 CNE (pág. 242)

de la voluntad mayoritaria es propio del sistema democrático de gobierno y a él deben ajustar su funcionamiento los partidos políticos -el subrayado me pertenece-³⁶.

Y no sólo la Cámara Electoral subrayó la importante trascendencia del principio de la voluntad mayoritaria, sino también la propia CSJN en cuanto manifestó: ***“... la selección y nominación de las personas que han de ejercer el poder y cuya voluntad se considera voluntad del Estado en la medida en que su actividad se realiza dentro del ordenamiento jurídico, ya que los que mandan lo hacen en tanto obedecen el orden legal en que fundan sus decisiones y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formación participaron. Esta participación se efectiviza por medio del sufragio, dando sentido al principio de que el pueblo, como titular de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes. Estos poderes cumplen funciones confiadas a órganos elegidos por medio del sufragio e investidos de autoridad en virtud de la representación que se les atribuye. Esto hace que el sufragio adquiera carácter funcional, ejercido en interés no del ciudadano individualmente considerado, sino de la comunidad política, a través del cuerpo electoral”***³⁷ que necesariamente se expresa bajo el influjo de la regla de las mayorías.

En oportunidad de expedirme respecto de la razonabilidad y constitucionalidad del sistema de tachas con un piso del 50% de los votos, en el precedente *Bassanetti*, me pregunté, como ahora lo hago, **si la regulación constitucional del instituto permitía el uso del principio de preeminencia de la voluntad mayoritaria**, de modo que el orden en las listas de candidatos a integrar cuerpos colegiados, no dependiera de la voluntad de una minoría circunstancial, tornando al régimen antidemocrático. Sostuve en aquel caso que el piso que fijó la ley cuestionada por los actores (50%), era la que en puridad propuso el partido radical, conforme surge del diario de sesión de la Convención Constituyente provincial, al requerir su incorporación a través de la vía reglamentaria; tarea asignada al legislador ordinario quien la incorporó al régimen electoral con un piso del 50%, luego de las experiencias que arrojó el mal uso del instituto de la tacha, con pisos del 3% y 10%.

De la lectura de los resultados de las elecciones de 2015 para elegir concejales en la ciudad de Ushuaia surge claro que, de haberse contado con un

36 Cámara Nacional Electoral Fallo 2895/01 CNE (pág. 145)

37 CSJN, Fallos 310:919, consid.10.

sistema de preferencias con el principio de preeminencia de la voluntad mayoritaria operativo, es decir con piso de preferencia al 50%, se habría integrado al actual Concejo Deliberante con 2 mujeres: Noelia Trentino, del Partido Frente para la Victoria y Cao Cristina, del Movimiento Popular Fueguino, dado que ninguna de estas listas, en la elección 2015, superó el piso del 50% de preferencia. Así, regla de la mayoría mediante, se da mayor efectividad al principio reglado por el artículo 218 de la Carta Orgánica Municipal que motoriza una máxima proporción de género.

Entiendo que la regulación del sistema de preferencias con un piso del 15% de los votos obtenidos por la lista de candidatos a ocupar cargos en el Concejo Deliberante de la ciudad de Ushuaia resulta contrario **al principio de preeminencia de la voluntad mayoritaria** y por ello el artículo 36 tercer párrafo de la ordenanza 2578/2003 es inconstitucional al ser violatorio de los artículos 1, 22, 31 y 33 de la Constitución Nacional; artículo 1 de la Constitución Provincial; y artículos 3 y 4 de la Carta Orgánica Municipal.

III.- Por lo precedentemente expuesto, comparto plenamente la visión del señor juez electoral por buscar mecanismos que viabilicen una mayor integración de la mujer en las instituciones de la democracia en el Departamento Legislativo de la Municipalidad de Ushuaia. Sin embargo, mi propuesta pasa por respetar lo reglado por el artículo 218 de la Carta Orgánica armonizándolo con el principio de preeminencia de la voluntad mayoritaria, instituto que impone la regulación de la preferencia con un piso del 50%.

De este modo dejo expresada mi disidencia.

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría

S E N T E N C I A

I.- ADMITIR la presentación de fs. 457/474 por las razones vertidas en el considerando.

II.- HACER lugar al recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 375/378 y, en su mérito, **REVOCAR** la sentencia de grado corriente a fs. 352/367vta. en lo que fuera materia de agravios, de conformidad a los fundamentos dados por el voto mayoritario.

III.- CON COSTAS a la actora vencida (art. 14 ley 16986 y 78.1 CPCC).

IV.- DIFERIR la regulación de honorarios hasta que haga lo propio la instancia de grado (art. 14, ley 21.839).

V.- MANDAR se copie, registre, notifique, remita a la instancia de grado y cumpla.

Fdo. Jueces de Cámara: Francisco Justo de la TORRE, Josefa Haydé MARTIN y Ernesto Adrián LÖFFLER.

Ante mi: Maria Alejandra Fripp – prosecretaria de Cámara.

Reg. Tº V del libro de Sentencias Definitivas, Fº 889/904, año 2018.