

Voces:

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala ISup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª

Fecha: 04/05/1989

Partes: Unión del Centro Democrático y otro v. Provincia de Mendoza

Publicado en: JA 1989-III-241;

Cita Online: 70028497

Texto Completo:

Mendoza, mayo 4 de 1989.

1ª-. ¿Es procedente la acción interpuesta?

2ª-. En su caso: ¿Qué solución corresponde?

3ª-. Costas.

1ª cuestión.- La Dra. Kemelmajer de Carlucci dijo:

1. Los temas a decidir: Teniendo en cuenta los términos en que la litis ha quedado trabada, cuatro son los temas a los que el tribunal debe dar respuesta:

1) ¿Están los actores legitimados para reclamar al tribunal la inconstitucionalidad del decreto emanado del Poder Ejecutivo por el cual se convoca a elecciones para constituyentes?

2) En caso afirmativo ¿qué alcances debe tener la declaración del tribunal? ¿Generales o particulares?

3) ¿Es lo debatido una cuestión justiciable?

4) ¿Cómo debe interpretarse el término "electores" contenido en la Const. Prov. art. 221 ?

Sobre estos temas mi opinión es la siguiente:

2. La legitimación activa

1) La posición asumida por los accionantes: Los actores han sostenido su legitimación con estos argumentos:

a) Ostentan un interés legítimo desde que en la acción de inconstitucionalidad no se requiere un derecho subjetivo individual cuando hay comprometido un interés público.

b) Quien tendría legitimación, el fiscal de Estado, carece de la independencia política que le asignó la constitución; es de público y notorio que los fiscales de Estado entran y se van con los gobernadores.

c) Los partidos políticos tienen la obligación de velar por el mantenimiento del orden republicano.

Citan jurisprudencia del Superior Tribunal de Jujuy.

2) La defensa esgrimida por el fiscal de Estado y el asesor de Gobierno: La demandada ha negado legitimación fundada en que:

a) El art. 144 inc. 3 Const. Prov. (1) exige "parte interesada"; el art. 223 CPCC. es la reglamentación de la norma constitucional y exige que el acto afecte el interés del accionante por lo que éste debe explicar en qué consiste la lesión actual o el interés legítimo que invoca.

b) Esto es lo que resulta de la nota al art. 41 CPCC. a la que se remite constantemente la jurisprudencia de este tribunal.

c) Es inaplicable la jurisprudencia de otros superiores tribunales locales, pues en Mendoza no existe la acción popular.

d) No se discute que los intereses simples puedan ser invocados en otro tipo de acciones, pero no en la deducida, que es la acción de inconstitucionalidad reglada por el Código Procesal Civil de la Provincia.

3) Los antecedentes de esta Suprema Corte de Justicia y de otros Superiores Tribunales de Provincia: a) Es verdad, como lo marca la parte demandada, que esta Corte resuelve en forma reiterada que el interés del accionante al que se refiere el art. 223 CPCC., no es sino el interés legítimo, económico o moral, jurídicamente protegido, que el art. 41 del mismo Código establece como presupuesto de cualquier acción en juicio.

No obstante, cabe resaltar que ninguno de sus antecedentes guarda sustancial analogía con el caso planteado en autos.

En efecto, en todos esos fallos, la doctrina judicial se formuló teniendo en miras sea el plazo a partir del cual se computa el término para accionar, sea para justificar el sobreseimiento por sustracción de la materia justiciable, pero siempre en casos donde sólo estaban en juego intereses exclusivamente individuales, sin haberse invocado intereses públicos. Tal lo sucedido en los casos registrados en LS 83-311; 122-11; 147-402; 151-382; 152-81; 168-379; 174-275, etc.

b) El punto de partida debe ser el distingo que efectúan hoy los Superiores Tribunales de Jujuy, Salta, Río Negro y Neuquén (Ver en este orden los siguientes fallos: 11/12/1987, Ceballos, R., v. Legislatura de la Provincia de Jujuy, JA 1988-III-452 y ED 127-193; 02/12/1985, Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de Estado de Salta, con nota de Bidart Campos, "Prórroga de los mandatos de la legislatura de Salta", ED 116-353; 30/12/1987 Presidente del Concejo Municipal de Viedma, con nota de Bidart Campos, "Mandamiento de prohibición emitido por el Superior Tribunal de Río Negro contra la convención constituyente provincial", en ED 128-491 y en JA 1989-I-728; 30/08/1984, Aromando, Daniel y otros, con nota de Bidart Campos, "Acción de inconstitucionalidad y legitimación para deducirla en Neuquén", en ED 114-148).

En consecuencia, si se atacan, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, etc., que afectan derechos patrimoniales, cabe exigir -claramente como lo hace el art. 223 CPCC. de Mendoza- la lesión a un interés individual, particular; en cambio, cuando se afectan intereses públicos (aspecto no reglado por dicha norma), la cuestión de la legitimación adquiere otro tipo de ribetes, debiendo admitirse pautas más flexibles.

c) Esta distinción no es ninguna novedad en el Derecho Público Provincial. Fue marcada por la otrora señora Corte Bonaerense en un caso que guarda sustancial analogía con el que debo resolver. Me refiero a la sentencia de principios de siglo (18/11/1904) recaída in re Sánchez Viamonte y otros v. Asamblea Legislativa.

Los hechos que debió juzgar el Superior Tribunal de la provincia de Buenos Aires eran los siguientes: la ley del 18/11/1901 (sancionada bajo la administración de Irigoyen) declaró la necesidad de la reforma de la Constitución de la provincia, convocándose, en su consecuencia, a elecciones constituyentes. Cuando las Cámaras legislativas se reunieron para hacer el escrutinio, declararon que en vista del tiempo transcurrido desde que se practicó la elección hasta esa fecha (2 años), debía convocarse a una nueva elección, pues estimaron que la primera había caducado. El Poder Ejecutivo bonaerense dictó un decreto convocando a nuevas elecciones; contra él y la resolución de la Asamblea, se interpuso acción de inconstitucionalidad. La Corte dijo: "El carácter de parte interesada a los efectos de esta demanda, no puede ser desconocido a los demandantes dado que han invocado, el ser candidato electo el uno y ciudadano inscripto ambos". "Sujeto el proceso de la reforma constitucional a determinados preceptos de la constitución, bajo las garantías que la misma acuerda a los electores, ellas implican el derecho a reclamar su observancia y efectividad" (Los antecedentes de este fallo de gran resonancia y proyecciones pueden compulsarse en De la Vega, Carlos, sus notas en JA 3-472 y ss. y 2-673 y ss., quien critica la solución; en Silva, Armando, Voz "Inconstitucionalidad (acción y demanda)" en Enc. Jur. Omeba, t. 15, p. 390 y ss. y en Dromi, Roberto, "Prerrogativas y garantías administrativas" 2ª parte, Tucumán, Ed. Universidad del Norte Sto. Tomás de Aquino, 1979, p. 72; los dos últimos aplauden a la Corte Provincial).

El fallo no fue aislado en el ámbito bonaerense, pues la Corte reiteradamente dijo que las leyes, decretos y

ordenanzas que estatuyan sobre derechos políticos y que afectan, por consiguiente a las libertades públicas y a todas las garantías acordadas por la ley fundamental, son actos que con mayor razón que otros reclaman la intervención del Poder Judicial, erigido a este respecto en institución política. Si nadie ha negado la calidad de elector, el accionante está legalmente habilitado para deducir la demanda (Ver Molina Carranza, Emilio, "Constitucionalidad del edicto de policía de la provincia de Buenos Aires", reglamentaria del derecho de reunión. En JA 44-883; y en "Las acciones de inconstitucionalidad de la Provincia de Buenos Aires", en JA 50-323. En ambas notas se comentan votos de aquel gran magistrado y jurista que fue Argañaraz).

Triunfaron de este modo, aunque con vacilaciones, las ideas difundidas por su ilustre integrante Dalmiro Alsina, quien sostenía correctamente, una visión publicista de la acción en contra del constitucionalista Matienzo, quien extrañamente quedó dominado por el principio dispositivo prevaleciente en los procesos privados.

d) La jurisprudencia de la Corte Bonaerense es en esta materia de gran valor, pues la acción o demanda de inconstitucionalidad prevista en el art. 144 inc. 3 Const. provincia de Mendoza, reconoce su fuente en el art. 149 inc. 1, Const. provincia de Bs. As. de 1873 (Esta Corte, 25/09/1967, Abihaggle, M. v. Dir. provincia de Vialidad, LL 129-1021).

La doctrina constitucional más caracterizada ha sostenido la aplicación de estos principios al orden procesal mendocino. Así Dana Montaña (de cuya imparcialidad y conocimiento sobre el constitucionalismo mendocino nadie puede dudar -véase a tal efecto su libro "Las primeras constituciones de las provincias de Cuyo" editado en Mendoza en 1938-, ha dicho que la doctrina judicial sentada en el caso "Sánchez Viamonte" es perfectamente aplicable en Mendoza, atento la similitud o igualdad de las disposiciones constitucionales (Ver Dana Montaña, Salvador: "Un pésimo precedente: la declarada 'soberanía' de la convención reformadora de la constitución de Mendoza" en LL 121-784).

4) Los antecedentes de la Corte Nacional: a) No ignoro que la Corte Nacional interpreta el art. 100 CN. (2) en consonancia con el art. 2 ley 27 (3) y exige que exista "controversia", por lo que niega legitimación en los casos en que el accionante invoca la defensa de la "mera legalidad" o intereses difusos.

b) Pero en mi opinión, tampoco esos antecedentes guardan sustancial analogía con el caso de autos, por lo que tal jurisprudencia no resulta aplicable.

Analizaré estas diferencias sin desconocer que el maestro Germán Bidart Campos, quien ha defendido desde siempre la obligatoriedad de los fallos de la Corte (tesis que he seguido reiteradamente según puede verse en precedentes registrados en LS 191-237; 191-246) afirma enfáticamente que "la jurisprudencia de la Corte Federal no resulta íntegra ni necesariamente aplicable al Poder Judicial Provincial, donde las vías procesales, el control de constitucionalidad, la competencia de los Superiores Tribunales, etc., pueden tener modalidades distintas que en el orden federal. Lo que la Corte Federal dice -con acierto o no- acerca de lo que son causas en el sentido del art. 100 CN. o del art. 2 ley 27, poco o nada tiene que ver con el control constitucional en jurisdicción provincial (Ver su nota cit., en ED 116-353).

c) En ninguno de sus precedentes, la Corte Nacional ha afrontado un supuesto de un "referendum obligatorio y vinculante". En efecto, en el caso "Baeza Aníbal v. Estado Nacional" del 28/08/1984 (ED 110-357, con nota de Bidart Campos y en JA 1984-IV-84), la Corte negó legitimación al accionante, por tres votos contra dos. A más de lo dicho en las valiosas disidencias de Fayt y Belluscio, debo aclarar que en ese expediente el accionante impugnaba el acto por el cual el P.E. decidió la consulta, porque en su opinión vulneraba el principio representativo; pero el sufragio en esa consulta no fue obligatorio ni el resultado vinculante y, por supuesto, el impugnante del acto no se quejaba, como en el sub lite, de que la decisión que él contribuyó a formar no había logrado las mayorías legalmente exigidas. Idéntico análisis debe hacerse del caso Fonrouge, Alberto del 22/11/1984 (LL. 1985-A-51).

La diferencia en cuanto a la legitimación me parece evidente: en el caso a decidir, los demandantes afirman que el acto del P.E. no respeta la voluntad del electorado que ellos forman; en los fallos del Tribunal Federal no aparece ninguna participación de este tipo.

d) Las circunstancias fáctico-jurídicas de los demás casos en los cuales la Corte Nacional repite reiteradamente que no existe acción popular, son aún más extraños a los de esta causa. Así por ejemplo, en Pena

Bores, Lucas , del 09/12/1987 (Ver JA 1988-II-314 y LL 1988-B-385) se niega legitimación al afiliado de un partido político que ataca de inconstitucional la decisión de la Corte de Tucumán que anuló la decisión del Colegio Electoral que dispuso su disolución y cursó despacho al gobernador para que convocara a nuevas elecciones. Lo cierto y rescatable de este caso es que la Corte Provincial ingresó en una cuestión electoral declarándola judicialable.

En Constantino, Lorenzo v. Gobierno Nacional, del 12/12/1985 (Ver JA 1986-IV-651, con nota de Morello, Augusto M., "Estado actual de la jurisprudencia de la Corte Nacional acerca del control de constitucionalidad de las leyes") se atacaba de inconstitucionalidad la ley 23172 (4) de Aprobación del tratado de paz y amistad firmado con Chile; idéntica situación fue la resuelta en Zaratiegui, Horacio y otros v. Estado Nacional el 06/12/1988 (ver JA Semanario del 15/03/1989, con nota de Morello: "Legitimación de obrar y el carácter político y no justiciable de las cuestiones atinentes a las relaciones exteriores" y LL diario del 04/04/1989, con nota de Padilla, Miguel: "Sobre la revisión judicial de los tratados" y Boletín de ED del 24/04/1989 fallo n. 41.525, con nota de Bidart Campos: "¿Inexistencia de causa judicialable o de cuestión judicialable en la impugnación al tratado de paz con Chile?"). En la sentencia del 19/11/1987, recaída in re "Recurso de hecho deducido por O.S.N. en incidente de inconstitucionalidad del decreto 2125/1978 del P.E.N. (Ver JA 1988-I-510 y en LL 1988-B-402) existía en el fondo un problema procesal, pues en definitiva el incidente se rechazó porque a la mayoría de la Corte no le pareció suficiente la audiencia dada al Gobierno Nacional; era una cuestión de defensa del medio ambiente por la contaminación de los ríos Tigre y Reconquista. En el decisorio del 22/05/1986 recaído in re Maas Noel v. Estado Nacional (Ver ED 119-591 con notas de Morello: "La legitimación para la tutela de los intereses colectivos o difusos y en otros supuestos afines pero diferenciados" y de Bidart Campos: "Legitimación para impugnar judicialmente la creación de los organismos dependientes del P.E."), se discutía la constitucionalidad del decreto del P.E.N. que creó el Consejo de Consolidación de la Democracia y la Secretaría de Control de Empresas Públicas. Finalmente, en Klein, Guillermo (29/08/1986 LL 1987-A-497) (5) la frase se utiliza para justificar el sobreseimiento de la causa frente al "moot case" por sustracción de la materia judicialable.

Como se advierte, en ninguno de estos casos estaba en juego un acto emanado del legislativo o del ejecutivo que fuera consecuencia "inmediata" de otro en el cual el accionante tuviese participación mediante los modos obligatorios de la democracia semidirecta.

e) En suma y para no entrar en contradicción aparente o real, legítima o no, con los decisorios de la Corte Nacional, me permito sugerir a mis colegas de sala, diferenciar, a los efectos de la legitimación, entre los actos de las autoridades constituidas que son consecuencia inmediata del sistema "representativo" y los que son consecuencia inmediata de un acto de democracia "semidirecta", tal es, un referendun obligatorio y vinculante.

5) Justificación de la distinción propuesta: a) No desconozco que un importante sector de la doctrina publicista (entre los que incluyo a administrativistas, constitucionalistas y procesalistas), ha puesto en jaque la tradicional diferenciación entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Negar la denominada "acción popular" (cuyo hilo conductor es el interés simple) parece en nuestros días una posición casi "retrógrada". Decía Bielsa en 1954 (de quien nadie pude negar vocación republicana, como he dicho tantas veces en anteriores votos) que el actor popular es una especie de "caballero de cruzadas" de legalidad y moralidad pública; en él se ve una expresión de solidaridad con todos los ciudadanos honestos o animados de espíritu cívico. Recordaba el maestro que algunas acciones que hoy son privadas, en su origen fueron públicas y que todo pueblo que conquista la libertad y la independencia, lo primero que hace es establecer firmemente la carta fundamental donde se concilian los intereses públicos y los individuales; de esa solidaridad de intereses surge el espíritu de defensa del derecho constituido y la acción popular no es otra cosa que un medio de defender ese orden jurídico (Ver Bielsa, Rafael, "La acción popular y la facultad discrecional administrativa", LL 73-710).

Más recientemente Vanossi ha dicho (aunque no referido específicamente a la acción popular) que lo que realmente constituye la línea divisoria entre los diversos sistemas de control constitucional, es la participación propulsora de las personas. En el sistema americano, que admite la participación del lesionado y no sólo de los funcionarios del Estado, el control se convierte en una proyección más de los niveles de participación popular que la democracia practica para su mayor oxigenación como régimen de gobierno y para la mejor imbricación de los gobernados en su relación jurídica con los gobernantes (Ver Vanossi, Jorge R., "Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad", en LL 1980-A-970 y ss.). El mendocino Dromi, seguido en este aspecto por el maestro español Jesús G. Pérez (Ver "El derecho a la tutela jurisdiccional", Madrid, Ed. Civitas,

1984, p. 63) dice: "Es verdad que el lego nunca podrá entender el tema de la legitimación y de entenderlo se formaría una idea muy pobre del derecho"; las explicaciones para negar legitimación a quien ostenta un interés simple no son convincentes: "Nadie pleitea por el simple ocio de gastar su tiempo y dinero en abogados y procuradores. Quien recurre, con todos los inconvenientes que ello acarrea, es porque tiene un auténtico interés general...". "El secreto de la legitimación no es una cuestión técnica sino política, pues nadie puede negar la significación democrática de la acción popular, como modelo procesal de la abierta legitimación moderna". El interés simple, el de cualquier ciudadano -dice Dromi- es más importante que el derecho subjetivo; su mayor significación está dada por razones de cantidad y calidad; cuantitativamente, pues es el interés de todos; cualitativamente, porque están comprendidos todos los intereses públicos y la salvaguarda de la propia legalidad que implica la tutela de los intereses particulares al restaurarse el orden jurídico violado (Dromi, Roberto, "Derecho subjetivo y responsabilidad pública", Bogotá, ed. Temis, 1980, ps. 37 y ss.).

No puede olvidarse en este tema la prédica constante del maestro Morello (ver trabajos citados a los largo de este escrito y tantos otros) y sus discípulos (Ver Berizonce, Roberto, "El control de constitucionalidad local en la provincia de Bs. As.", en JA 1985-IV-782; Gozaíni, Osvaldo, "Introducción al nuevo derecho procesal", Bs.As., Ediar, 1988 y en su trabajo en colaboración con Loianno, Adelina, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Iniciativa. Medios y alcances", en LL 1985-E-808 y ss.), que fructificó en el congreso que se realizó en su honor en Resistencia, Chaco, en 1987 (Ver ponencias en JA 1987-II-765 y "Actas editadas por el Superior Tribunal de Justicia del Chaco", ps. 159 y ss.).

La opinión del magistrado Fayt, especialista en Derecho Político, vertida en sus votos en la Corte Nacional ha recibido el apoyo de los consagrados e indiscutidos (Ver Bidart Campos, Germán, sus notas ya citadas). En suma, no puede dudarse de que el ensanchamiento de la legitimación es un imperativo de los nuevos tiempos (Ver Salgado, Alí Joaquín, "La pretensión de la sentencia meramente declarativa de certeza en la competencia originaria de la Corte Suprema", LL 1988-D-31).

b) No obstante, en el caso no es necesario transitar en estos nuevos carriles, pues la distinción que propongo a mis colegas otorga a los accionantes legitimación indiscutida, idea que desarrollaré seguidamente.

c) He explicado que dos empadronados de la ciudad de Mendoza (nadie les ha discutido esta calidad, la que por otra parte es de público y notorio por ser ambos dirigentes políticos de partidos que actúan en la Provincia) han impugnado un acto que es la consecuencia inmediata de un acto en el que han participado o han tenido la posibilidad de hacerlo. En suma, sostienen que la voluntad del electorado que han integrado no ha sido respetada; en consecuencia, no se está en presencia de actos causados en el sistema representativo.

El voto, como decía Sánchez Viamonte (Sánchez Viamonte, Carlos, "Hacia un nuevo derecho constitucional", Bs. As., Ed. Claridad, 1938, con prólogo de Lisandro de La Torre p. 156), no es en realidad una representación; el individuo que lo ejerce no actúa como representante de una entidad o de una voluntad orgánica (ficticia o real) sino que actúa por sí y el sufragio, es siempre la expresión de una voluntad individual. Baste observar que el sufragio, dentro del sistema representativo es relativamente moderno; antes, correspondió a las llamadas democracias directas, al sistema plebiscitario, propio de las primeras democracias en el mundo. En nuestro sistema electoral, decía este renombrado constitucionalista, durante un discurso en la convención reformadora de la constitución de la provincia de Bs. As. en 1934, "tenemos el sufragio directo, que acaba de ser ejercitado con motivo del referendun respecto de la necesidad de la reforma de la constitución y nosotros mismos somos el fruto de esa voluntad, que no tiene el carácter representativo que se le acuerda a cada elector, sino que se computa su voto como unidad, siendo la cantidad la que va a significar una determinación mayoritaria que, por ser mayoritaria, es la sanción posible en una democracia, sin necesidad de admitir que signifique la representación política del cuerpo social".

Es que el sufragio tiene la categoría de un derecho público subjetivo de naturaleza política (art. 50 Const. Prov. (6) y art. 2 ley provincial 2551) y como consecuencia de él, participa en la organización y actividad del poder en el Estado. El sufragio, dice con maestría Fayt, además de la función electoral, tiene una función de participación gubernativa que se visualiza en las formas semidirectas de democracia, particularmente en el referendun. Aquí se ve claro que la potestad no reside en el cuerpo electoral (masa colectiva o asamblea colegiada) sino en los electores mismos (Ver Fayt, Carlos, "Sufragio y representación política", Bs. As., Omeba, 1963, en especial capítulo 1).

Siendo ello así, tengo para mí que cuando un elector afirma que un acto de un poder constituido no ha

respetado el resultado final de la voluntad obtenida por las mayorías requeridas en un medio vinculante de democracia semidirecta, no sólo está invocando un interés debilitado, vago e impreciso, simple, desdibujado, sino que denuncia la violación del resultado del ejercicio de su verdadero derecho subjetivo de naturaleza política. Su legitimación me parece entonces evidente.

d) Así vista la cuestión, la solución que propongo a mis colegas de sala no es ajena a la jurisprudencia de la propia Corte Nacional. Así por ejemplo, in re Ríos, Antonio, en sentencia del 22/04/1987 (Ver LL 1987-C-279 (7) y en ED 123-231, con nota de Bidart Campos, "La nominación de las candidaturas a diputados por los partidos políticos") el voto mayoritario otorgó legitimación a una persona que impugnaba la ley que monopoliza en favor de los partidos políticos las candidaturas a diputados. Aunque la elección a la que el accionante quería presentarse ya había pasado al momento de resolver, tres integrantes de la Corte resolvieron que subsistía el interés, dado que no era dable esperar que ésas fueran las únicas elecciones. Es decir, el tribunal no le exigió probar que quería presentarse como candidato en las elecciones siguientes; en consecuencia no parece que se haya exigido la existencia de un interés particular e individual como el que impone, como hemos visto, para otros tipos de cuestiones. En cuanto a la naturaleza del sufragio, el tribunal hace suyos los conceptos que Fayt vierte en su obra y que ya he analizado.

e) El otorgamiento de la legitimación en estos casos, se concilia con la actual jurisprudencia norteamericana en la materia (que la Corte Nacional enseña debe seguirse) (Ver los votos del distinguido ministro Petracchi en los fallos ya citados). En efecto, el 26/03/1962 se produce un acontecimiento judicial que Boffi Boggero califica de "resonante" al dictarse un fallo que Vanossi y Horvath adjetivan de "histórico" (Ver Boffi Boggero, Luis María: "Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas", en LL 156-1143; Horvath, Pablo y Vanossi, Jorge: "El fallo Baker v. Carr y la justiciabilidad de las cuestiones políticas", LL 114-982. También Linares Quintana, Segundo, "Reglas para la interpretación constitucional", Bs. As., Plus Ultra, 1987, n. 309/317). Como se recordará los hechos bajo juzgamiento en el caso Baker v. Carr fueron los siguientes: la Constitución del Estado de Tennessee establece que cada 10 años se debe hacer un nuevo prorrateo de los diputados y senadores del Estado; prevé también la manera de distribuir igualitariamente a los legisladores de acuerdo al número de electores; el último prorrateo se había efectuado en 1901 y desde entonces hasta 1962 se habían producido grandes cambios en la distribución de la población; como la legislatura del Estado se negaba a efectuar la distribución, los ciudadanos Charles Baker y otros empadronados del Estado se presentaron ante la Corte Federal. El recurso prosperó y al analizar la cuestión de la legitimación, Mr. Justice Brennan observó que existía en los accionantes "un interés personal" en la controversia; el daño que decían sufrir era que la distribución distrital hecha por la ley 1901 perjudicaba a los votantes del condado donde ellos residían, colocándolos en una situación de desigualdad constitucionalmente injustificable; de allí el juez derivó, muy inteligentemente por cierto, un perjuicio personal. La Corte, reiterando manifestaciones obrantes en fallos anteriores, dijo que el derecho de sufragar, libre de restricciones arbitrarias, es un derecho asegurado por la Constitución.

Como se ve, para la Corte Norteamericana, lo relativo al sufragio y a los resultados que de él se obtienen, genera un interés personal que legitima al empadronado.

f) En mi opinión, la solución tampoco se contradice con la propiciada por prestigiosa doctrina administrativa que calificó de "tradicional".

Dice Marienhoff que en los denominados intereses "simples" sólo se está legitimado para petionar a las autoridades (art. 14 CN.) pero no para acudir a la justicia; que la acción popular genérica importaría violar el principio representativo impuesto por la CN. art. 22. Pero advierte el maestro, que no niega la posibilidad de acciones populares específicas (tal lo que sucede con el hábeas corpus) ni tampoco cuando la ley expresamente la concede; y en este aspecto recuerda, que tal acción popular existió en la ley electoral 8871 (8) en su art. 90, pero que las leyes posteriores no la mencionan (Marienhoff, Miguel, "La legitimación en las acciones contra el Estado. Acción popular. Interés simple, interés difuso, acto administrativo discrecional", en "El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado", Bs. As., Perrot, 1988, obra de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, ps. 71 y ss. y en LL 1986-C-899).

Pues bien, advierto que la consagración democrática de esta acción "popular" de la ley Saenz Peña de 1912, fue copiada en el art. 60 de nuestra Constitución de 1916 que expresamente dice: "La acción para acusar por faltas o delitos definidos en la ley electoral, será popular y se podrá ejercer hasta dos meses después de cometidos aquéllos. El procedimiento será sumario y el juicio deberá sustanciarse y fallarse en el término de treinta días, a instancia fiscal o de cualquier ciudadano" (la bastardilla es mía) (idem art. 115 ley electoral 2551)

(9).

No puede olvidarse que los convencionales constituyentes de 1916 surgieron, prácticamente, de la primera elección que se hace en Mendoza sin fraude y vigente la ley Sáenz Peña.

No se me escapa, es obvio, que en el sub lite no existe ninguna "falta" ni "delito" definido por la ley electoral, pero la norma prueba que el derecho subjetivo público de naturaleza política del sufragio está especialmente amparado en el ordenamiento público provincial mendocino, concediéndose para su protección acciones a cualquier ciudadano. No se viola aquí el sistema representativo (legítima preocupación de Marienhoff) porque insistimos una vez más, no estamos frente a actos derivados del sistema representativo sino a consecuencias inmediatas de actos de democracia semidirecta.

g) Por todo lo expuesto me parece insuficiente el argumento vertido por la demandada en el sentido de que no es la acción de inconstitucionalidad la vía para canalizar estos intereses insinuando que el tribunal no puede modificar la acción. Insisto en que no existe en el caso solamente un denominado "interés simple"; hay un verdadero interés público de naturaleza política.

Pero aun cuando así no se lo entendiera, debo recordar que en materia de inconstitucionalidad, la Corte Nacional tiene reiteradamente dicho que poco importa el nomen iuris (Ver fallos citados en mi voto conjunto con el Dr. Moyano registrado en LA 102-104). De seguir la tesis de la demandada nunca hubiese nacido el amparo, pues debe recordarse que fue la propia vía procesal la que se originó en la decisión judicial. Por lo demás, como bien se ha señalado, el Supremo Tribunal argentino elimina valladares formales en la materia. Así, aun cuando en el orden federal no existe la acción declarativa de inconstitucionalidad, la Corte la acepta y estas pretensiones son canalizadas no sólo a través de la acción declarativa, sino también de la vía incidental, el proceso sumario, la acción de amparo, etc... (Ver Morello, Augusto M., "Precisiones en torno a la acción mere declarativa de inconstitucionalidad, en el orden nacional" y Bidart Campos, "¿Hay en el orden federal acción declarativa de inconstitucionalidad?", ambos en ED 123-423; véase también Morello, "La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad", en JA 1985-IV-257 y "Estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema acerca del control de constitucionalidad de las leyes", en JA 1986-IV-659).

h) En el orden local, esta acción, por innominada que fuere, se fundaría indubitablemente en el art. 33 de la Constitución de la provincia que siguiendo en esto las aguas de la nacional, establece que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo.

Ya he explicado, que en el sublite está en discusión si esa soberanía ha sido o no respetada mediante la decisión del Poder Ejecutivo que es consecuencia inmediata del acto que canalizó un supuesto de democracia semidirecta.

6) Las especiales circunstancias del caso: Todo lo dicho me persuade de la legitimación de los Sres. Pérez Díez y Falaschi. Pero las especiales circunstancias del caso son también relevantes para decidir esta cuestión.

Es verdad que conforme el art. 223 CPCC., el primer legitimado para pedir la inconstitucionalidad es el fiscal de Estado. No creo, como afirma uno de los accionantes, que en los hechos la Fiscalía de Estado de la Provincia haya perdido su independencia. Por el contrario, obran en este tribunal pruebas de que ese organismo ostenta la calidad que la constitución provincial le exige (Ver autos 46.775; Fiscal de Estado v. Poder Ejecutivo de la Provincia).

Tampoco se trata, exactamente, de que normalmente el impulso a cargo de los funcionarios del Estado dependa en gran medida del interés político en emprender o no la defensa de la supremacía normativa (Ver Vanossi, ob. cit., LL 1980-A-970).

Pero en este caso se advierte una circunstancia muy especial; como es de público y notorio y surge de la decisión de la Junta Electoral que la suscripta integra, del día 13/04/1989, el funcionario titular de la Fiscalía de Estado es candidato a convencional constituyente por un partido político; es evidente que tiene un interés directo en defender la constitucionalidad del acto que convoca a elecciones. En consecuencia, de no otorgar legitimación como lo hemos expuesto en los puntos anteriores, dejaríamos un acto de tanta trascendencia

institucional como es el impugnado, sin control por falta de legitimados. La solución parece absurda no sólo al ciudadano común, a quien deben ir destinadas nuestras sentencias, sino igualmente al hombre de Derecho.

Por lo expuesto, me parece insuficiente el argumento de que se podrán ejercer las responsabilidades políticas. Todos sabemos que interpretar la Constitución provincial (de modo distinto o idéntico al que lo hace la Corte Provincial) no puede fundar un juicio político.

7) La carencia de legitimación activa del partido político Unión del Centro Democrático: Si como he expuesto en los párrafos anteriores, la legitimación activa proviene de ser titular de un derecho público de naturaleza política a votar y a que se respeten los resultados, debo concluir en la falta de legitimación del partido político accionante.

En efecto, aun cuando se admita que las leyes (nacionales y provinciales) que regulan a los partidos políticos tienen naturaleza institucional y que estos cuerpos intermedios forman parte de la política del Estado (Para estas cuestiones ver Pérez Guilhou, Dardo y otros: "El estatuto de los partidos políticos", Mendoza, Ed. Jur. Cuyo S.R.L., 1982) que tienen personalidad jurídico-política (ver arts. 5 ley 4746 (10) de Mendoza y 3 inc. c ) ley 23298 (11)) y que son instrumentos "necesarios para la formulación y realización de la política nacional" (art. 2 ley 23298 y de la ley 4746 ), lo cierto es que ninguna disposición legal los hace titulares del derecho individual del sufragio, del cual he extraído la legitimación de los otros accionantes; en consecuencia, no están legitimados para plantear esta acción de inconstitucionalidad, a diferencia de lo que sucede en algunas leyes extranjeras (Ver Sagüés, Néstor P., "Recurso Extraordinario", Bs. As., Depalma, 1984, t. 1, p. 69, n. 37); en cambio, podrían impugnar todo lo relativo a nominación de candidatos para cargos públicos electivos, a su constitución, organización, funcionamiento, etc.

El otorgamiento de esta legitimación podría colocar a la decisión de esta Corte, en pugna con la solución reiterada del Superior Tribunal de la Nación (Ver supra 2.4) sin apoyo normativo en el ordenamiento público provincial; no he encontrado ni en la Constitución de Mendoza, ni en la ley electoral 2551 ni en la de los partidos políticos 4746, disposición que permita legitimar a un partido político para impugnar el resultado de un referendium constitucional.

### 3. Alcances generales de la sentencia

1) Afirma la demandada que aun haciendo lugar a la inconstitucionalidad deducida, los efectos del acto no pueden alcanzar sino a quienes han sido parte en el proceso. Funda su posición en la doctrina mayoritariamente aceptada para los casos en los que la acción es deducida por un particular que invoca un interés individual. Señala las diferencias que existen con la declaración de invalidez que la Constitución provincial determina para los supuestos en que la acción es interpuesta por el fiscal de Estado (art. 177 , 2do. párrafo).

2) Advierto en primer lugar que, vigente la constitución de 1916, no existe norma expresa que limite los efectos de la sentencia sólo a las partes, en todos los supuestos en que la acción es iniciada por particulares.

3) Insisto en que en el caso, la legitimación de los Sres. Pérez Diez y Falaschi asienta en un derecho subjetivo público de naturaleza política no sólo a sufragar sino a que se computen correctamente las mayorías en el acto participativo. Otorgar legitimación en estos casos y limitar los efectos de la sentencia a las partes es un contrasentido lógico jurídico. En los hechos, significaría privar a esta Corte de poder decisorio, sería un mero órgano consultor pues su fallo carecería de imperium.

Por eso, en todos los precedentes que he citado (el leading case Sánchez Viamonte y los que siguieron su sana doctrina), la sentencia ha tenido efectos generales. Esta solución es también la de la jurisprudencia norteamericana en Baker v. Carr, fallo en el cual la Corte Federal de los EEUU obligó al Estado de Tennessee a realizar las elecciones bajo otro sistema de distribución de bancas.

Sin pretender terciar en la histórica polémica entre Sarmiento y Alberdi sobre la importancia del derecho norteamericano en el tema, insisto una vez más en que es la propia Corte Nacional la que nos enseña a seguir los precedentes del país del norte (Ver Petracchi, Enrique S. "Control judicial en la Argentina", en LL 1987-E-709 y ss).

4) La solución que otorga efectos expansivos en estos supuestos es defendida por Bielsa (ob. cit., LL 73-710



y ss.) y es también aceptada por el nuevo derecho público provincial (Ver Frías, Pedro, "Control atípico de constitucionalidad en el Derecho Público Provincial argentino", LL 1975-C-685).

5) Esta respuesta no contradice los principios de nuestro propio ordenamiento local, pues cuando están en juego intereses públicos, no se considera vulnerado el principio de la separación de poderes frente a un fallo con alcances generales; la prueba indubitable es el art. 177 párr. 2 de la Constitución.

6) Por lo demás y como bien lo ha enseñado Bidart Campos, "la unidad o mismidad de un sistema se identifica cuando la pluralidad total de sus normas tiene en común el mismo fundamento de validez en la Constitución" lo cual reporta un juicio de expulsión y ajenidad de las "inválidas" o sea de las inconstitucionales cuya irregularidad las desmembra del sistema. "Con todo la invalidez no les hace perder su calidad normativa: son normas jurídicas inválidas, a las que la jurisdicción constitucional puede y debe descalificar (o descalifica) para que no entren a formar parte del sistema mediante la adquisición de la ejemplaridad que desplaza al criterio de pertenencia o membrecía establecido por la Constitución" ("La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", Bs. As., Ediar, 1988, p. 266).

7) En conclusión, los efectos de esta sentencia son generales y tienen el mismo alcance previsto en el art. 177, párr. 2 de la Constitución provincial, aplicable por sustancial analogía.

#### 4) Judiciabilidad de la cuestión debatida

1) Ha sostenido la demandada la no judiciabilidad de la cuestión debatida, la que sería de competencia exclusiva de la Junta Electoral Provincial.

En mi opinión, la posición sustentada no tiene hoy andamiaje normativo, ni jurisprudencial ni doctrinal. Tampoco encuadra en la plataforma fáctica que da basamento al presente caso. Veamos por qué.

2) Los asuntos electorales y las mal llamadas "cuestiones políticas": a) Esta sala ha recordado en anteriores pronunciamientos (ver LS 182-493) la tesis amplia de judiciabilidad que en nuestro país lidera Bidart Campos (ver como síntesis de su pensamiento su obra ya citada: "La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional", ps. 160 y ss.) y que fuera mantenida desde la Corte por aquel digno magistrado que fue Boffi Boggero (Ver Boffi Boggero, Luis M. "Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas" en LL 156-1143). Esta doctrina, ardorosamente defendida en nuestro medio por Drorni ("El poder judicial en la constitución, en la crisis, en fa democracia", Tucumán, Ed. Unsta, 1982, ps. 234 y ss.), se funda sintéticamente en las siguientes razones: a) La detracción del control (el "self restraint") viola el derecho a la jurisdicción de los justiciables; b) Cuando el Estado no puede ser llevado ante los tribunales, estamos fáctica e injustamente ante el hecho de irresponsabilidad; c) El art. 100 CN. confiere a la Corte competencia para decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución. Igual amplitud puede predicarse de la Const. de Mendoza, art. 147 inc. 3.

Adviértase que no se propiacia sacar de sus funciones a los tribunales para que sustituyan al ejecutivo o al congreso (ver mis votos en LS 205-397; LS 202-192). En efecto, la jurisdicción no puede revisar la oportunidad, el mérito, la conveniencia o el acierto de las decisiones políticas; se respeta como facultad privativa, la elección del criterio y la ocasión que se adoptan para tomar una medida; pero si su materialización en un acto trasgrede la Constitución, hay cuestión suficiente para provocar su revisión judicial dentro del marco en que ésta se moviliza.

En el caso, no está en discusión si la sustitución de la Constitución es o no necesaria; si es conveniente reformar el ordenamiento provincial antes que el nacional, si el gobernador debió convocar a elecciones constituyentes juntamente con las elecciones generales o por separado, etc... Todos estos son juicios de mérito, oportunidad, valoración, exclusivos de los otros poderes constituidos.

Lo debatido en el sub lite es una cuestión eminentemente jurídica, cual es el saber si se ha cumplido o no con los recaudos constitucionalmente impuestos; es decir, si en las elecciones de 1987 el electorado de Mendoza respondió o no con las mayorías exigidas por el ordenamiento fundamental del Estado provincial.

b) Pero no es necesario seguir esta tesis amplia para declarar en el caso la judiciabilidad de la cuestión propuesta. Analicemos el caso desde la perspectiva del maestro Marienhoff. Como es sabido, este ilustre

administrativista, distingue entre las cuestiones típicamente administrativas, las llamadas "políticas" y las institucionales. Entre las primeras y las segundas -dice- no existe diferencia "jurídica" sino sólo de grado, fáctica; ambas son revisables en la vía jurisdiccional. Sólo el acto institucional es irrevisable y éste se caracteriza por las siguientes pautas: a) se vincula a la organización y subsistencia del Estado; b) No incide en forma directa e inmediata en la esfera jurídica del administrado, cuyo status de tal no se altera ante la emisión del acto institucional; c) Es acto jurídico de Derecho Público; d) En cuanto a su emisión es siempre discrecional, aunque alguno de sus elementos pueda estar reglado (Ver Marienhoff, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, Bs. As., Abeledo Perrot, 1966, ns. 558 y ss. seguido por su ilustrado discípulo Cassagne, Juan C., "Acto político y acto institucional en una acción de amparo promovida por jueces provinciales", en LL 1985-D-1216).

Pues bien, el decreto por el cual el gobernador de la Provincia convoca a elecciones a constituyentes, de gran importancia para las instituciones mendocinas, no es, sin embargo, un acto institucional en el sentido antes reseñado. A diferencia de lo que ocurre con la declaración de guerra, del estado de sitio, etc., no hace en sí mismo (convocatoria a elecciones) ni a la organización ni a la subsistencia del Estado mendocino, que ya tiene una constitución, no está desprovisto de ella. Por lo demás, no es en cuanto a su emisión un acto discrecional; el gobernador no convoca a elecciones si quiere o no; debe hacerlo conforme a la constitución (art. 128 inc. 4 Const. Prov.). En consecuencia, para llamar a elecciones constituyentes debe existir una ley votada por las dos terceras partes de los miembros que componen cada cámara (ley que no puede vetar) y además que esa ley se haya sometido al pueblo en las elecciones siguientes para diputados habiendo votado la mayoría de los electores afirmativamente (art. 221 Const. Prov.).

Bien enseña el administrativista que venimos glosando, que la confusión entre actos "políticos" y "actos institucionales" trajo como nefastas consecuencias, entre otras, declarar cuestión no judicializable las relativas al derecho electoral. El error reside en confundir "cuestión política" con "asunto o cuestión regida por el Derecho Político" y aclara: "En un régimen democrático liberal, todo lo vinculado a las elecciones integra el rubro de las libertades públicas, las cuales, desde luego, han de ejercerse conforme a las leyes que las reglamenten con fundamento de razonabilidad. El Derecho de elegir y ser elegido es una de las tantas libertades públicas fundamentales en cualquier ciudadano. De manera que lo atinente a ese aspecto de las elecciones no constituye una cuestión política, aunque se trate de una cuestión asunto regido por el Derecho Político". Marienhoff sigue en el punto las enseñanzas republicanas de aquel gran procurador general que tuvo la Corte Nacional, el Dr. Sebastián Soler (Marienhoff, ob. cit., n. 740).

c) En virtud de todo lo expuesto, la Corte Nacional ha abandonado la tesis de que las cuestiones electorales no son judiciales (ver comentario de esta jurisprudencia en Sagüés, Pedro N., "Recurso Extraordinario", Bs. As., Depalma, 1984, t. 1. n. 73. Compúlsese igualmente los fallos de la Corte Nacional del 22/09/1986 UCR de la provincia de Bs. As., en ED 121-98 con nota de Bidart Campos, "Una cuestión electoral provincial resuelta por la Corte Suprema por causa de arbitrariedad de sentencia" y de Durante, Alfredo: "Control de legalidad y de razonabilidad de las decisiones de la junta electoral bonaerense" y del 14/05/1973 en LL 150-427 (12), con nota de Bidart Campos, "El ballottage en Santiago del Estero y los problemas constitucionales conexos").

d) Por lo demás, no puede negarse que la tesis de las "cuestiones políticas", al menos en su formulación tradicional (no en la saludable rectificación sostenida por Marienhoff), está en franca retirada. Hoy empiezan a "tratarse" temas que otrora estaban excluidos. A vía de ejemplo mencionamos las decisiones de los tribunales de enjuiciamiento (Para esta cuestión ver, especialmente Sagüés, Néstor P. "Recurso extraordinario", cuestiones políticas justiciables y Superior Tribunal de la causa", en LL 1988-C-59, quien comenta el caso Llamosas, del 06/10/1987 también publicado en JA Semanario n. 5605, 01/02/1989; del mismo autor: "El recurso extraordinario federal y la judicialidad de la sentencia legislativa pronunciada en el juicio político", LL 1987-B-445; en comentario a la sentencia del 19/12/1986 en la debatida cuestión del juicio político a los ministros de la Corte Sanjuanina; los fallos también pueden compulsarse en JA 1988-I-625 y en ED 122-472 con nota de Bidart Campos, "Recurso extraordinario contra la decisión de un órgano provincial de enjuiciamiento de jueces" y en ED 128-467 con notas de Bidart Campos, "Una cuestión no judicializable que ha desaparecido: el enjuiciamiento político" y de Oyhanarte, Julio, "La Corte Suprema y el juicio político"; también de Sagüés ver: "Proyección de la doctrina del recurso extraordinario por arbitrariedad respecto de decisiones de los tribunales de enjuiciamiento, en comentario a la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes" in re "Romero, Julio" en LL 1982-D-150, etc.); la calificación de las leyes (ver Corte Just. San Juan 12/09/1988, Fiscal de Estado Interino p/demanda de inconstitucionalidad, con nota de Bidart Campos, "El control judicial de la clasificación de las leyes en la constitución de San Juan", Ed boletín del 02/02/1989 fallo

n. 41.325); la ley de la legislatura que prorroga el mandato de los legisladores (además de los fallos citados supra II.3.b., ver Sup. Trib. Formosa, 26/11/1985, Herrera, José; JA 1986-IV-183, etc.); la decisión de la convención constituyente provincial que niega la incorporación de un convencional electo (Sup. Trib. Santiago del Estero, 06/01/1986, Castiglione, Antonio, con nota de Bidart Campos, "La judiciabilidad de la decisión de una convención constituyente provincial negando la incorporación de un convencional electo", en ED 118-153) etcétera.

e) Nos preguntamos qué ha quedado de la teoría de la no judiciabilidad de las cuestiones políticas después del caso Watergate.

Bien señala Jonathan Miller que el "papel más importante de la Corte es su responsabilidad como guardiana del proceso político" y haciéndose cargo de esta función, es evidente que debe desaparecer el fantasma de las cuestiones políticas en los problemas electorales. Tal lo que sucedió, insistimos una vez más, en la Corte Federal estadounidense a partir del leading case Baker v. Carr (Miller, Jonathan, "Control de constitucionalidad: el poder político del Poder Judicial y sus límites en la democracia", en ED 120-912).

f) Sostiene la demandada que esta cuestión debió ser resuelta por la Junta Electoral provincial y no por esta Corte. Este razonamiento olvida los siguientes aspectos: A) No existe en la ley electoral mendocina ninguna base para esta solución. De conformidad con la ley 2551 (arts. 52 y ss., 70 y ss.) la Junta Electoral realiza las operaciones indicadas por la ley a los fines del escrutinio y proclamación de los candidatos electos, declara la validez o invalidez de cada comicio, otorga a los electos el respectivo diploma, etc., pero ninguna norma dice que declara que se han reunido o no las mayorías previstas en el art. 221 de la Constitución.

B) Aunque así no fuera, lo cierto es que en este caso, la Junta Electoral (que la suscripta integra desde 1984 no se ha expedido sobre esta cuestión. El gobernador ha interpretado sin decisión de la Junta Electoral, correctamente o no, que las mayorías se han obtenido; en consecuencia, la demandada no puede afirmar que el decreto debe recurrirse ante la Junta Electoral pues no existe decisión alguna de ese organismo; nada tiene éste que pronunciar, rectificar o ratificar.

3) Las decisiones de la Corte Nacional. La posible constitucionalidad de una reforma constitucional: a) La demandada también insinúa que la cuestión planteada deberá ser resuelta, en definitiva, por la convención constituyente, que juzgará su propia legitimidad y en su consecuencia dictará o no la constitución. Y aun así, la posibilidad ulterior de la declaración de inconstitucionalidad de la reforma está vedada, por ser cuestión no judiciable.

b) No ignoro que la Corte Nacional resolvió el 20/09/1963 in re Soria de Guerrero v. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. (Ver LL 112-226) (13) que no constituye cuestión justiciable el examen del modo como el Poder Legislativo cumplió las prescripciones constitucionales referentes al procedimiento de formación y sanción de las leyes; este fallo ha hecho decir a Vanossi, que no parece probable que pueda prosperar una impugnación de inconstitucionalidad contra una ley declaratoria de la necesidad que no cuenta con las exigencias constitucionales (Ver Vanossi, Jorge R., "Teoría constitucional", t. 1, Bs. As., Depalma, 1975, ps. 332 y ss.).

No obstante, ya hemos reseñado la amplia evolución jurisprudencial de la Corte Nacional en todo lo referido a la no judiciabilidad. El caso que se menciona no puede hoy ser el hilo conductor sobre qué resolvería la Corte en un caso en el que lo que está en discusión no es el acto legislativo consecuencia del sistema representativo, sino el acto del poder ejecutivo consecuencia directa del sistema de democracia semidirecta. O sea, el acto de ejecución del acto institucional.

c) Por lo demás, la doctrina sentada en ese fallo aislado ha sido contradicha por toda la doctrina nacional. Sobre el tema parece útil recordar la ya histórica polémica entre Linares Quintana y Cueto Rua. Para el primero, sólo es dable declarar la inconstitucionalidad cuando se han violado los procedimientos; para el segundo, también cuando se han contravenido las cláusulas pétreas (por ejemplo, el art. 18 cuando declara abolida para siempre la pena de muerte por razones políticas) (Véase Linares Quintana, Segundo, "Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado". Parte general, t. 2, Bs. As., Alfa, 1953, n. 873 y ss. y Cueto Rua, Julio, "¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?", LL 36-1100). Pero se advierte claramente que en una y otra postura, la inconstitucionalidad sería viable, desde que está en discusión exclusivamente una cuestión vinculada al procedimiento, llámase a esta etapa pre-constitucional o se la considere un estadio constitucional.

d) La posibilidad de esta declaración ha sido sostenida, para el orden procesal constitucional mendocino por prestigiosa doctrina. Así dice Dana Montaña, que la incorrecta reforma de 1965 al art. 120 de la constitución mendocina, debió ser declarada inconstitucional por la Corte Provincial inmediatamente ser lo planteara. (Ver Dana Montaña, Salvador, ob. cit., LL 121-784 y ss.).

e) Esperar la sanción de una Constitución, presuntamente inconstitucional, para luego declararla, parece una actitud imprudente de un órgano que, al decir de Miller, tiene como papel más importante el ser "guardiana del proceso político".

4) Conclusiones sobre el punto de la no judicialidad de la cuestión planteada: En 1821, decía Marshall (aquel gran juez de quien Oliver Holmes predicó ser el "elegido si el Derecho Norteamericano debiera ser representado en una sola figura") que es muy cierto que la Corte no asumirá la jurisdicción si no debe, pero es igualmente cierto que debe ejercer la jurisdicción cuando le corresponde hacerlo. El Poder Judicial no puede, a diferencia del legislativo, evitar una medida porque ella se "acerque" a los límites de la Constitución. Nosotros -decía- no podemos pasarla por alto porque el acto sea dudoso. "Cualquiera sean las dudas o dificultades que presente un caso, debemos decidirlo si es traído ante nosotros. No tenemos derecho ni a declinar la jurisdicción que nos es conferida ni el de usurpar la que no nos es dada. Uno y otro caso constituirían traición a la Constitución. Pueden presentarse cuestiones que de buena gana evitaríamos, pero no podemos evitarlas. Todo lo que tenemos que hacer es ejercitar nuestra mejor capacidad de juzgar y concientemente cumplir nuestra labor" (Ver fallo Cohens v. Virginia, reseñado por Horvath y Vanossi, ob. cit., LL 114-982 y ss.).

De todo lo expuesto y teniendo en cuenta esta enseñanza rectora, concluyó para este punto:

a) La cuestión debatida, estrechamente vinculada a cuestiones electorales, es judicial por ante esta Corte.

b) Esta solución se compadece con el derecho público provincial y, fundamentalmente, con el sistema republicano y democrático de gobierno.

5. El significado constitucional del término electores contenido en el art. 221 ordenamiento provincial mendocino:

1) El punto de partida: Actores y demandada están de acuerdo con que la constitución provincial requiere para su reforma más de la mitad de los votos; también lo está el procurador general. En otros términos, todos coinciden en que no basta la "simple pluralidad", a la manera, por ejemplo, de lo dispuesto por el art. 37 CN., sino que el voto afirmativo debe alcanzar más de la mitad. El punto en discusión es si ese "más de la mitad", es sobre los votos efectivamente emitidos por el sí o por el no; o es "más de la mitad de la totalidad de los ciudadanos empadronados". En otros términos, el tema a decidir es si la palabra "electores" equivale a "empadronados" o a "votantes".

Mi punto de partida es el mismo, pues la primera parte del cuestionado art. 221 dispone que el pueblo vote en pro o en contra. Cuando las opciones son sólo dos (a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, cuando se elige un candidato entre muchos), el sentido lógico me indica que la mayoría requerida es la de "más de la mitad" (Compulsar, en contra Sagüés, Néstor P., "El concepto de elector en el art. 221 de la constitución de Mendoza", en JA 1988-II-450, para quien la norma se refiere a la mera pluralidad o a la denominada mayoría "simple").

2) La norma directriz: La norma rectora para cualquier juez de la Provincia es la del art. 149 de la Constitución provincial, que impone fundar la sentencia en el texto expreso de la ley y sólo a falta de éste en los principios de la legislación vigente en la materia respectiva y en los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso.

3) La especificidad de la interpretación constitucional: En 1819, en el leading case Mac Culloch v. Maryland, el juez John Marshall dijo: "Nunca debemos olvidarnos que estamos interpretando una Constitución". De allí que abordaré la cuestión siguiendo las pautas que la Corte Nacional y los constitucionalistas han sistematizado para la interpretación del ordenamiento fundamental del Estado (Para la cuestión ver Linares Quintana, Segundo, "Reglas para la interpretación constitucional", Bs. As., Ed. Plus Ultra, 1988; Canosa Usera, Raúl, "Interpretación constitucional y fórmula política", Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1988, Bidart Campos, Germán, "La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional", ob.

cit.; Quiroga Lavie, Humberto, "Sobre la interpretación constitucional", en Rev. del Colegio de Abogados, La Plata, n. 31, 1973, p. 65 y ss.; SÁCHICA, Luis Carlos, "La norma constitucional y su interpretación", ED 82-951; Sagüés, Néstor P., "El concepto y la legitimación de la interpretación constitucional mutativa", ED 88-869; Vanossi, Jorge R., "Un caso de interpretación constitucional: sanción, promulgación y publicación de las leyes", JA 2-1969-291, etc.).

4) La interpretación gramatical: a) En razón de que el texto constitucional debe ser redactado en lenguaje llano y simple, la opinión mayoritaria se inclina en favor de interpretar las palabras empleadas en su sentido "general y común"; sin embargo, el principio es inaplicable cuando se trata de términos "técnicos" en cuyo caso deben ser tomados en su significación técnica (Black, Henry C., "Handbook of construction and interpretation of the law", cit. por Linares Quintana, ob. cit., n. 112).

Como lo señalan Sagüés (ob. cit. JA 1988-II-452) y Ramella ("La reforma de la constitución", en diario Los Andes del 20/09/1987), el diccionario de la Real Academia Española, permite aplicar la palabra "elector" tanto al potencial (empadronado) como al efectivo (votante), pues se lo define como "que elige o tiene potestad o derecho de elegir".

Pero debo decir que el diccionario no siempre responde al sentido "popular" al que nos remite Black y la jurisprudencia norteamericana. Por eso dice Vanossi que "no siempre el diccionario de la Real Academia Española resulta ser fuente acertada en materia de interpretación constitucional" (ob. cit., JA 2-1969-291) y el juez Learned Hand indicaba que "uno de los índices más seguros de una jurisprudencia madura y evolucionada, es el de no tener por autoridad al diccionario..." (cit. por Linares Quintana, Segundo, ob. cit., "Reglas para la interpretación", n. 136).

b) En mi opinión, nada mejor que recurrir a la propia Constitución mendocina y a las leyes electorales que conforman el sistema. Esta remisión es lícita para cumplir con dos pautas de la hermenéutica constitucional, cuales son: A) En ningún caso debe suponerse que un término constitucional es superfluo o está de más, sino que se utilizó obedeciendo a un designio preconcebido de los autores de la ley suprema; B) La Constitución debe ser interpretada como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes.

La Constitución mendocina menciona el término "electores" también en su art. 59 que dice: "Toda falta, acto de fraude... ejercitado por los empleados o funcionarios... como también por cualquier persona., contra los electores antes del acto eleccionario o durante él...". Tengo para mí que la palabra elector no significa "votante efectivo" sino mero empadronado, pues se está refiriendo a la situación anterior al acto eleccionario.

Igual significado surge de la ley electoral 2551 : el art. 1 los define como "quienes lo son del Registro Cívico Nacional..."; el 3 ("ninguna autoridad podrá reducir a prisión al ciudadano elector desde 24 horas antes de la elección"); 4 ("el elector... privado del ejercicio del sufragio..."); 7 ("todo elector tiene el deber de votar..."); 8 ("Quedan exentos de la obligación... los electores mayores de 70 años"); 20 inc. 3 ("número de candidatos por los que puede votar el elector"); 26 inc. 1 ("los presidentes y suplentes deberán tener las siguientes calidades... ser elector en ejercicio"); 57 ("se compruebe que la apertura tardía o clausura anticipada... privó maliciosamente a electores de emitir su voto"); 104 ("es prohibido a los electores la portación de armas... desde las 18 horas del día anterior a la elección"); 112 ("el elector que sin causa legítima dejase de emitir su voto") etc. De todos ellos surge la sinonimia con "empadronado" y no con "votante".

Aun cuando al referirse expresamente al momento del sufragio la ley electoral habla de los electores (ver arts. 34 , 36 , 37 , etc.), también el término significa "persona inscripta en el padrón electoral que está votando".

La identidad entre elector y empadronado surge de la ley Sáenz Peña (que tanto influyó sobre nuestra constitución de 1916, como se ha visto), cuyo art. 1 decía: "Son electores nacionales los ciudadanos nativos y los naturalizados desde los 18 años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral". Es también el alcance que da al vocablo el Derecho Público Provincial (ver, por ejemplo, art. 54 de la constitución de Salta, 86 del Chaco, 86 de Jujuy, etc.).

En conclusión, no abrigo dudas de que en el lenguaje técnico jurídico, la palabra "elector" significa "empadronado".

5) La interpretación teleológica: En razón de que la riqueza de la actividad humana no puede desentrañarse con el descubrimiento de uno sólo de los modos que tiene para expresar su voluntad (el lenguaje) (Ver Canosa Usera, ob. cit. p. 95), es menester acudir a la *télesis*, la finalidad de la norma. La Corte norteamericana tiene reiteradamente dicho que "ningún tribunal está autorizado a interpretar una cláusula de la Constitución frustrando sus fines obvios cuando otra interpretación igualmente acorde con las palabras y sentido los apoya y protege" (Ver La Constitución de los EEUU, anotada con la jurisprudencia, t. 1, Bs. As., Ed. Kraft, 1938, p. 65). Por su parte, la Corte Nacional dice habitualmente que "la interpretación histórica que tiende a acatar la voluntad o intención del constituyente, prevalece sobre la mera interpretación literal o gramatical" (Ver Bidart Campos, "La interpretación y el control..." citado, p. 237; a vía de ejemplo, fallo publicado en LL 1983-A-459).

En mi opinión, la voluntad del constituyente y la *télesis* objetiva de la norma se extraen fácilmente del tipo de constitución sancionada y de sus términos. Veamos:

a) No puede dudarse de que Mendoza tiene una Constitución de las llamadas "rígidas" o "semipétreas". En efecto, su reforma exige de un procedimiento distinto al de la sanción de las leyes ordinarias. Si la reforma es de un sólo artículo, basta una ley dictada con una mayoría especial, si es total, se requiere de una convención constituyente, pero en ambos casos, el electorado debe ser escuchado y debe manifestarse mayoritariamente en forma afirmativa por el cambio.

Por eso, dice Sagüés que "la Constitución mendocina de 1916 es obviamente poco amiga de que la cambien" (Sagüés, ob. cit., JA 1988-11-453).

Un importante sector de la doctrina constitucionalista argentina afirma que cuando la Constitución es rígida, las normas que disponen sobre su reforma deben ser interpretadas con criterio estricto, o más aún, con sentido restrictivo, pues el sistema quiere la dificultad y no la facilidad de la reforma constitucional (Ver Linares Quintana, Segundo, "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado". Parte general, t. 2, Bs. As., Alfa, 1953, n. 970; Vanossi, Jorge, "La teoría constitucional", ob. cit., t. 1, ps. 329 y ss; Oyhanarte, Julio, "Imposibilidad de la proyectada reforma constitucional", LL 84-779). Esta posición tiene como punto de partida la distinción entre poder constituyente originario y derivado; el segundo tiene límites precisos a los cuales debe someterse sin mayores flexibilizaciones (Ver Luna, Eduardo F., "El poder constituyente y la proyectada reforma de la constitución de Mendoza", ED 115-821).

Otros, en cambio, afirman que frente a textos rígidos o semipétreos, las posturas hermenéuticas deben ser elásticas, pues son las únicas que conducen a una visión dinámica y evolutiva del mundo jurídico y, en especial, del derecho constitucional (Sagüés, ob. cit., JA 1988-II-453).

Aunque en mi opinión, la búsqueda de la intención del constituyente pasa por la primera posición en el sub lite no es necesario razonar sobre estas pautas para encontrar la finalidad objetiva de la norma constitucional en examen. Veamos:

b) Tengo para mí que la constitución que todavía nos rige en el ámbito local, está dominada por un principio fundamental: el de la participación política del mendocino. Me baso, entre otras, en las siguientes pautas: A) Es el fruto de elecciones libres, vigente ya la ley Sáenz Peña; B) Disponía desde sus orígenes, la elección directa del gobernador y vice (art. 120 ) (A diferencia de lo que sucede en la CN.); C) Prevé el referendun (al igual que la Constitución de la Provincia de Bs. As.) tanto para la reforma de un solo artículo cuanto para la sustitución total; D) Contempla típicas acciones populares: art. 60 (ya analizado), 21 (regulador del hábeas corpus), 109 y 163 (el juicio político puede comenzar con la acusación de "cualquier habitante") 213 (de igual manera puede iniciarse el iure de enjuiciamiento al Director General de Escuelas y a los miembros del Consejo); E) Hace partícipe a los sectores interesados (por ejemplo: art. 187 , que veda a las leyes sobre irrigación privar a los interesados de los canales, hijuelas, desagües, de la facultad de elegir sus autoridades y administrar sus respectivas rentas) etc.

Si hay una Constitución participativa, ésta es la Constitución mendocina de 1916; y esa participación debe ser efectiva; por eso, al art. 221 no le basta con que el mendocino concurra a las urnas, sino que la reforma exige su pronunciamiento afirmativo. A fortiori, entonces, no es suficiente con darle la posibilidad de que asista, con decirle, si no va es "cosa suya y no nuestra".

En conclusión: tanto la *télesis* objetiva cuanto la subjetiva se acomoda mejor a la doctrina que identifica

elector con empadronado y no con votante.

6) La interpretación valorativa o por los resultados: La Corte Nacional tiene reiteradamente dicho que uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema en que está engarzada es la consideración de sus consecuencias (Ver, a vía de ejemplo fallo del 02/07/1981 en LL 1982-A-3).

Sobre esta pauta, es menester tener los conceptos claros: en el caso, ella no significa que el acogimiento de la acción de inconstitucionalidad sea en sí mismo un resultado negativo, pues la reforma es requerida por los tiempos nuevos. En efecto, quien juzga puede considerar beneficioso para las instituciones federales argentinas el movimiento renovador del que dan cuenta las nuevas Constituciones (Santiago del Estero (14), San Juan (15), Jujuy (16) y La Rioja (17) en 1986, San Luis (18) y Córdoba (19) en 1987, Río Negro (20) y Catamarca en 1988) (Ver referencias en Sanmartino de Dromi, M.L.: "Historia política argentina", t. 2., Bs. As., Astrea, 1989, n. 502), pero este criterio subjetivo no puede prevalecer sobre si es justo o no que el orden constitucional vigente exija un referendum votado afirmativamente por la mayoría de los empadronados. Es que insisto una vez más, no compete a esta Corte decir qué es mejor, si una Constitución rígida o una flexible. En otros términos, el intérprete máximo de la Constitución de la provincia sólo puede preguntarse si frente al texto expreso de la ley es justo apartarse de él pues sus resultados, al tomar el número de electores potenciales y no los votantes efectivos, son irrazonables en sí mismos; esto es, en definitiva, lo que sostiene la demandada, cuando argumenta que al computar a quienes no asistieron se hace prevalecer sobre todo la opinión de aquellos que no cumplieron con sus deberes cívicos por encima de todos los que sí efectivamente lo hicieron.

Tengo el convencimiento de que ello no es así. Veamos por qué: a) Ya he dicho que la Constitución exige conducta participativa positiva (Exige para la reforma que los electores se pronuncien por la afirmativa).

b) No desconozco que alguna doctrina constitucionalista argentina afirme la inconstitucionalidad del llamado "referendum constitucional" (Ver, a vía de ejemplo: Linares Quintana, Segundo, "Gobierno y administración de la República Argentina", t. 1, Bs. As., TEA, 1959, p. 72); se funda en que de conformidad con los arts. 22 y 5 las provincias deben dictar constituciones que adopten el régimen representativo.

Por supuesto que si compartiésemos esa tesis, este pleito no tendría razón de ser (salvo la disputa sobre si esta Corte puede o no declarar de oficio una inconstitucionalidad no planteada por las partes). Pero aclaro desde ya, que no coincido con ella.

La constitucionalidad de nuestro referendum ha sido defendida por Bidart Campos y por Bidegain quienes afirman que el referendum no es una forma de ejercer el gobierno sino tan sólo un procedimiento de consulta (Bidart Campos, G., "Derecho constitucional", t. 1, Bs. As., Ediar, 1964, p. 375; Bidegain, Carlos M., "Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional", t. 2, Bs. As., A. Perrot, 1986, n. 199). Aun cuando no se acepte esta concepción del sufragio, la constitucionalidad de la normativa provincial derivaría también de que la nacional prohibiría la participación desordenada, caótica; por eso, el art. 22, después de afirmar el principio representativo dice seguidamente que toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición. Es decir, la CN. se pronunciaría contra la "pueblada", el desorden, etc., pero no contra una Constitución provincial que prevé el referendum para cuestiones de gravedad institucional, cual es su reforma; ésta es una intervención ordenada y reflexiva (Ver Thompson, Roberto, "El referendum y la iniciativa en la reforma constitucional" en JA 1987-III-819; consultar también Schinelli, Guillermo, "Las formas semidirectas en las constituciones provinciales argentinas", LL 1978-B-886 y Sagüés, Néstor P., "La legitimación del referendum constitucional", LL 1977-D-955 y ss.).

Me pronuncio decididamente por esta última posición, no sólo porque respeta las autonomías provinciales, sino porque se compadece de manera mucho más plena con las actuales tendencias democráticas de participación política. Bien dice Bidart Campos: "El activismo de la sociedad pluralista se expande a través de la participación...", debiendo multiplicarse los roles políticos activos; en el proceso electoral, tanto si se trata de elegir a los gobernantes como si se expresa la voluntad política de otras cuestiones, cada uno de los que participan con su voto se inserta en una corriente de comunicación colectiva en la que el resultado cuantifica numéricamente las preferencias del electorado; en el sistema democrático hay canales abiertos de comunicación desde la sociedad hacia el poder y viceversa, en tanto que en el sistema no democrático, la comunicación se aminora o desaparece (Ver Bidart Campos, Germán, "La Constitución de frente a su reforma", Bs. As., Ediar, 1987, ps. 39, 95, 151).

Pero es claro que para que el referendun esté axiológicamente legitimado, debe asegurarse legitimidad en la tramitación y en la decisión. En cuanto a lo primero, debe haber sido limpiamente preparado, existido un adecuado margen de libertad para el planteo y examen de las distintas opciones, un tiempo razonable para la discusión de las alternativas, una información veraz tanto del Estado como de los grupos políticos que intervienen en la contienda, etc. (Para estos aspectos ver Sagúes, ob. cit., LL 1977-D-957).

Es evidente que si existe esta legitimación axiológica en la tramitación, no habrá indiferencia política. Dice Schauer que en las democracias, tan importante como el voto es el debate público y la deliberación que precede a las decisiones; poseer información completa es un requisito para votar inteligentemente (cit., por Farrell, M. Diego, "La democracia liberal", Bs. As., Ed. A. Perrot, 1988, p. 15).

En consecuencia, nada hay de injusto en que el sistema constitucional mendocino exija mayorías sobre el número total de electores pues su finalidad no es premiar a los que no asisten, sino impulsar a los partidos políticos y a las autoridades constituidas a generar corrientes de opinión.

7) El plano sociológico: ¿Qué ocurrió en el referendun de 1987? a) Ningún habitante de Mendoza, ningún partido político ni poder constituido puede decir, honestamente, que se informó debidamente a la población sobre qué se decidía en el referendun. Basta leer los periódicos de la época en los que sólo existen breves líneas para tan importante cuestión, a la que también estuvo ajena la radio y la televisión (para esta situación preelectoral ver Castorino de Tarquini, María C., "Límites formales y materiales en las reformas constitucionales; en torno a la reforma mendocina", en Rev. Idearium, n. 13, p. 267).

La prueba más evidente es la cantidad de votos, en blanco y de electores que no concurrieron a las urnas, como expresamente lo reconocen actores y demandada (total de empadronados: 803.840; votos en blanco: 214.479; no emitieron voto: 104.605; voto negativo: 117.054; voto afirmativo: 367.702).

b) Fue después de las elecciones en que los periódicos comenzaron a publicar las opiniones de quienes afirmaban que se había cumplido o no con el recaudo constitucional (A vía de ejemplo, por la negativa, ver Pérez Ghilou, Dardo, "El electorado no se ha expresado por el sí", en diario Los Andes del 13/09/1987; dictamen del Pays, diario "Hoy" del 24/09/1987; por la afirmativa: Mosso Gianini, "La reforma de la Constitución", Los Andes 19/09/1987; Armagnague, Fernando, Los Andes del 11/09/1987; opiniones en uno y otro sentido en diario Los Andes del 14/09/1987). Pero lo cierto es que el referendun no fue preparado. Una abstención tan grande de votos sólo se explica cuando hay proscripción y las elecciones de 1987 fueron limpias, por lo que la única explicación posible al silencio, es la falta de información.

c) Con el fin de justificar esta falla republicana de los partidos políticos y de las autoridades constituidas, podría decirse que la ley se presume conocida y que, en consecuencia, la ignorancia del derecho no excusa. El argumento es rebatible desde la óptica político-valorativa. En efecto, la regla del art. 920 CCiv. es una ficción cuya base jurídica es que toda ordenación social exige para su normal funcionamiento que las normas jurídicas impuestas por el Estado con carácter obligatorio se apliquen en todos los casos para los cuales han sido dictadas (Ver Borda, Guillermo, "Error de hecho y de Derecho", Bs. As., 1950, n. 116). Pero a más de que esta doctrina se debilita en los nuevos ordenamientos por su notoria injusticia, de ningún modo puede dar ni siquiera excusas al incumplimiento por parte de los partidos políticos de su verdadera función cívica; si la ley monopoliza en su favor las candidaturas de los cargos públicos, si les otorga subvenciones y exenciones económicas, etc., lo mínimo que el ordenamiento constitucional puede exigirles es cumplir con el deber de informar. Esto es lo sabio desde la perspectiva de la moral republicana.

8) El plano normológico: a) Afirma la demandada que si se computan los votos de aquellos que se abstuvieron, se daría valor al silencio siendo que éste es inexpresivo, neutro, irrelevante para el derecho, salvo que una disposición legal expresamente le confiera valor.

El argumento no se compadece con el texto constitucional, que comienza diciendo que el electorado se debe pronunciar en pro o en contra pero que concluye exigiendo para la reforma que la mayoría responda afirmativamente. La letra y el espíritu de la norma exige actitud positiva, por lo que en mi opinión es un caso en que, por el argumento a contrario, el silencio es respuesta negativa.

b) También me parece normativamente insuficiente afirmar que si se tomara la totalidad de los empadronados se daría valor a la voluntad de aquéllos que por diversas razones no han podido ser excluidos del



padrón en su última depuración (fallecidos, ausentes, etc.).

En efecto, este resultado es típico en las leyes electorales y nadie ha planteado que son absurdas e irrazonables. Así por ejemplo, en la ley 4746 de Mendoza al igual que en la nacional de los partidos políticos, una serie de porcentajes se toman sobre el total del padrón y no puede invocarse que éste no está suficientemente depurado; por ejemplo, el reconocimiento de una agrupación requiere acreditar la afiliación de un número de electores no inferior al 40/100 del total de los inscriptos en el registro de electores (art. 5 ); las elecciones internas son válidas sólo si vota un porcentaje de afiliados superior al 10% del requisito mínimo establecido en el art. 8 ap. 5, etc.

En el sub lite no se ha invocado, ni probado, ni es de público y notorio que desastres excepcionales (tales como epidemias, terremotos, etc.) hayan producido muertes masivas que demuestren que el padrón utilizado no responda sustancialmente a la verdadera población votante.

9) El plano ideológico: a) Acepto la opinión de aquellos que afirman que existe en toda interpretación constitucional una suerte de fórmula política que se identifica con el techo ideológico de la Constitución (Ver Canesa Usera, ob. cit., ps. 252 y ss.).

Pues bien, en esta materia, la Constitución mendocina de 1916 también está influida por la Declaración de Virginia de 1776 que expresamente dice: "El poder de los gobiernos emana del consentimiento de los gobernados". Dicho en otros términos, el poder constituyente reside en el pueblo y, como afirma Kelsen, "Sólo al pueblo compete la enmienda constitucional porque él constituye la fuente última de todo derecho" (Kelsen, Hans, "Teoría general del Estado", p. 331).

b) A ese techo ideológico se acomoda mejor la solución que exige verdadera expresión de la soberanía popular y me parece claro que ésta no existe cuando menos de la mitad del padrón le dice sí a la necesidad de la reforma.

c) Adviértase que en la ley electoral mendocina no existe ninguna norma que exija un mínimo de votantes para declarar válidas las elecciones a constituyentes, por lo que, de seguirse la tesis de la demandada, la reforma constituyente podría ser decidida por un número insignificante de la población, en contradicción con el principio democrático que se asienta en la soberanía del pueblo.

El argumento de que el pueblo no es un organismo colegiado y que en consecuencia no hay quorum mínimo para sesionar, se vuelve entonces en contra de quienes lo propician.

10) Los argumentos históricos: Se afirma que la interpretación constitucional del decreto 169/1989 (21) de la provincia es la que se acomoda a los precedentes históricos desde que en 1943 sólo se había obtenido mayoría de votantes, no obstante lo cual se convocó a constituyentes, que en definitiva fructificó en 1949.

El argumento no puede correr mejor suerte que los anteriores. Aunque resulte doloroso decirlo, la verdad es que la mayoría de las reformas constitucionales realizadas en nuestro país son, al menos, de "dudosa" constitucionalidad. Por ejemplo, la reforma de 1860 se hizo antes de los 10 años previstos por la Constitución de 1853; la de 1949 se dictó no obstante que la ley del congreso no fue votada por los dos tercios de los presentes; la reforma de 1957 fue convocada sin ley del congreso; la reforma parcial de la provincia y de su art. 120 se hizo en 1965 sin respetar los puntos para los cuales la convención había sido llamada, etc. (ver, para estas cuestiones, Dana Montaña, ob. cit., LL 121-784; Oyhanarte, ob. cit., LL 84-779; Bidegain, "Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional", t. 4, Bs. As., Perrot, 1988, p. 13).

En consecuencia, estas "costumbres", "usos" o mejor dicho "perversión constitucional" de ningún modo puede servir para interpretar adecuadamente el texto vigente (para esta terminología me remito a Linares Quintana, ob. cit., "Reglas para la interpretación constitucional", ns. 492 y ss.).

11) Las pautas de los proyectos: Tampoco me parece suficiente acudir, para interpretar el texto vigente, a las fórmulas utilizadas en los proyectos de reforma (por ejemplo, el de Legón y el de Guillermo Cano de 1943), que expresamente se refieren a "votos emitidos". En cuanto a Legón advierto que no era partidario de constituciones demasiado rígidas ni tenía excesiva confianza en el referendun (ver anteproyecto de Constitución para la provincia de Mendoza de 1943). Pero insisto una vez más, no compete al juzgador decir qué es mejor, si una

constitución más o menos rígida, sino que su función se limita a interpretar el texto vigente.

12) La interpretación llamada "progresista" y el principio de "estabilidad": a) La solución que propongo a mis colegas de sala de ninguna manera vulnera la denominada "interpretación evolutiva o progresista". En efecto, hay consenso en que la Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, debe ser interpretada en forma flexible, de modo que pueda adaptarse a todos los tiempos, por lo que deben tenerse en cuenta las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación. Pero justamente, esta jurisprudencia evolutiva tiene por finalidad directa preservar la vigencia de la Constitución evitando sus cambios (Ver Linares Quintana, ob. cit., "Reglas para la interpretación", n. 184 y ss.; Canosa Usera, ob. cit., p. 106; Quiroga Lavié, ob. cit., Rev. del Colegio de Abogados de La Plata, n. 31, p. 65 y ss. etc.).

En consecuencia, ninguna influencia tiene para resolver la cuestión planteada el afirmar que las constituciones modernas son flexibles al cambio.

b) No se trata de que quien juzga en estos autos crea que la Constitución mendocina de 1916 merece defensa patética similar a las de las leyes de Licurgo. Recuerda Plutarco que Licurgo, complacido por la belleza y excelencia de sus leyes quiso que fueran prácticamente inmortales, por lo que congregó a los ciudadanos de su pueblo y les hizo jurar que nada modificarían hasta que él no volviese de Delfos, pues haría a su vuelta, lo que Dios le prescribiese; en razón de que Dios le dijo que eran perfectas y que el pueblo sería feliz y virtuoso con ellas, Licurgo envió a Esparta al oráculo de Apolo y, para no dejar a los ciudadanos libres del juramento, se quitó la vida dejando de comer (Ver Cardarelli Bringas, Alberto, "La reforma de la Constitución", Bs. As., Ed. La Facultad, 1948).

Muy por el contrario, es verdad que el derecho constitucional contemporáneo se emparenta con las constituciones flexibles, lo cual es explicable en un mundo en cambiante evolución, caracterizado por la aceleración de los procesos históricos (Sagüés, ob. cit., JA 1988-II-453). Pero esta nueva visión, que responde a una postura de confianza en la clase política y en los constituyentes del futuro, debe ser aceptada por el pueblo, quien debe ser democrática y repúblicamente informado.

## 6. Conclusiones

1) Quien esto falla está convencida de que, como decía el juez Marshall, la autoridad de la Corte Suprema depende de que esté en lo cierto o en lo cierto de una manera defendible, acerca del significado de la Constitución (Ver Barber Sotirios, "Sobre el significado de la Constitución de los EEUU", trad. de Ana Santos, Bs. As., A. Perrot, 1986, p. 17) y con la misma humildad del juez Brennan afirma que "es consciente de que la Corte no dice la última palabra porque sea infalible, sino que es infalible sólo porque dice la última palabra".

2) Con esta misma humildad declara la judiciabilidad de la cuestión planteada: el acto que se revisa no es un acto institucional, sino, en todo caso, el acto que ejecuta el acto institucional (la ley que declaró la necesidad de la reforma) y los actos de ejecución son esencialmente revisables.

3) Los empadronados (accionantes) no han ejercido una típica acción popular sino una acción sustentada en un derecho subjetivo público de naturaleza política.

4) En consecuencia, por todo lo expuesto expresa a gobernantes y gobernados su convencimiento jurídico de que en las elecciones de 1987 no se alcanzaron las mayorías exigidas por la constitución mendocina, pues no votaron por la afirmativa más de la mitad de los empadronados.

5) Finalmente afirma que la indiferencia del pueblo mendocino no obedeció a un espíritu poco participativo del habitante de esta tierra, cuya historia, por el contrario, muestra signos de permanente preocupación por la cosa pública; antes bien, es sólo el resultado de la falta de información de la trascendencia que su participación tiene en la modificación del orden fundamental del Estado provincial. Sólo esta falla explica la falta de compromiso puesta de manifiesto en el acto eleccionario.

Salvado este error no se duda de que el electorado se pronunciará, oportunamente, como lo quiere una vieja pero sabia constitución.

Así voto.

El Dr. Romano dijo:

Al adherir con pleno convencimiento al voto de la distinguida Ministro preopinante, con el que se abre este acuerdo, no puedo dejar de poner de resalto la particular trascendencia de la cuestión traída a juzgamiento, no sólo por las circunstancias temporales en que el mismo se emite sino también, por cuanto con ello se implican temas que operan sobre el entendimiento de la voluntad soberana de la ciudadanía, en la formulación o mantenimiento de las bases institucionales del mismo Estado provincial.

En efecto, la petición de nulidad del decreto provincial 169/1989 , importa tanto como el cuestionamiento por parte de los accionantes, de la convocatoria a elección de convencionales constituyentes, al entender que en el referendum efectuado junto a las elecciones del 06/09/1987, no se obtuvo el voto afirmativo de la mayoría de los electores, tal como lo establece el art. 221 de la Constitución local, como ratificación de la ley que estableciera la necesidad de su reforma.

El efecto vinculante de la consulta popular con el dictado del decreto impugnado, entonces, deviene del carácter ratificatorio que expresamente prescribe la norma constitucional, cuando impone someter al pueblo la ley que declara la necesidad de la reforma, para que se vote en pro o en contra de la convocatoria de una Convención Constituyente.

Con ello, entiendo, se crea por la propia Constitución, un mecanismo de democracia semidirecta, mediante el voto participativo por parte de la ciudadanía, en la decisión de modificar las bases mismas de la organización jurídico-política de la provincia.

Con sustento en ello, resulta clara la solución del conflicto. Como se sienta en el voto que me antecede, que comparto por sus fundamentos, cuadra reconocer en los demandantes, un verdadero derecho subjetivo público de naturaleza política que legitima su accionar. Pero aun cuando así no fuera, aparece como indiscutible el interés jurídico que ostentan los mismos en los términos del inc. 3 del art. 144 Const. Prov. para excitar la jurisdicción originaria de este tribunal en el conocimiento y resolución sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normativas -entre las que se encuentra el decreto impugnado y que estatuyen sobre materia regida por la misma-.

Partiendo del referido concepto de la consulta popular como acto de democracia semidirecta, es de toda razonabilidad reconocer al elector como titular de un derecho público, incluso anterior a los órganos constituidos, conferido directamente por la Constitución, en base al cual es posible exigir como consecuencia, la abstención por parte de la administración, de todo acto del que pudiera resultar interferida su esfera jurídica implicada en el mismo.

En tal caso, de constatar la contradicción de la conducta administrativa con la norma preestablecida, es preciso reconocer legitimación suficiente al administrado, como interesado (art. 144 inc. 3 in fine Const. Prov.) para cuestionar y discutir el mérito del acto que lo perjudica.

Como lo dice el procurador general en su dictamen de fs. 77/90 "no puede objetarse la falta de interés moral, directo y personal del ciudadano llamado a expresar su voluntad, destinada a disponer si desea o no que se revise el orden jurídico en los que se asienta todo su estilo de vida... El interés en el caso de autos, es personal y directo y de cada uno. Tampoco es dable discutir la índole del perjuicio. No puede pretenderse tampoco que la acción sea ejercida por todos o la mayoría absoluta de los electores. Ello pertenece a cada uno de ellos, en su nombre, como el voto".

Estas breves consideraciones, se encuentran encaminadas a dejar ver que, frente a las especiales particularidades de nuestro caso, el elector se encuentra investido de un derecho público a participar directamente en el proceso de formación de la decisión política de la necesidad de la reforma constitucional. Se encuentra interesado, entonces, en que se respete su voluntad en el cómputo correcto de las mayorías definitorias para autorizar o no su reforma.

Como en la especie se habría violado su derecho subjetivo derivado en un perjuicio personal del erróneo cómputo de aquellas mayorías, en el dictado del decreto impugnado, surge suficiente interés público de naturaleza política, como con precisión y fundamento, se sienta en el voto precedente, para legitimar su accionar, lo que no excluye que el mismo, resulte concurrente con el del resto del cuerpo electoral.

Reconocido entonces a los actores, un interés directo y formal en la controversia, cabe reconocer también suficiente capacidad procesal, como para intentar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, requiriendo por la anulación del decreto 169/1989. Sus efectos, por consecuencia, no podrán ser otros que los generales, emanados del reconocimiento jurisdiccional de la legalidad objetiva de la Constitución y la pérdida de los efectos propios del acto impugnado, por su invalidez y ante su inconstitucionalidad.

Como adelantara en un principio, no obstante adherir en todas sus partes al meduloso y fundado voto de la Ministro que me precede, he querido destacar algunos aspectos incluidos en el fallo y que trae el ordenamiento constitucional mendocino, que particularizan la cuestión a decidir como vinculada a la participación concreta de la ciudadanía, en la integración de un acto de gobierno; cual es, la ratificación o no, de la ley que determina la necesidad de la reforma constitucional, mediante el referendun realizado en el mes de setiembre de 1987.

Por lo que hace a los demás aspectos en tratamiento y en lo sustancial del planteo, participo de la interpretación estricta que se da en el voto antecedente, de lo prescripto por la Constitución y atinente a su reforma, adhiriendo, en consecuencia, a las argumentaciones que se hacen tanto en el plano normológico, sociológico y axiológico a su respecto. Así voto.

El Dr. Llorente adhirió, por sus fundamentos, a los votos precedentes.

2ª cuestión.- La Dra. Kemelmajer de Carlucci dijo:

De conformidad con lo acordado y votado en la cuestión precedente, corresponde declarar, con efectos generales, la nulidad del decreto 169/1989 del Poder Ejecutivo de la Provincia, por el que se convoca a elecciones de convencionales constituyentes para el día 14/05/1989, acogiendo, de esta manera, la demanda interpuesta por los Sres. Ariosto Falaschi y Rubén P. Diez.

Asimismo, corresponde rechazar, por falta de legitimación activa, la demanda interpuesta por el partido político "Unión del Centro Democrático". Así voto.

Los Dres. Romano y Llorente adhirieron al voto que antecede.

3ª cuestión.- La Dra. Kemelmajer de Carlucci dijo:

Las costas de la demanda interpuesta por los Sres. Falaschi y Pérez Diez, deben ser impuestas al Gobierno de la Provincia que resulta vencido; las que corresponden a la demanda interpuesta por la Unión del Centro Democrático, al partido político que resulta vencido. Así voto.

Los Dres. Romano y Llorente adhirieron al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, fallando en definitiva, se resuelve: 1. Hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por los Sres. Ariosto Falaschi y Rubén P. Diez y, en consecuencia, declarar la nulidad, con efectos generales, del decreto 169/1989 emanado del Poder Ejecutivo de la Provincia.

2. Rechazar, por falta de legitimación activa, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el partido político "Unión del Centro Democrático".

3. Comunicar a la Junta Electoral Nacional y a la Junta Electoral Permanente de la Provincia de Mendoza la presente resolución, a sus efectos.

4. Imponer las costas de la acción que prospera, al Gobierno de la Provincia de Mendoza y, de la que se rechaza, a la Unión del Centro Democrático.- Aída R. Kemelmajer de Carlucci.- Fernando Romano.- Pedro J. Llorente.

NOTAS:

(1) ALJA (1853-1958) 2-667 - (2) ALJA (1853-1958) 1-3 - (3) ALJA (1853-1958) 1-13 - (4) LA 1985-A-4 - (5) JA 1986-IV-655 - (6) ALJA (1853-1958) 2-3 - (7) JA 1987-IV-744 - (8) JA 55-sec. leg.-17 - (9) ALJA 1959-1197 - (10) LA 1983-A-1107 - (11) LA 1985-B-1132 - (12) JA 19-1973-199 - (13) JA 1963-VI-271 - (14)

LA 1986-A-895 - (15) LA 1985-A-776 - (16) LA 1986-B-2058 - (17) LA 1986-B-2150 - (18) LA 1987-A-1428  
- (19) LA 1987-A-977 - (20) LA 1988-B-2907 - (21) LA 1989-A-905.