

Sobre las cuestiones políticas y el control de constitucionalidad difuso en los estados federales

por RAÚL GUSTAVO FERREYRA¹

§1 . PLAN DE LABOR. PROPOSICIÓN CAPITAL

Mis inquietudes, en este Seminario Internacional sobre "Tribunales Constitucionales y Federalismo" quedan condensadas en la siguiente descripción: luego de casi 145 años de labor institucional, cuál es el resultado de la tarea judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante CSJN- sobre los procesos de reforma constitucional, una cuestión eminentemente política. Advierto, que se parte del axioma que el cambio constitucional formalizado, es decir, la ventana que abre al futuro el art. 30 constitucional, configura una decisión eminentemente política y de significativa trascendencia.

Consecuentemente, en la Primera Parte de la exposición me concentraré en describir brevemente aspectos generales de teoría política, Derecho y reforma constitucional. Establecida la filiación del proceso de reforma, como estrictamente político en su más alto rango y esencia, en la Segunda Parte, se examinan los principales fallos de la CSJN que han dado tratamiento a tan importante cuestión capital del Derecho Constitucional argentino.

PRIMERA PARTE

§2. POLÍTICA Y DERECHO

I. Generalidades

El derecho es un instrumento de control social, indiscutiblemente, determinado por la política, es decir por valores cambiantes, contingentes y a menudo irracionales,

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Doctor de la Universidad de Buenos Aires e Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

pero para satisfacer el humano afán de seguridad se presenta a si mismo como un sistema con pretensiones de racionalidad.² Los fines que se persiguen a través de la obra política son los fines que un grupo social considera preeminentes: unidad, justicia, paz, concordia, guerra, bienestar, prosperidad. Por caso, entonces, el estudio del Derecho Constitucional no es ni más ni menos que el estudio de la forma en que el Estado debe quedar sometido al Derecho. Recordemos con Bobbio: “poder y Derecho” son dos caras de la misma moneda, pero sólo el poder del Estado crea Derecho, y sólo el Derecho puede limitar al poder.³ Ocupando el vértice del sistema jurídico, el sistema constitucional, al igual que todo el sistema jurídico, es un producto capital de las relaciones de poder.⁴ La decisión fundamental de un pueblo preexiste a la configuración jurídica estatal. Este poder constituyente originario es soberano e incondicionado. Soberano, porque es un poder monopólico dentro del territorio estatal e independiente en sus relaciones con los demás Estados. Incondicionado, porque no viene predeterminado, en principio, por el Derecho.

Hay una idea directriz que sirve como marco de referencia: sólo el poder constituyente⁵ del pueblo –siempre que se entienda que “pueblo”, como tal, nada decide porque, en rigor de verdad, las decisiones son adoptadas, en definitiva, individualmente por los ciudadanos que lo componen⁶– debe crear al Derecho Constitucional que organiza al Estado democrático. Hacer referencia a las virtudes de la discusión y participación públicas, según entiendo, no es exactamente lo mismo que defender o, peor aún, poder asegurar el rumbo de los resultados de la deliberación. La Ley Fundamental juega un papel central en la vida comunitaria porque es el mayor esfuerzo conocido para disciplinar al poder democrático, proveyendo su cauce. Es, en tal sentido, aun débilmente, la razón que reglamenta a la fuerza.⁷

² Cfr.: GUIBOURG, Ricardo y MENDOCA, R.: *Odisea constitucional*, Madrid, 2004.

³ BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*, Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1994, p. 14.

⁴ Cfr.: AARNIO, Aulis: *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

⁵ Por compromiso con la claridad conceptual se advierte que el término “poder constituyente” condensa al menos dos significados. En un primer sentido, se refiere a la clase de actos que instauran la primera constitución o la reforman. En un segundo sentido, poder se refiere al órgano del Estado que ejerce la potestad constituyente. Para evitar confusiones, de ahora en adelante, en principio, la expresión es usada en el primer sentido, aludiendo a la función que denota una actividad: aquella que dispone de la fuerza indispensable para “constituir” al Estado.

⁶ BOBBIO, Norberto: *Teoría General de la Política*, Trotta, 2003, pp. 408-410.

⁷ En otro lugar he defendido la micro tesis de que el “Derecho es la razón de la fuerza”, distinguiendo dos orientaciones conceptuales básicas. Así, en sentido débil, es coacción del orden prevaleciente; la razón sirve para describir el método de la coacción, las palabras que constituyen el discurso del Derecho. Derecho, la razón de la fuerza, en sentido radical, es su fundamento tan deseable como expextable; razón sirve para

La reforma constitucional es la garantía que respalda la idea de que las decisiones constituyentes, políticas por naturaleza, porque política es la creación del Derecho Constitucional, quedan a cargo del cuerpo electoral que elige a quienes integrarán la convención Constituyente. La interpretación de la Constitución, especialmente por intermedio del control judicial de constitucionalidad, es la garantía de que la Constitución se mantendrá como norma suprema del sistema.⁸

II. Cuestiones Políticas

El parámetro que rige actualmente este tema sigue siendo el que quedara establecido por la afirmación aparentemente “definitiva” respecto de la doctrina de la cuestión política que pronunciara el Ministro de la Corte de los EEUU, Brennan en el fallo *Baker vs. Carr*⁹. Allí se dijo que de forma prominente, en la superficie de cualquier caso del que se afirme que presenta una cuestión política, se destaca, ya sea: (a) “una asignación constitucional, que puede ser comprobada desde el texto constitucional, a un órgano político coordinado”; (b) “una ausencia de parámetros que pueden ser jurídicamente determinados y utilizados para resolverlo”; (c) “la imposibilidad de decidir al respecto sin decisión política previa, la que ciertamente no corresponde al ámbito de discrecionalidad del poder judicial”; (d) “la imposibilidad de que un tribunal lleve a cabo la resolución independiente sin faltar por ello al debido respeto de los órganos coordinados del gobierno”; (e) “una necesidad inusual de adherir sin cuestionamientos a una decisión política ya adoptada”; o (f) “la dificultad potencial que puede plantearse a partir de pronunciamiento opuestos emitidos por distintos órganos en torno a una misma cuestión”.

Existe, entonces, una doctrina de la cuestión política. Esta no designa ciertas disposiciones constitucionales como de acceso prohibido para la interpretación judicial; sino que requiere que los tribunales federales que determinen si las disposiciones

justificar o demostrar todo lo que puede aducirse a favor de un correcto o justo empleo de la fuerza. La distinción pone en evidencia un contrapunto interesante (FERREYRA, Raúl Gustavo: *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 19-73).

⁸ La literatura sobre la materia es vastísima. Solamente se indica a continuación las fuentes consultadas en esta investigación. BIDART CAMPOS, Germán: “Las cuestiones políticas”, *La Ley*, t. 120, pp. 1045/51.; BOFFI BOGGERO: “Nuevamente sobre las llamadas cuestiones políticas”, *La Ley*, t. 156, pp. 1144 y ss.; OYHANARTE, Julio: “Cuestiones no justiciables” en AA. VV.: *Temas de Casación y Recursos Extraordinarios*, 1982, La Plata, p. 143; BIANCHI, Alberto: *Control de constitucionalidad*, Ábaco, t. 2, Buenos Aires, 2002, p. 149/285; TAGLE ACHAVAL, Carlos, *La Ley*, t. 148, p. 1323 y ss.; DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 146 y ss.; SAGÜÉS, Néstor: *El tercer poder*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005; BAZÁN LASCANO; *Cuestiones Políticas. El control y las autolimitaciones de la Corte Suprema*, Ábaco, 2003.

⁹ 369 U.S. 186, 217 (1962).

constitucionales que las partes solicitan a los jueces que apliquen se dejan someter a interpretación judicial como garantías de derechos exigibles.¹⁰ Para pronunciarse al respecto, un tribunal debe, en primer término, interpretar el texto constitucional pertinente, e intentar identificar los propósitos a los que sirve esa disposición en particular, dentro del esquema constitucional considerado como un todo. En esta etapa de análisis, el tribunal considerará particularmente relevante el hecho de que la disposición constitucional confiera por sus términos la facultad a otro órgano de gobierno; si la disposición reconoce dicha facultad, el tribunal deberá considerar la posibilidad de conclusiones opuestas, y la necesidad real de reparaciones políticas y jurídicas paralelas. Pero, en última instancia, la investigación respecto de la cuestión política apunta tanto a la concepción que el tribunal tenga de la competencia judicial como al texto constitucional y la refleja en el fondo de la mixtura que existe entre la interpretación constitucional y la discrecionalidad judicial, lo cual es consecuencia inevitable de los esfuerzos efectuados por los tribunales federales para definir sus propias limitaciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina fijó su posición respecto de las cuestiones políticas, aparentemente, por primera vez, en la causa “Cullen, Joaquín M. c. Llerena, Baldomero”, resuelta el 7 de setiembre de 1893. Se expresó, en el voto mayoritario, que la intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe es, como queda dicho, un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación; y así está reconocido en nuestros numerosos precedentes al respecto, sin contestación ni oposición de ningún género: todos los casos de intervención a las provincias han sido resueltos y ejecutados por el poder político, esto es, por el Congreso y el Poder Ejecutivo, sin ninguna participación del poder judicial. Y que “Es una regla elemental de nuestro Derecho Público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente...”

¹⁰ En este sentido, la doctrina de la cuestión política presenta una importante similitud con el test de la “zona de interés” en la doctrina de la legitimación: en algún sentido, ambas se ocupan de una cuestión más amplia, referida a si la Constitución brinda elementos que justifiquen una acción judicial de los que el demandante pueda servirse para obtener la reparación judicial solicitada. Sin embargo, en tanto que la doctrina de la cuestión política aspira a dar respuesta a este interrogante preguntándose si una determinada disposición constitucional permite su propia aplicación judicial, el requisito del nexo interroga respecto de si el demandante presenta el tipo de interés jurídicamente protegido que la disposición constitucional se propone preservar.

Han transcurrido 115 años desde este pronunciamiento judicial, emblemático, por otra parte, por la disidencia del Juez Varela.

Ciertamente, una cosa es la política y otra bien distinta el derecho político que regula jurídicamente la vida de aquella.

Estrictamente, “cuestiones políticas” son el resultado del ejercicio de una facultad privativa; es decir, el ejercicio de una atribución propia de los poderes constituidos (eminente mente políticos) o constituyentes que generan la formación de causas que en su instrumentación judicial reciben la denominación de cuestiones políticas.

Las cuestiones políticas son tan distintivamente políticas en su naturaleza, que debe considerarse impropio que los Tribunales de Justicia conozcan de ella, en la inteligencia que hacen a la organización fundamental del Estado.

Encargar a las cortes la tarea de acomodar “los factores incommensurables de la política” es atribuir omnicompetencia a los jueces, por encima de los creadores de la Constitución.

En resumidas cuentas, el poder de reforma¹¹ se ejercita para modificar un sistema constitucional creando, suprimiendo o agregando nuevas disposiciones. Es un poder eminentemente político porque crea Derecho Constitucional, sometido a reglas de competencia predeterminadas. Admitiéndose que las constituciones no son eternas sino tan solo permanentes, esta ventana al futuro es abierta por el artículo 30 de la Constitución federal de la Argentina –en adelante CA o constitución federal–: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. El único modo de llevar adelante un cambio válido es con el consentimiento autorizado de los representantes del pueblo (diputados) y de la federación (senadores), reunida la mayoría y cumplido el procedimiento indicado por la propia Constitución. Atribuir al

¹¹ Con toda razón sostiene Francisco Fernández Segado que las disposiciones jurídicas, generalmente, no contiene reglas referidas a su propia reforma: la única excepción la encontramos en el campo de la Norma Superior y ello responde a un significado concreto. El poder soberano, atribuido al pueblo en virtud de la regla democrática, exige jurídicamente que la Constitución se convierta en “lex superior” para que, en cuanto obra del poder constituyente, ningún órgano constituido pueda desempeñar atribuciones soberanas (Fernández Segado, Francisco: El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid, 1992, p. 81 y ss).

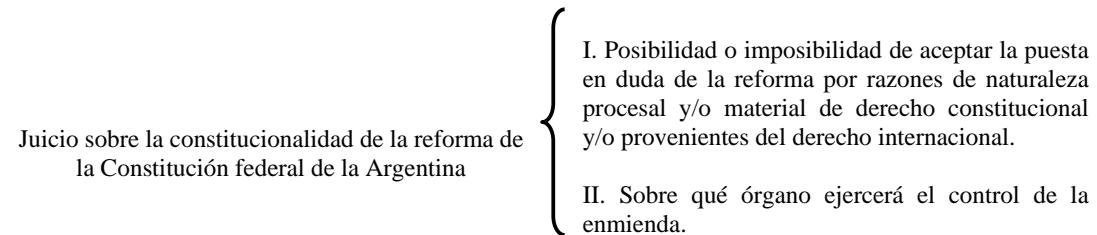
Congreso de la Nación la potestad preconstituyente significa reconocer una evidencia capital: su superioridad democrática; es que en su composición se refleja o deberían reflejar todas las opciones políticas existentes en la sociedad.

Corresponde analizar si una reforma constitucional, al ser una cuestión eminentemente y distintivamente política puede ser juzgada judicialmente, máxime si la orientación jurídica del Estado es federal.

El análisis sobre el conflicto que puede suscitar la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional es un problema capital del Derecho Constitucional, y el consecuente análisis del órgano llamado o encargado que ha de resolverlo es un “problema secundario”, sencillamente, porque aunque deriva de aquél y es “segundo en orden” tiene anatomía propia. Fijar la dimensión del problema significa que se trata de una situación que no tiene un único significado o que incluye, de cualquier manera, alternativas de cualquier especie porque el carácter de indeterminación objetiva es lo que define un problema.¹²

Según la conceptualización presentada, el problema¹³ se esquematiza:

Gráfico A



¹² Abbagnano, Nicola: Diccionario de Filosofía, FCE, México, 1996, pp. 953-955.

¹³ Insisto: el problema es el juicio sobre la constitucionalidad de una reforma, pero, ineludiblemente atado a él se halla el del órgano competente. En rigor, cuando más abajo se hace alusión al “problema”, son las dos cabezas las que quedan expuestas o interrelacionadas, aunque a veces no sea evidente. Esta variedad, pues, depende del hecho de que “secundario” indica en el lenguaje empleado una relación temporal y no axiológica, denotando, simplemente, lo que viene después.

El argumento constitucional que desarollo se dirige a obtener como conclusión una razonable descripción y ulterior clasificación, de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que permiten comprender sobre bases ciertas la configuración del problema predeterminado y su consecuencia.

SEGUNDA PARTE

§3. MANIFESTACIÓN DEL PROBLEMA: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, HASTA 1994

La Constitución federal de la Argentina de 1853/60 fue reformada en 1866, 1898, 1949, 1957 y 1995. Esta última fue la que de mayor grado de consenso cívico gozó y también la que con mayor profundidad reformó el texto, tanto el referido a las declaraciones de derechos y garantías como el relacionado con las potestades gubernativas.

¿Qué han hecho los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para enjuiciar la constitucionalidad de una reforma constitucional en el Derecho argentino, hasta 1994? Unicamente, por razones de espacio, renglones más abajo no se lleva a cabo comentario sobre las opiniones dogmáticas que se consideran más significativas hasta ese entonces.¹⁴ Además, se advierte, que cuando se habla de “juicio sobre la constitucionalidad” de la reforma, naturalmente, ninguna de las resoluciones judiciales que se comentan se posaron sobre la totalidad de los aspectos de forma y/o de fondo comprendidos por la propia enmienda. Pero, creo, el solo hecho de que el juicio pueda prosperar hace pensar que “toda” la reforma puede quedar, eventualmente, bajo la lupa del control judicial de constitucionalidad de la producción normativa estatal. Veamos.

¹⁴ Recurriendo al método histórico se realiza un listado de distintas opiniones de juristas que se han referido al problema en el período citado: LINARES QUINTANA, Segundo V.: “Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional”, *LL*, t. 34, Buenos Aires, 1944, pp. 1153-1158; CUETO RÚA, Julio: “Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional”, *LL*, t. 36, Buenos Aires, 1944, pp. 1100-1107; CUETO RÚA, Julio: “Sobre la constitucionalidad de reformas constitucionales. El caso ‘Coleman vs. Miller’”, *ED*, t. 138, Buenos Aires, 1990, pp. 879 y ss.; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957; BIDART CAMPOS, Germán J.: *Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 190; SPOTA, Alberto Antonio: *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Plus Ultra, 3.^a ed., Buenos Aires, 1993; VANOSSI, Jorge R.: *Teoría Constitucional*, 2.^a ed., t. I, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 217-236; QUIROGA LAVIÉ, Humberto: *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, pp. 613-615; BIANCHI, Alberto: “Los procesos de reforma constitucional y de sanción de leyes como cuestiones no justiciables”, publicada en *ED*, 19/6/1991; SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de Derecho Constitucional*, 1.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 109-110.

I) “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”: en 1963, la tarea jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cumplió cien años. Hasta el 20 de septiembre de 1963, cuando sucedió por primera vez al decidirse el caso “Soria de Guerrero”¹⁵, nunca en su historia el más Alto Tribunal de Justicia se había pronunciado sobre si sus facultades jurisdiccionales comprendían o no la posibilidad de realizar el juicio de constitucionalidad de una reforma constitucional.

Una mayoría de jueces de la CSJN, integrada por Benjamín Villegas Basavilbaso, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid, Pedro Aberastury, Ricardo Colombres, Esteban Imaz y José Bidau, entendió, de conformidad con lo que se denominó “la doctrina de los precedentes de la Corte”,¹⁶ que las “facultades jurisdiccionales del Tribunal no alcanzan, como principio” para examinar el “procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales”. Para el propio Tribunal, dicha solución reconoció como fundamento la exigencia de preservar la separación de los poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica.

Consecuentemente, reconocida la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión judicable la consistente en el modo en que aquél cumplió las prescripciones constitucionales atinentes al procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales. Rápidamente, la Corte pareció haber advertido que este argumento era necesario, pero no suficiente. Por eso confirmó y completó la regla de interpretación constitucional con otra proposición insertada en la primera parte del considerando 4.^º: “Que si ello es así con respecto a la observancia del procedimiento constitucional vigente para las Cámaras del Congreso, con mayor razón la intervención de esta Corte tampoco es pertinente para decidir, como se pretende, en el caso, si el artículo 14 nuevo de la Constitución Nacional fue sancionado de conformidad con las normas del reglamento interno dictado por la Convención Nacional

¹⁵ “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.” CSJN, Fallos, 256:556 (1963). Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el título de la publicación oficial del Tribunal.

¹⁶ Los cuatro fallos, citados por el Tribunal, fueron: “Cullen c/ Llerena”, CSJN, Fallos, 53:420 (1893); “Compañía Azucarera Tucumán S.A. c/ Provincia de Tucumán”, CSJN, Fallos, 141:271 (1924); “Compañía Azucarera Concepción c/ Provincia de Tucumán”, CSJN, Fallos, 143:131 (1925); “Petrus S.A. c/ Nación Argentina”, CSJN, Fallos, 210:855 (1948).

Constituyente de 1957, relativas a la exigencia de aprobación, por dicho cuerpo, de las versiones taquigráficas de sus sesiones”.

Se trató, en rigor, de la elaboración acabada de una regla para la interpretación constitucional: el procedimiento adoptado para la configuración del Derecho Constitucional y de la ley son, en principio, cuestiones ajenas a la potestad de control judicial. Y se dice, “en principio”, porque quizá midiendo la relevancia del axioma adoptado, la Corte, en el considerando 3º, descargó la excepción a la prohibición de despliegue de facultades jurisdiccionales. Dijo el más Alto Tribunal: “...Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”. Al no resultar comprobado en “Soria de Guerrero” que la sanción de la disposición normativa constitucional impugnada se encontrase comprendida en el supuesto excepcional precedentemente recordado, la Corte dispuso la estricta aplicabilidad al caso de la jurisprudencia de que se ha hecho mención.¹⁷

II) “Gascón Gotti, Alfredo y otros”: promovieron demanda de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. La acción se enfiló contra la ley provincial número 10.859 que, en su momento, había dispuesto seguir el trámite de la reforma constitucional, sometimiento a plebiscito para que el pueblo de la provincia se pronuncie respecto de los puntos concretos de enmienda que en su momento fijó la Legislatura. Los impugnantes adujeron que no se había respetado el trámite previsto en la propia Constitución Provincial para proceder a su reforma.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, rechazó la demanda por entender que los demandantes carecían de legitimación procesal para accionar, pues el carácter de ciudadanos electores con domicilio en el territorio provincial no les confería la condición de “parte interesada” exigida por el artículo 149 de la Constitución Provincial. El planteo de inconstitucionalidad llegó a la CSJN. El

¹⁷ El juez Luis María Boffi Boggero fue el único que votó en disidencia, postulando que la materia examinada era claramente judicable. Sostuvo que el pueblo, mediante decisión constituyente, distribuyó en tres poderes la potestad de gobierno, fijando a cada uno su esfera; al poder judicial le asignó la de decidir las causas mencionadas en la Constitución Nacional. Por ello, entendió que si por parte legítimamente interesada se niega la existencia válida de un precepto constitucional a mérito de no haberse observado el procedimiento establecido por la Convención Constituyente, o se sienta como necesaria la convocatoria de una nueva Convención que, al declararla inexistente la disposición normativa, en rigor, la crearía en su misión específica; o bien el juzgamiento de la materia –como propuso– correspondería a la justicia, en auténtico uso del principio de separación de los poderes, por haberle la Convención Constituyente atribuido a ella esa tarea y no al Poder Legislativo ni al Poder Ejecutivo. (V. Sección §4, gráfico C)

más Alto Tribunal de Justicia, el 6 de julio de 1990, por mayoría, desestimó la queja de los actores.¹⁸ En la causa “Gascón Gotti”¹⁹ el voto mayoritario fue suscripto por los jueces Enrique Petracchi, Rodolfo Barra, Julio Nazareno, Augusto César Belluscio, Ricardo Levene y Julio Oyhanarte. Básicamente, coinciden con la interpretación elaborada en la sede jurisdiccional provincial (ausencia de legitimación activa), aunque los tres jueces mencionados en último término lo hicieron agregando sus propios argumentos. Razón por la cual, estrictamente, no emana de los argumentos adoptados por la mayoría juicio alguno sobre la posibilidad de control judicial del proceso constituyente, excepto los del voto conjunto de los jueces Levene y Oyhanarte.²⁰

III) “Ríos, Antonio Jesús”²¹: el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes rechazó la demanda interpuesta por Antonio Ríos con el fin de que se declarase la nulidad parcial de la reforma de la Constitución de ese Estado, en lo relativo a la creación de los cargos de viceintendente y convencionales constituyentes municipales, y de los actos electorales consiguientes.²² Contra este pronunciamiento el interesado llevó su queja al más Alto Tribunal de Justicia de la República. El 2 de diciembre de 1993 la Corte, con la unanimidad de sólo siete de sus nueve miembros, rechazó la queja de Ríos. Para así hacerlo, se sostuvo que las objeciones del impugnante

¹⁸ También el mismo día la Corte resolvió la causa “Pablo González Bergés y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859”, registrada en CSJN, Fallos, 313:588 (1990). Los siete considerandos empleados por la mayoría para desestimar la queja, son iguales a los escritos en “Gascón Gotti”. Los jueces que firmaron el decisorio también son los mismos, pero Fayt, Belluscio, Levene y Oyhanarte indicaron, en sus votos respectivos, que los argumentos y conclusiones expuestos en la causa “Gascón Gotti” eran aplicables en “González Bergés” y se daban por reproducidos por razones de brevedad.

¹⁹ CSJN, Fallos, 313:594 (1990).

²⁰ Los jueces Levene y Oyhanarte, respecto de la cuestión problematizada en ésta contribución, sostuvieron, con expresa cita del precedente “Soria de Guerrero”, que en el caso examinado era aplicable la regla interpretativa de la Corte, según la cual el Tribunal no tiene, en principio, facultades jurisdiccionales para examinar la validez del procedimiento seguido en la formación y sanción de las leyes nacionales o provinciales, ni la del procedimiento atinente a la reforma constitucional. Pero añadiendo que si bien era cierto que la mencionada regla se refirió a la reforma de la Constitución Nacional, parecía obvio que también debía aplicarse a las enmiendas de las constituciones provinciales, dado que la no judicabilidad depende tan sólo de la naturaleza del acto sobre el que recae. Realizando una “síntesis inmejorable” de su posición –según su propio discurso–, Levene y Oyhanarte recordaron la doctrina judicial establecida en 1939 por la Corte Suprema de Estados Unidos en la causa “Coleman vs. Miller”; entonces allí los jueces Black, Roberts, Frankfurter y Douglas dijeron, en voto concurrente, que “el artículo V atribuye el poder de enmienda de la Constitución al Congreso, solamente... El proceso de reforma es político en su totalidad, desde la iniciativa de reformar hasta que la enmienda llega a ser parte de la Constitución; y no está sujeto a guía, control ni interferencia de los jueces, en ningún sentido”.

²¹ “Ríos, Antonio Jesús s/ plantea nulidad de reforma constitucional” CSJN, Fallos, 316:2743 (1993). Sobre este fallo pueden leerse los comentarios de: BIDART CAMPOS, Germán J.: “La impugnación ante la Corte Suprema de la reforma constitucional correntina”, *ED*, 156-289; y de GELLI, María Angélica: “La Convención reformadora, ¿otra promesa incumplida del proceso reformador?”, *LL*, 1994-E, pp. 14-19.

²² El Tribunal expresó que la Asamblea Constituyente, al sancionar las reformas en cuestión, no sobrepasó el temario de puntos sujeto a modificación establecido por la ley 4593, que había declarado la necesidad de la reforma parcial de la Constitución.

relativas a la competencia de la Convención Constituyente correntina para modificar el régimen municipal –en el sentido que lo hubo de hacer– remiten al estudio de una cuestión típica de derecho local que, por vía de principio, es ajena a la posibilidad de conocimiento y decisión del Tribunal. La Corte aquí tampoco ingresó propia y expresamente en el problema del juicio de constitucionalidad sobre una reforma, bien que en este caso se trataba de ejercicio de poder constituyente de segundo grado. Sin embargo, el considerando 4.º, que no forma parte estrictamente de la argumentación elaborada para rechazar la demanda, vía *obiter dictum* no tiene desperdicio. Allí, los jueces de la Corte dijeron: “...es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se halla circunscrito por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia...”. Con cita de Manuel Gorostiaga,²³ agregaron que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre los cuales descansa la Constitución.

Entiendo por “indecible” lo que jamás puede decir el discurso propositivo; silencios, por otra parte, que muchas veces pueden traducirse como significados trascendentales de lo que realmente importa. Con tal marco, y pese a que el argumento transcripto del Tribunal en el párrafo anterior, como se ha dicho, no constituyó la plataforma de la sentencia, motivo por el cual no hubo juicio de constitucionalidad. ¿Estaba la Corte insinuando, sin decirlo por supuesto, que el Tribunal, llegado el caso, se reservaría el ejercicio de la competencia de las competencias, esto es: el control de constitucionalidad de una Convención Constituyente, en el orden federal? ¿Ello formó parte, si cabe, del imaginario de los jueces del Tribunal?

Más allá de elaboraciones apresuradas, por el momento conviene tener en cuenta lo siguiente: hasta “Soria de Guerrero”, el juicio de constitucionalidad sobre la reforma fue, en rigor, un problema indistinguible en el derecho judicial. “Soria de Guerrero” configuró la primera realidad verbal sobre esa parte del mundo del control judicial de constitucionalidad hasta entonces no escrita. Sin embargo, las palabras dichas por la Corte en “Soria de Guerrero” no alentaron temores. Exactamente treinta años después,

²³ El trabajo citado es: Gorostiaga, Manuel: *Facultades de las convenciones constitucionales*, estado cromo litográfico J. Ferrazini y Cía., Rosario, 1898, pp. 52 y 53.

en “Ríos”, bien que tangencialmente y dejando silencios profundos, sobrevendría una nueva distinción: los poderes conferidos a las Convenciones Constituyentes no pueden reputarse ilimitados (algo bastante sabido), porque el ámbito de aquellos se halla circumscripto por la disposición normativa que la convoca y le atribuye competencia. Lo que no resultaba tan claro era cuál sería el órgano competente para el examen y crítica de los límites ni sus atribuciones.

§4. CONTINUACIÓN DEL MISMO ASUNTO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, A PARTIR DE LA REFORMA DE 1994

I) ¿Juicio de constitucionalidad sobre la ley que declaró la necesidad de reforma en 1994? Episodio 1: apuntes sobre el caso “Polino”²⁴

En la madrugada del 29 de diciembre 1993 quedó sancionada la ley 24.309 que declaró necesaria la reforma parcial de la Constitución federal de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957. Tal como prevé el artículo 30 de la Constitución Nacional, la iniciativa contó con el apoyo de las dos terceras partes de los miembros de cada una de las cámaras, quienes votaron separadamente.²⁵

Configurando una verdadera “novedad” para el ulterior “¿libre?” ejercicio de las tareas constituyentes, en el artículo 5 de la ley 24.309 se dispuso que, con respecto de los temas indicados en el artículo 2, la Convención Nacional Constituyente debía “votarlos conjuntamente”, entendiéndose que la votación afirmativa importaría la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que su negativa importaría el rechazo del conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales hasta ese entonces vigentes. El artículo 6 completó los límites y definió las sanciones: “Serán nulas de nulidad absoluta las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2 y 3...” de la ley 24.309.

Héctor Polino y Alfredo P. Bravo, en su carácter de ciudadanos y diputados nacionales por la Capital Federal, promovieron acción de amparo con la finalidad de que se declare la nulidad del proceso que concluyó con el dictado de la ley 24.309 –que

²⁴ CSJN, Fallos, 317:335 (1994). Puede verse comentario de GELLI, María Angélica: “Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático”, *LL*, 1994-C, pp. 291-301.

²⁵ GARCÍA LEMA, Alberto Manuel: *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*, Planeta, Buenos Aires, 1994, pp. 145-152.

convocó a la formación de la Convención Constituyente para la reforma de la Constitución Nacional– por haberse transgredido el trámite pertinente previsto en la ley fundamental, en particular por el artículo 71. Arguyeron: su interés en impedir que el Senado declare la necesidad de reforma de un artículo de la Constitución Nacional en condiciones distintas de las aprobadas por la Cámara de Diputados;²⁶ en forma simultánea cuestionaron la constitucionalidad del artículo 5 de la ley 24.309. La acción fue rechazada en primera instancia. La decisión fue confirmada en segunda instancia; Polino llevó la causa hasta la Corte.

El más Alto Tribunal de Justicia resolvió la causa el 7 de abril de 1994; la regularidad constitucional de la declaración de necesidad de reforma y llamado a Convención Constituyente fue protegida, en principio casi sin esfuerzo, por siete jueces: Julio Nazareno (según su voto), Augusto Belluscio, Enrique Petracchi, Ricardo Levene, Eduardo Moliné O'Connor (según su voto) y Guillermo López. Los jueces Antonio Boggiano y Carlos Fayt hicieron sentir sus disidencias.

Decir que en los argumentos de la mayoría luce una elaboración respecto de los límites a la potestad de juzgar sobre el procedimiento de reforma, significa no hablar con propiedad. Concretamente, no hay en ninguno de los seis considerandos del fallo mención alguna sobre potestad judicial y control del proceso de reforma constitucional. El planteo de nulidad de la ley 24.309, deducido por Polino, en una Corte poco generosa

²⁶ El 22 de diciembre de 1993 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó un proyecto de ley declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional. Se incluyó, en el artículo 2, entre las reglas constitucionales que podrían ser modificadas por la Convención Constituyente, al artículo 48, referente a la duración del mandato de los senadores; se lo fijaba en cuatro años. La Cámara de Senadores, al aprobar el proyecto de los diputados y sancionar la ley 24.309, modificó parcialmente este punto. Aunque se mantuvo el artículo 48 como objeto de enmienda, se excluyó la determinación del mandato de cuatro años, tal como había aprobado la Cámara de Diputados. Los impugnantes, Polino y Bravo, entendían que la Cámara de Diputados había sido cámara de origen. Y que al introducirse modificaciones en la Cámara de Senadores, de acuerdo con el artículo 71 de la CA, debía devolverse el proyecto a la Cámara de Diputados. Sin embargo, la Cámara de Senadores sin más trámite lo remitió al Poder Ejecutivo Nacional, el que la promulgó mediante el decreto 2700/93, privándose – según adujeron los recurrentes– de ejercer el derecho que la Constitución les concede para concurrir o no con su voto para integrar las mayorías requeridas por ella para la declaración de la necesidad de la reforma. El tratamiento de la cuestión de si fue o no fue el Senado cámara de origen y la situación tanto o más opinable de si ello, efectivamente, es o no es constitucionalmente relevante, máxime cuando el tratamiento parlamentario no mereció objeciones de la Cámara de Diputados, supera, en rigor de verdad, los límites de la cuestión aquí descripta. Pueden leerse sobre el particular las opiniones doctrinarias reseñadas por Alberto García Lema en la obra citada; constitucionalista que recuerda que poco después de sancionada la ley 24.309, el Senado comunicó a la Cámara de Diputados que reafirmando su condición de cámara iniciadora había sancionado dicha ley, la 24.309. El comportamiento seguido por los senadores –continúa García Lema– no mereció objeciones de la Cámara de Diputados. ¿Quiso decir: “el que calla, otorga”? Ciertamente, y aunque la cuestión parecía bastante borrosa, la ausencia de reclamo por la Cámara de Diputados es un fuerte indicador de la constitucionalidad de lo actuado.

para reconocer el efectivo acceso a la jurisdicción, fue rechazado, como era esperable, por ausencia de legitimación procesal.

Muy distinta es la situación de los votos disidentes. Propusieron que prosperase el control judicial.

El juez Boggiano entendió que en la sanción de la ley 24.309, en lo concerniente al lapso preciso del mandato de los senadores, no se alcanzaron las mayorías exigidas por el artículo 30 de la CA. Sostuvo que las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Diputados aprobaron la inclusión de un plazo específico de duración –cuatro años– para el mandato de los senadores. En cambio, la Cámara de Senadores no aprobó ese aspecto del proyecto de los diputados. Por lo tanto, con relación al punto disputado, senadores y diputados aprobaron cosas distintas. Recordando la doctrina fijada en el caso “Soria de Guerrero”, consideró que no existía otro remedio que declarar la inconstitucionalidad del artículo 2 de la ley 24.309, en cuanto incluía al artículo 48 de la CA entre las normas respecto de las cuales se declaró la necesidad de la reforma. Respecto de la impugnación de Polino sobre el método imperativo para aprobar la enmienda, descripto en el artículo 5 de la ley 24.309, para Boggiano el actor carecía de legitimación para hacerlo.

También el juez Fayt propuso el control judicial de constitucionalidad sobre el proceso constituyente. Consideró que, en el caso, se habría privado a la Cámara de Diputados de su indispensable intervención en el trámite parlamentario, pues de acuerdo con el artículo 71 de la Constitución federal, el Senado, al introducir modificaciones, debería haber devuelto el proyecto a la cámara de origen. Reputó, igualmente, de dudosa constitucionalidad los artículos 5 y 6 de la ley 24.309, pues los condicionamientos que resultan de las referidas normas parecen exceder en mucho las facultades que al Congreso le corresponden en la materia, para entrar a sustituir lo que es atribución exclusiva de la Convención Constituyente de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 30 de la CA. Propuso, por lo tanto, dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado, en la inteligencia de que, según sus propias palabras, en ese proceso no estaba en debate “el resultado del juego de las normas constitucionales, sino las mismas reglas de ese juego”.

Como puede leerse en los argumentos de Boggiano y Fayt, ambos jueces consideran, con diferentes argumentos, con diferentes alcances y con diferentes precisiones,²⁷ revisable judicialmente el proceso preconstituyente. Es más, tanto uno como otro magistrado, en sus respectivas elaboraciones doctrinarias, llaman la atención sobre la doctrina fijada en “Soria de Guerrero”, a la que, según dicen, se atienen.²⁸ Sólo que, como se dijo en dicho precedente del año 1963, la irrevisibilidad judicial del procedimiento de reforma constitucional es un principio pensado para la hipótesis de actuación del Congreso dentro de los límites constitucionales, y que cede, en la medida en que se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación del Derecho.

II. ¿Juicio de constitucionalidad sobre la ley que declaró la necesidad de reforma en 1994? Episodio 2: apuntes sobre el caso “Romero Feris”

Con arreglo en lo previsto en el artículo 8 de la ley 24.309, el Poder Ejecutivo Nacional convocó al pueblo de la nación para la elección de convencionales constituyentes, quienes, ulteriormente, habrían de reformar la Constitución Nacional. El comicio se hizo el 10 de abril de 1994.

En su carácter de convencional constituyente electo del proceso electoral derivado por la ley 24.309, José Antonio Romero Feris inició acción de amparo contra el Estado Nacional, con sustento en la inconstitucionalidad del artículo 5 de la citada ley, en cuanto dispone –como se recuerda– la modalidad con que debían ser votados por la Convención Nacional Constituyente los temas indicados en el artículo 2 del mismo cuerpo legal: trece temas detallados y conocido como “núcleo de coincidencias básicas”. A juicio del amparista, la disposición censurada alteraba en forma arbitraria el ejercicio efectivo de sus derechos en calidad de convencional, al imponerle votar una pluralidad de reformas, en conjunto, sin contemplar la posibilidad de apoyar unas y desechar otras. Adujo, además, que la petición igualmente alcanzaba la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6 de la ley 24.309 por disponer la nulidad de la

²⁷ La observación respecto de la naturaleza y contenido propio de la revisión es, en rigor, muy significativa. El juez Boggiano postuló, sin más, la “declaración de inconstitucionalidad” del artículo 2 de la ley 24.309, con el alcance precitado en el texto principal, *ut supra* ilustrado. Por su parte, el juez Fayt dijo que los artículos 5 y 6 de la ley 24.309 resultaban, *prima facie*, de dudosa constitucionalidad. Respecto del trámite parlamentario, afirmó que “se habría privado” a la Cámara de Diputados de su indispensable intervención, consecuentemente, por una y otra razón, postuló, “hacer lugar al recurso y dejar sin efecto la sentencia apelada”.

²⁸ V. sobre el particular la cita hecha por Boggiano en su considerando 6.º, CSJN, Fallos, 317:362 (1994), y Fayt, en su considerando 7.º, CSJN, Fallos, 317:354 (1994).

participación libre e independiente de los constituyentes, pretendiendo imponerles una conducta meramente refrendataria. Luego de obtener fallo adverso en la instancia ordinaria de apelación, Romero Feris llevó su pretensión a la Corte.

El más Alto Tribunal se pronunció el 1.^º de julio de 1994.²⁹ Aún se encontraba muy fresca la tinta utilizada para redactar “Polino”. Al igual que en ese caso, en “Romero Feris” la Corte nuevamente encontraría un argumento de naturaleza procesal para declarar inoficioso pronunciarse sobre el recurso extraordinario deducido. El voto de la mayoría fue suscripto por los jueces Ricardo Levene, Augusto Belluscio, Enrique Petracchi, Julio Nazareno y Gustavo Bossert; Guillermo López junto a Eduardo Moliné O’Connor suscribieron voto concurrente; Carlos Fayt votó en disidencia.

Para interpretar el resultado final de este asunto judicial, resultan clave los considerandos 2.^º y 3.^º del voto de la mayoría, compartidos casi plenamente por los dos jueces concurrentes. Obsérvese que al momento de sentenciar, la Asamblea ya se hallaba reunida. Así, dijeron los jueces del Tribunal que la Convención Nacional Constituyente había regulado, en el artículo 127, primer párrafo, de su reglamento, la materia sobre la cual versaba la impugnación planteada por Romero Feris, es decir, el modo de votación de los temas incluidos en el sofocante artículo 2 de la ley 24.309. En tales circunstancias, los jueces, convencidos de que no existía materia de agravios al momento de la decisión del conflicto, recordaron invariable cuerpo doctrinal del Tribunal, de cuya aplicación derivó que debía declararse que resultaba abstracto el juzgamiento relativo al recordado artículo 5. Extremo que hicieron y cumplieron.

Evidentemente, en este caso la Corte halló un buen atajo procesal. Pero este tipo de maniobras, es sabido, mata al proceso pero no al problema: el control de constitucionalidad sobre el proceso preconstituyente. Quizá corresponda aliviar el aserto. Los jueces López y Moliné O’Connor, en sus fundamentos propios – considerandos 5.^º y 6.^º –, expresaron que en las circunstancias descriptas no existía justificación para admitir la requerida intervención del Poder Judicial en un proceso seguido y concluido por los órganos de carácter político que ejercen el poder constituyente, en el que ninguno puso de manifiesto la existencia de conflicto.

²⁹ CSJN, Fallos, 317:716 (1994).

Por su parte, Fayt aprovechó esta ocasión para redondear y profundizar las ideas anunciadas en su voto en “Polino”. En efecto, casi tres meses después, en “Romero Feris” sostuvo que el más Alto Tribunal tenía “la obligación ineludible de decidir que el artículo 5 de la ley 24.309 quebranta los procedimientos regulares que legitiman la reforma, hace abrasión del sistema representativo, con violación de lo expresamente determinado por los artículos 1 y 30 de la Constitución Nacional”. Recordando que la Constitución es Ley Suprema para los gobernantes, de ello concluye que todo medio o forma diferente de los procedimientos regulares que ella ha establecido tendrá el estigma de su inconstitucionalidad y convertirá en inválida la modificación que se incorpore. El artículo 30 de la CA limita expresamente la actividad preconstituyente del Congreso a declarar la necesidad de la reforma total o parcial de la Constitución. Pero nada autoriza al Congreso a asumir funciones constituyentes, ni a someter a referéndum de la Convención núcleos de reformas. Razonando de este modo, finalmente disparó: “...debe descartarse toda interpretación que postule la imposibilidad de cuestionar judicialmente normas inconstitucionales por haber sido adoptadas por la mayoría de un órgano deliberativo, como en la especie, las facultades de ese órgano no son ilimitadas”. Las “normas inconstitucionales” a las que alude Fayt, ¿incluyen a las elaboradas por la Convención Nacional Constituyente? La mayoría del “cuerpo deliberativo”, a la que también menciona, ¿incluye en dicho género a la Convención Nacional Constituyente? Fayt propone, simplemente, que se deje sin efecto la sentencia apelada, por lo que no considera como abstracta la cuestión, como sí hizo la mayoría. Pese a ello, del voto de Fayt en “Romero Feris” pareciera desprenderse, ya definitivamente, que se acababa el tiempo para la prohibición que pesaba sobre el juicio de constitucionalidad sobre una reforma constitucional.

III. El caso “Fayt”: juzgar y constituir³⁰, un fallo inconstitucional

³⁰ La literatura sobre el fallo “Fayt” –pronunciado por la CSJN– como centro de preocupación y/o especulación científica es abundante. En razón de tal vastedad, sin temor a equivocarme demasiado, un listado de los comentarios que puede verse sobre el particular es, por ejemplo: BADENI, Gregorio: “Precedente peligroso para las instituciones”, Clarín, 20/8/99; BIANCHI, Alberto: “Los efectos del caso ‘Fayt’ sobre la reforma constitucional de 1994”, *ED*, t. 184, pp. 979-987; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel: “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *LL*, t. 1999-F, pp. 127-132; GARCÍA LEMA, Alberto Manuel: “Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 99, inciso 4 de la Constitución Nacional”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n.º 172, agosto 2000, p. 10; IBARLUZÍA, Emilio: “Reflexiones sobre el fallo de la Corte en el caso ‘Fayt’ y el sistema de control de constitucionalidad en la Argentina”, *RADC*, n.º 1, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 89-109; JIMÉNEZ, Eduardo Pablo: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación sale en defensa de la garantía de la inamovilidad de los jueces federales ¿o se abroquela en sus fueros?”, *RADC*, n.º 1, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 111-117; MIDÓN, Mario: “Los límites del poder constituyente. A

Carlos Santiago Fayt nació el 1.^º de febrero de 1918. En 1983, una vez prestado el acuerdo del Senado, fue nombrado por el presidente Raúl Alfonsín para servir en el cargo de juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Oportunamente cumplió con la prescripción ordenada por el artículo 98 de la CA (hoy 112). Es decir, los individuos nombrados como jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “...prestarán juramento... de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución...”. Al asumir el cargo constitucional, que viene desempeñando desde entonces, la estabilidad vitalicia de los magistrados se hallaba protegida en el artículo 96 de la CA: “Los jueces de la Corte Suprema... conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta...”. La reforma constitucional, sancionada el 22 de agosto de 1994, mantuvo inalterada la redacción de la citada regla. Empero, dentro de las atribuciones del Presidente de la Nación, se introdujo una nueva disposición como artículo 99, inciso 4.^º de la CA: “Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto... Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”. La citada regla se completó con la Disposición Transitoria Undécima: “La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inc. 4.^º entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción...” de la reforma constitucional.

El 22 de agosto de 1994, la Convención Nacional Constituyente dispuso: “...cada poder del Estado y las autoridades provinciales y municipales disponen lo necesario

propósito del caso ‘Fayt’”, *LL*, t. 2000-C, pp. 540-543; SABSY, Daniel Alberto: “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, *RADC*, n.^º 1, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 119-137; SERRANO, María Cristina: “El poder constituyente derivado. Análisis de un fallo de la Corte”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n.^º 167, marzo de 2000, pp. 2-3; TOLEDO, Sebastián D.: “Nota sobre el control de un poder constituido respecto de la actividad del poder constituyente a propósito del fallo Fayt”, en RUSSO, Eduardo A.: *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría General del Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 69; VENTURA, Adrián: “Inamovilidad de los jueces”, en la obra colectiva *La Reforma Constitucional y su influencia sobre el sistema republicano y democrático*, Miguel Ángel Ekmekdjian y Raúl Gustavo Ferreyra coord., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 401; HERNÁNDEZ, Antonio María (h): *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001; SOLA, Juan Vicente: *Control de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2.^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 261-284. El autor de este trabajo también se refirió críticamente sobre el caso “Fayt” en *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001, pp. 256-262.

para que sus miembros y funcionarios juren esta Constitución”.³¹ Con arreglo a este mandato emanado del poder constituyente, los nueve jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 25 de agosto de 1994 suscribieron la Acordada n.º 58, por la cual se estableció el procedimiento para recibir el “juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional conforme al texto sancionado en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y las modificaciones realizadas por la reciente Convención Constituyente, en los términos de las normas que habilitaron su funcionamiento...”; el juez Fayt, obviamente, firmó dicho instrumento. En el artículo 1.º de la Acordada se estipuló que el Presidente de la Corte recibiera el juramento de los Señores Jueces del Tribunal.³² Así se hizo.

El 11 de julio de 1997, Fayt inició la acción prevista por el artículo 322³³ del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –en adelante CPCCN-, a fin de obtener que se declare la nulidad, en los términos de la ley 24.309, de la reforma introducida por el artículo 99, inciso 4.º, párrafo tercero, del nuevo texto de la Constitución Nacional al artículo 86, inciso 5.º, del texto de 1853-1860. Tal enmienda importó, a su juicio, una restricción no habilitada a la garantía de inamovilidad que consagra el artículo 110 del actual texto constitucional (anterior art. 96), en cuanto establece que un nuevo nombramiento, precedido de acuerdo del Senado, será necesario para mantener en el cargo a cualquier juez, una vez que cumpla la edad de setenta y cinco años.

El 19 de noviembre de 1998 la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia dictada en la instancia anterior en cuanto había declarado la invalidez de la reforma constitucional y la confirmó en cuanto a la procedencia de la acción declarativa. Dicho Tribunal afirmó dentro del marco procesal fijado por el artículo 322 del CPCCN, que el artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la Constitución federal reformada no altera la garantía de inamovilidad de que goza Fayt, juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en

³¹ *Cfr.* segunda parte de la Disposición transitoria Decimosexta de la Constitución federal, 22/8/1994.

³² CSJN, Fallos, 317:570 (1994).

³³ Artículo 322 CPCCN: acción meramente declarativa.- Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una acción jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. Si el actor pretendiera que la cuestión tramite por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, la demanda deberá ajustarse a los términos del art. 486. El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.

razón de su designación bajo el régimen constitucional anterior a la reforma de 1994. Contra ese pronunciamiento el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal. La causa llegó a la Corte.

Como surge del propio fallo judicial, el Estado pidió que se dejé sin efecto la sentencia dictada por la Sala III.³⁴ Los argumentos por los que el Estado federal pretendió el tratamiento y decisión de la cuestión en la jurisdicción del más Alto Tribunal de Justicia de la República pueden sintetizarse: (a) porque era errónea la línea divisoria entre magistrados federales designados bajo el régimen previsto por la Constitución, en su texto anterior a la reforma de 1994, y los magistrados nombrados por el nuevo régimen, motivo por el cual no existen derechos adquiridos frente a la modificación de la norma que otorgaba el ejercicio vitalicio del cargo; (b) porque el nuevo texto constitucional no modificó la garantía de la inamovilidad de los jueces, pues el artículo 99, inciso 4.º, de la Ley Fundamental contiene, tal como fue la intención de los convencionales, una exigencia de carácter objetivo e impersonal; (c) porque la reforma constitucional, en el punto en discusión, es válida y responde a los términos de la norma que la convocó y que le atribuyó competencia; ello es así pues tanto el artículo 2 de la ley 24.309 como el “Núcleo de Coincidencias Básicas” contemplaron como materia de revisión lo relativo a la “designación de los jueces federales”.

El 19 de agosto de 1999 la Corte, en fallo suscrito por los jueces Julio Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo Vázquez (según su voto), y con la disidencia parcial del juez Gustavo Bossert, hizo conocer su decisión. Revocó la sentencia apelada y, en los términos del artículo 322 del CPCCN, se hizo lugar a la demanda promovida, declarándose la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero –y en la disposición transitoria undécima–, al artículo 110 de la Constitución Nacional.³⁵

³⁴ V., en tal sentido, cap. XVIII del dictamen del procurador general, Nicolás Becerra, del 12 de julio de 1999, inserto en pp. 1622-1662 de la colección CSJN, *Fallos*, t. 322. El expediente F100XXXV, resuelto el 19/8/1999 por la Corte argentina caratulado “Fayt, Carlos S. C/ Estado Nacional” puede ser leído en: www.csjn.gov.ar

³⁵ CSJN, *Fallos*, 322:1616 (1999). En este mismo tomo de *Fallos*, pp. 1613-1614, se encuentra la excusación para intervenir en la causa del juez Enrique Santiago Petracchi. Dicho magistrado planteó que en ese proceso se repetía una situación de contenido similar a la resuelta por la Corte, según aparece registrado en “Piccirilli, Ricardo y otro c/ Nación Argentina” CSJN, *Fallos*, 311:1946 (1988), entre otros precedentes, lo que impedía que fuesen los miembros del propio tribunal quienes debían resolver el litigio (art. 30, CPCCN). En tales condiciones –concluyó Petracchi– no se advertía por qué los jueces de la Corte, que se excusaron cuando estaba en juego la garantía de la intangibilidad de los haberes de los jueces nacionales, no debían entonces adoptar

La doctrina fijada en el caso “Fayt” significó que, por primera vez en la historia del Estado federal argentino, la Corte Suprema de Justicia realizara un juicio de constitucionalidad con total plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la letra de la Ley Mayor. La reforma constitucional de 1994 fue y lo sigue siendo –sin dudas– la que en toda la historia constitucional de la Argentina mayor grado de legitimación democrática ha gozado. Por tanto, la nulidad de reglas constitucionales creadas por el poder constituyente, como ocurrió en “Fayt”, genera la reapertura del debate en torno de los fundamentos del control de constitucionalidad.

Tratándose de una decisión judicial de capital importancia, interesa detenerse, antes que en su crítica, en la descripción de su estructura argumental porque este es el motivo principal de ésta pieza. Así, a mi entender, es clave la proposición que emana del considerando 6º, el que simplemente, por razones de ordenación, debería haber sido ubicado al comienzo de la composición del fallo judicial. Dijeron allí los jueces que *la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución*³⁶ fue elaborada por el tribunal hace más de treinta años, pues surge de la recta interpretación de la sentencia dictada *in re*: “Soria de Guerrero, Juana A. c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”. En ese precedente se aplicó a la actividad de una convención reformadora el principio jurisprudencial que limitaba las facultades jurisdiccionales respecto del procedimiento de “forma y sanción” de las leyes. Sin embargo, se afirmó que esa regla general sólo cedería si se demostrase la falta de concurrencia de los “requisitos mínimos e indispensables” que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada. Pues bien, dos observaciones señeras. Nunca hasta entonces la Corte se había referido, con todas las letras, a la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución. No estoy sosteniendo, por ahora, que las proposiciones delineadas en los considerandos 3.º y 4.º de “Soria de Guerrero” no tuvieran consistencia para configurar una doctrina. No voy tan lejos. Mucho más cercanamente, si el lector vuelve su mirada al análisis descriptivo que sobre la

igual criterio cuando se discutía la garantía de la inamovilidad de aquellos (de igual o mayor entidad que la primera). Inmediatamente, en la p. 1616, puede leerse la desestimación de la excusación deducida. Tal rechazo lleva la firma de los siete jueces que momentos más tarde darían la bienvenida al planteo del juez Fayt. No obstante, el juez Petracchi no suscribió el acuerdo, seguramente siguiendo esas *mores maiorum* del Tribunal de no contar con todas las voces de los jueces.

³⁶ Destacado del autor.

jurisprudencia de la Corte se viene llevando a cabo, comprobará, que tales palabras no habían tenido existencia propia, aunque sí, por supuesto, hubo un muy tibio horizonte de proyección a partir de “Soria de Guerrero”. Esta observación, no significa –insisto– no ameritar lo expuesto en “Soria de Guerrero”. Por de pronto, significa advertir que en el lenguaje de los fallos del Tribunal este conjunto de términos no había sido escrito expresamente. Esta observación, fatalmente, conduce a esta otra. Destacada la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución, el papel activo del Tribunal, especialmente en cuanto concierne a la configuración del Derecho, no se haría esperar.

En tales condiciones, “Fayt”, para la mayoría de los jueces de la Corte, constituyó una cuestión judicable, pues el actor había invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho: el de mantener la inamovilidad en el cargo de juez de ese tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución Nacional y de acuerdo con el alcance que dicha garantía le reconocía. También –puntualizó el Tribunal–, que el Estado nacional había resistido tal pretensión, de modo que se configuró una controversia entre partes que sostuvieron derechos contrapuestos, esto es una controversia “definida y concreta” que remitió al estudio de puntos regidos por normas constitucionales e infraconstitucionales de naturaleza federal, lo cual es propio del mencionado poder (arts. 1 y 2, ley 27; arts. 116 y 117 CA).

El argumento transcripto es, según la doctrina mayoritaria del Tribunal, suficiente para dar pista libre a la procedencia del control sobre la producción infraconstitucional. El Tribunal advierte que, en este caso, la citada estructura de pensamiento era necesaria, pero no suficiente. Por eso la Corte desplegó, en el considerando 5.^o, segundo párrafo, esta otra estructura –que cito a continuación–, seguramente tanto para cubrir las debilidades que ahora presentaba aquella como para empezar a dar cobertura “jurídica” a la “novedad” engendrada. Dijeron los jueces: “No obsta a lo afirmado la circunstancia de que lo atinente al *contenido de una reforma constitucional*³⁷ haya sido atribuido válidamente a un poder distinto del judicial, pues aun en tales hipótesis siempre este departamento, a la luz de la Constitución, está habilitado para juzgar en los casos que se le planteen, si el acto impugnado ha sido

³⁷ Énfasis de autor. En el lenguaje del fallo, en ningún otro lugar aparece detalladamente escrito si la Corte juzgaba sobre el procedimiento o sobre el contenido de la reforma de 1994, excepto el considerando n.^o 16.

expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a que está sujeto”. Y, de inmediato, prosiguieron el razonamiento: “El mandato de la Constitución que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga a aquélla (CSJN, Fallos: 32:120); planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes y del deslinde de atribuciones de estos entre sí”. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por este tribunal, desde 1864, en cuanto a que “es el intérprete final de la Constitución” (CSJN, Fallos: 1:340). Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido accordadas (CSJN, Fallos: 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar “la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes” (CSJN, Fallos: 210:1095) y “la excedencia de las atribuciones” en la que estos puedan incurrir (CSJN, Fallos, 254:43).

Semejante conjunto de premisas básicas no pasaría por alto la oportunidad de cerrar con una conclusión contundente: “Incluso, en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ‘ramas del gobierno’, el tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevado a cabo, dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del tribunal encargado –por mandato de aquélla– de preservar la supremacía de la Ley Fundamental”. Me pregunto: ¿los jueces pensaban seriamente que una Convención Constituyente es una rama del gobierno constituido? ¿O, sencillamente, la afirmación se deslizó en la inteligencia de que el poder constituyente, a la luz de esta interpretación, era un poder constituido por la Constitución y no que aquél configuraba a ésta?

Más adelante, en el considerando 7.^º, el Tribunal recordó la doctrina citada en “Ríos”: la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación constitucional en que descansa. Consecuentemente, “en la adecuación o en el

exceso respecto de esos límites reside la cuestión a resolver en el *sub lite* y este tribunal centrará su juicio en las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformadora”. En esta comprensión, dijo la Corte, en el considerando 13.º, que si bien el art. 2, inciso “a”, de la ley 24.309 habilitó a modificar el art. 99 –numeración anterior a la reforma– del capítulo I, sección tercera, título primero, de la segunda parte de la Constitución Nacional, y que el art. 2, inciso “c”, de la ley que se examina, autorizó la incorporación de un nuevo artículo en este capítulo –que, como se ha dicho, está dedicado a tratar la naturaleza del Poder Judicial de la Nación–, ello sólo se correlaciona con el apartado “H” del “Núcleo de Coincidencias Básicas” y responde a la voluntad de crear el Consejo de la Magistratura, cuyo rol institucional y atribuciones conciernen al Poder Judicial de la Nación. Luego, en el considerando 14.º, sostuvo que “no puede razonablemente admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, a saber, la intervención del presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales –art. 99, inc. 4.º, Constitución reformada, materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5.º, del texto anterior, había sido incluido en el art. 2, inc. ‘a’, ley 24.309–, la convención reformadora incorpore una cláusula nítidamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo de la Nación, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación y configura uno de los principios estructurales del sistema político establecido por los constituyentes de 1853, al punto que es uno de los dos contenidos sobre los que se asienta la independencia de este departamento y que ha sido calificada por el tribunal, antes que de un privilegio en favor de quienes ejercen la magistratura, como una garantía en favor de la totalidad de los habitantes (CSJN Fallos: 319:24)”.

Las razones expuestas llevaron a la siguiente conclusión fijada en el considerando 15.º: “esta Corte no comparte la afirmación de que el Congreso, en cumplimiento de su función preconstituyente, habilitó una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan sustancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar –en los términos del apartado del ‘Núcleo de Coincidencias Básicas’ incorporado a la ley 24.309– el régimen de designación, ni

jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo”.

Ahora bien. En “Fayt”, ¿se juzgó sobre el procedimiento o sobre el contenido de la reforma? La cuestión es bien espesa. En efecto, si se tiene en cuenta lo sostenido en el considerando 16.º, primera parte: “que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada –juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial–, sino en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora”, y se añade lo puntualizado en el considerando 6.º, donde se había preanotado una expresa referencia respecto del “control judicial sobre el proceso de reforma”, reiterándose, además, en el considerando 8.º, que la característica esencial de la convención reformadora es la de contar con poderes limitados, por “eso en la adecuación o en el exceso de esos límites” residió la cuestión a resolver, todo parecería indicar que lo juzgado habría sido, propiamente, sobre aspectos del proceso reformador. Pero la cuestión, insisto, dista de ser clara, por la sencilla razón de que la extralimitación de potestades achacable al poder constituyente reformador era opinable pero no autoevidente. Formalmente, pues, la doctrina judicial pareciera apuntar al análisis del procedimiento reformador, empero sus insinuaciones más seguras parecen enfilarse, pese a que se lo niegue en apariencia, sobre la sustancia de lo regulado.

Porque la Corte sabía perfectamente que su fallo cuestionaba duramente lo obrado por la Convención Constituyente, poniendo en severo entredicho la capacidad creadora de Derecho de ésta. En este sentido, el penúltimo párrafo del fallo no tiene desperdicio: “De ahí, pues, que la transgresión verificada en el *sub lite* determina que esta Corte deba restablecer la vigencia de la Constitución Nacional, en cumplimiento de la primera y más elevada misión que constitucionalmente le corresponde...”. ¿Esa función de “re establecimiento” era la competencia de las competencias? ¿Esa función era atribuir significados a las reglas constitucionales y, paralelamente, legislar negativamente, decidiendo su nulidad? A partir de entonces, en el sistema constitucional argentino, ¿la Corte es más “suprema” que “tribunal”? ¿El control de constitucionalidad de la reforma constitucional es la competencia suprema de la Corte? De aceptarse ello, ¿cuán lejos se estará entonces del fantasma de la hegemonía del poder judicial sobre los

otros dos departamentos que cumplen funciones de gobierno?³⁸

Párrafo aparte se dedica a la parte resolutoria del fallo. Reitero: nunca se había ejercido el control judicial de constitucionalidad sobre una reforma federal. Tampoco nunca la Corte en toda su historia, en el ejercicio del control de constitucionalidad, había dispuesto la “nulidad” de la disposición normativa, de naturaleza legal, objeto del eventual examen de coherencia normativa.³⁹ Recordemos el último párrafo del fallo. La Corte “...declara la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99 inc. 4º, párrafo tercero –y en la disposición transitoria undécima– al art. 110 de la Constitución federal...”. La sentencia pronunciada en “Fayt”, con envase de “interpretación” contiene una enmienda constitucional. En rigor, su contenido constituye una invención jurídica, que desagrega –¿para este caso?– un texto explícito incluido democráticamente por el poder reformador.⁴⁰

El modelo de justicia constitucional argentino es el concreto aplicativo, incapaz de enjuiciar abstractamente la inconstitucionalidad y cuyo efecto se traslada exclusivamente, en principio, al proceso constitucional donde la declaración fue decidida. Sin embargo, en “Fayt” todo parece sugerir que las intenciones de los jueces han sido “expulsar” del sistema reglas enjuiciadas, con independencia de que carezcan de potestades para hacerlo. Reitero: parece menos una interpretación judicial de la Constitución que una reforma de ella.

¿Por qué “nulidad” y no “declaración de inconstitucionalidad” e inaplicabilidad

³⁸ En 2002, la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación produjo dictamen por mayoría, acusando a Ministros de la CSJN por la causal de “mal desempeño” en el ejercicio de sus funciones. Uno de los cargos imputados a los jueces Nazareno, Belluscio, Vázquez, Boggiano, Moliné O’Connor, Bossert y López fue, precisamente, la falta de excusación en la causa “Fayt”, donde se declaró la nulidad de una regla constitucional. La falta de excusación de los citados ministros, según el dictamen por mayoría, tipificó inopinadamente la causal de mal desempeño, que se configura cuando el integrante del Tribunal aparece juzgando un tema que puede indudablemente alcanzarlo en forma personal. La cuestión de fondo decidida, esto es, el criterio jurídico asumido por los jueces en la sentencia respecto del *status constitucional* de la reforma introducida por la Convención Constituyente, no mereció juicio de reproche por parte de los diputados, porque –según dijeron– ello hubiera importado afectar la garantía de independencia del Poder Judicial consagrada en la Constitución federal. La Cámara de Diputados, por mayoría, en la sesión del 10/10 de 2002, no aprobó el dictamen acusatorio. V. ACEVEDO, Sergio y otros: *Acusación a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Síntesis del Dictamen*, Rubizal Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 69-75.

³⁹ Específicamente, sobre la nulidad, recuérdese que la Corte Suprema, por mayoría, en sentencia pronunciada el 26/12/96 en la causa “Monges, Analía c/ Universidad de Buenos Aires”, CSJN, Fallos, 319:3148 (1996), mediante la confirmatoria del fallo de la instancia anterior impuso tal sanción a la resolución del Consejo Superior de la Universidad demandada que dejaba sin efecto la resolución de la Facultad de Medicina por la que se había creado el “Curso Preuniversitario de Ingreso”.

⁴⁰ Coincidiría con el punto de vista desarrollado en el texto Benito Aláez Corral siempre que quede claro que el modelo argentino dispuesto para el control de constitucionalidad sea el concreto. Agradezco grandemente tal observación del citado profesor español, cuyo original se encuentre en mi archivo personal.

al caso, en el voto de la mayoría de la Corte?⁴¹

No puede contestarse con rigor porque en ningún sector del fallo aparece expresamente el fundamento de la distinción.

¿Fue un descuido escribir “nulidad” en lugar de “declaración de inconstitucionalidad”? Casi imposible suponerlo.

¿Hay diferencias conceptuales? Rudimentariamente: la nulidad es una categoría sancionatoria existente, sobre todo en los modelos de contralor de la constitucionalidad concentrados. Cuando un Tribunal constitucional declara la nulidad, en principio, el precepto jurídico deja de pertenecer al sistema jurídico, con diferentes modalidades, por supuesto, quedando prohibida *erga omnes* una ulterior aplicación. Además, en esos casos la nulidad opera *ex tunc* el precepto es como si no hubiera existido en el sistema; la sanción tiene fuerza retroactiva. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad, categoría típica de los modelos de contralor de la constitucionalidad como el argentino, mantiene en principio la pertenencia del precepto jurídico al sistema, descartándose su aplicación al caso concreto. La Corte Suprema tiene reiteradamente decidido que la sentencia por ella dictada que declara la inconstitucionalidad de una norma limita sus efectos a no aplicarla en el litigio donde ha sido pronunciada. Hasta allí se expanden sus efectos.

Sobre la cuestión tratada, el propio Tribunal, en el considerando 10.^º, anunció: “Que la sanción explícita de nulidad contenida en el art. 6^º de la ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado a la competencia establecida en los arts. 2 y 3 de ese cuerpo normativo, revela el carácter de restricción explícita que el Congreso atribuyó a aquello que alterase o excediese el marco de la habilitación, sin perjuicio de la prohibición contenida en el art. 7 de la ley bajo examen.

⁴¹ El juez Bossert votó en disidencia parcial, proponiendo la confirmación de lo resuelto por la Cámara, en cuanto hacia lugar a la acción declarativa de Carlos S. Fayt. Según la interpretación de este juez –ver el considerando 9.^º de su voto–, la limitación a la inamovilidad que impone el citado art. 99, inc. 4.^º, ha sido establecida respecto de quienes después de la sanción de la reforma constitucional “cumplan la edad de setenta y cinco años”. Conforme a ello, tal limitación no afecta la inamovilidad del juez Fayt, puesto que el actor ya había superado esa edad al sancionarse la reforma. Consecuentemente, la limitación del art. 99, inc. 4.^º, alcanza tanto a los jueces designados con posterioridad a la reforma constitucional como a quienes fueron designados con anterioridad a dicha reforma, pero impone como condición un hecho incierto y futuro, limitando su aplicación a quienes con posterioridad a la reforma cumplan 75 años. Para Bossert, el uso del tiempo de futuro en la norma no deja dudas sobre su alcance. Sostener lo contrario –agregó el magistrado– es darle a la condición de un hecho futuro impuesta por la norma un significado propio de otra expresión capaz de abarcar el pasado, lo que significaría el absurdo hermenéutico de convertir la limitación excepcional en regla general.

Sin duda, la sanción representa un énfasis innecesario –que revela la indudable intención de los representantes del pueblo, según resulta del debate en el seno del Congreso–, dirigido a aventar los ‘fantasmas’ que pudiesen obstruir la convocatoria a una reforma sobre la base de infundados argumentos relativos a los peligros de una convención de poderes ilimitados” (conf. debate de la ley 24.309, Diario de Sesiones Cámara de Senadores, sesión del 21 de octubre de 1993, intervención del senador Eduardo Menem, p. 3869). Sin mayores debates, la Corte interpretó, resueltamente, que la delegación de la potestad para la aplicación de la sanción le había sido atribuida al Poder Judicial.

Desde entonces, la Corte no ha vuelto a utilizar la “nulidad” como efecto específico del ejercicio del control de constitucionalidad en causa judicial. Única observación: pese a que en “Fayt”, en cuanto a los efectos, prácticamente, “nulidad” y declaración de inconstitucionalidad” parecieran semejantes, no lo son conceptualmente. La nulidad, a diferencia de la inconstitucionalidad, comporta una firme forma de producción jurídica, bien que negativa, pero forma de configuración al fin de cuentas.⁴² El carácter configurador de la potestad autoatribuida por la CSJN no puede ser relativizado desde que la resolución judicial hace desaparecer del sistema una disposición constitucional de alcance general. La nulidad, en fin, priva de efectos jurídicos, por sus vicios congénitos, a una disposición constitucional; en su producción fueron violadas las normas cruciales sobre producción jurídica.

⁴² Algunas de las opiniones individualizadas en la cita al pie número 23 se refieren al tema.

⁴² Horacio García Belsunce también se pregunta por qué en el caso Fayt se declaró nula la cláusula de la reforma constitucional en cuestión y no se la declaró inconstitucional. Su interpretación al respecto es que para hallar el porqué de la decisión de la Corte de declarar la nulidad de la cláusula en cuestión, simplemente hay que tener presente que el art. 6 de la ley 24.309 que convocó a la reforma constituyente de 1994 preceptúa que “Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la convención constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2 y 3 de la presente ley de declaración”. La sanción de nulidad viene así prevista por la ley misma y por ello es que su declaración judicial –como ha ocurrido en el caso– tiene efecto *erga omnes* para todos los casos que pudieren equipararse al planteado por el recurrente en la causa que nos ocupa (GARCÍA BELSUNCE, Horacio A.: “La inconstitucionalidad o nulidad de una Reforma Constitucional. Implicancias de su declaración”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, antípico de anales, año XLV, segunda época, n.º 38, junio de 2000). Discrepo con la opinión citada. La principal y peculiar característica del control judicial difuso es, precisamente esa: que la potestad se encuentra distribuida entre todos los jueces de la Argentina, sin importar el fuero, jurisdicción o instancia. Asimilar a nuestro sistema jurídico efectos *erga omnes* a la sentencia recaída en “Fayt” significa desarrollar una nueva inconstitucionalidad. Si, en todo caso, la sentencia no fue una interpretación constitucionalmente adecuada, la hipótesis sobre sus efectos profundizaría el desequilibrio. Elementales pautas de interpretación constitucional sugieren: (a) que los jueces pueden encontrar buenas razones para apartarse de “Fayt”; (b) la letra constitucional no establece el efecto *erga omnes*, ni ningún otro efecto propio del control judicial de constitucionalidad concentrado para los fallos de la CSJN.

§5. DISTINGUIENDO

Tarea básica en el estudio del problema que suscita el juicio de constitucionalidad sobre una reforma de la Constitución federal de la Argentina consiste en fijar criterios para individualizar el problema en el discurso de las fuentes, tanto dogmática como jurisprudencial. En las secciones anteriores, las letras del autor sobre los fallos de la Corte que se han referido al problema, intentan hacer presente y presentable el pasado, haciéndolo legible. Renglones más abajo, se realiza, discretamente, una clasificación de los aspectos más relevantes de todo cuanto ha sido objeto de descripción y comentario.

Evaluando la totalidad del material que precede llevo adelante la siguiente clasificación. Adoptar tal o cual esbozo para clasificar hace al propósito del que ejecuta la propia clasificación. Propósito que no debe ser considerado como verdadero o falso, porque siempre existen diferentes maneras de clasificar desde diferentes puntos de vista. La clasificación tiene por finalidad facilitar el acceso a la colección de opiniones dogmáticas y jurisprudenciales descriptas. Posibilitar una comprensión “más profunda de sus propiedades, sus semejanzas, sus diferencias y sus interrelaciones”, si es que las tienen.⁴³

Tal como se anticipa en la Sección §3, gráfico A, dos divisiones se detallan sobre el problema planteado, es decir: (a) posibilidad o no de aceptar la inconstitucionalidad de una reforma y (b) sobre a qué órgano se adjudica competencia para controlar la reforma. Son, categorías básicas que hacen a la configuración del problema.

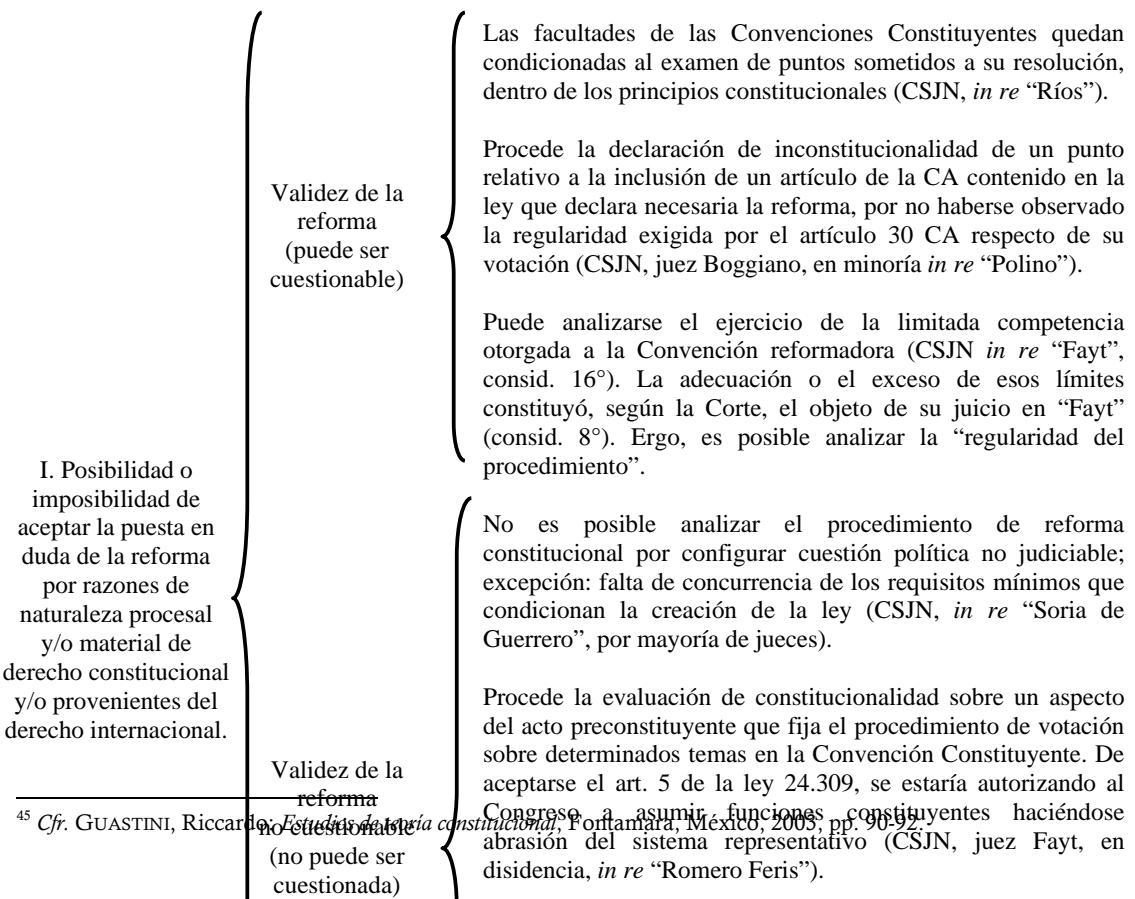
Ahora, más abajo, en el gráfico B se alude al problema primario, concretamente, a la validez de una reforma. Se entiende que una reforma constitucional es válida cuando es creada conforme con todas las normas secundarias⁴⁴ que gobiernan la creación y predeterminan su contenido normativo. Este distingo implica que la mera

⁴³ Cf. COPI, Irving: *Introducción a la Lógica*, Eudeba, Buenos Aires., 1999, p. 520.

⁴⁴ El sentido aludido en el texto es el de la regla secundaria "hartiana". H. L. A. Hart distinguió tres clases de reglas secundarias: (a) Reglas de cambio: permiten dinamizar el sistema jurídico postulando procedimientos para que las reglas primarias puedan cambiar, dejando sin efecto las anteriores. (b) Reglas de adjudicación permiten identificar a los individuos que pueden juzgar, definiendo asimismo el procedimiento a seguir. (c) Regla de reconocimiento es la que sirve para identificar qué normas forman parte o no del sistema. V. HART. H: El concepto de Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 99/153, 1992.

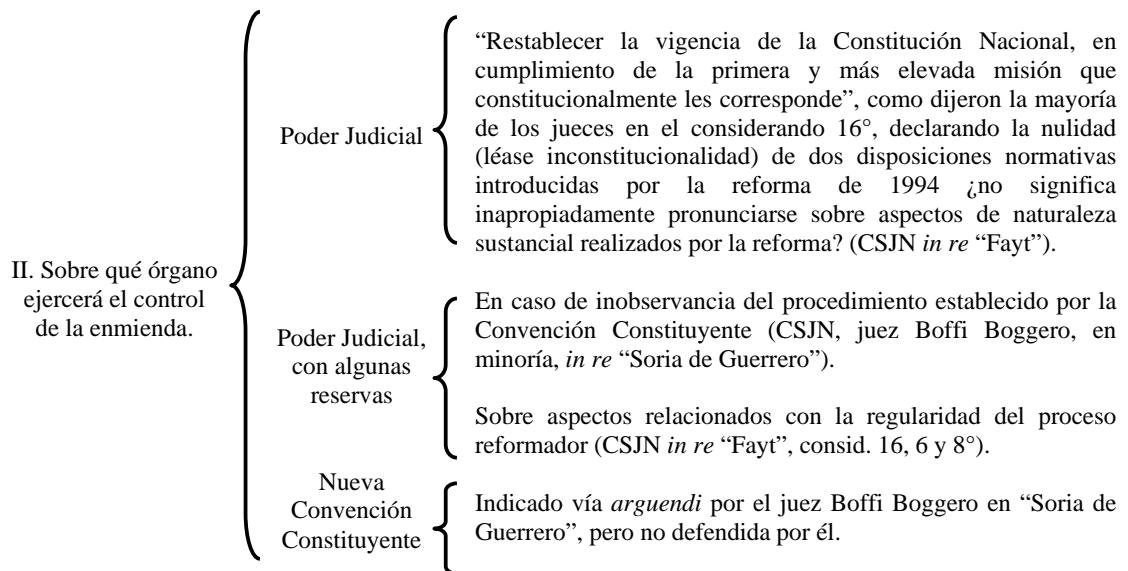
existencia (jurídica) no estaría privada de efectos (jurídicos), pese a que desgrade y peor aún: que ella fuese injusta; una reforma constitucional viene a existir cuando ella es creada de conformidad con (al menos) algunas normas sobre producción jurídica.⁴⁵ En resumidas cuentas: pese a no realizar la reconstrucción teórica de los términos, la distinción viene obligada por referencias que se han hecho al describir el estado de la cuestión. Téngase en cuenta, además, que la inconstitucionalidad es un caso particular de invalidez.

Gráfico B



Y, ahora, en el gráfico C, se lleva adelante la clasificación sobre el problema secundario, teniendo en cuenta en qué órgano recaería la adjudicación de la potestad y con que alcances, para resolver, eventualmente la cuestión.

Gráfico C



Concluyendo.

Hasta aquí se ha descubierto, con suficiente originalidad, la presentación del problema según los fallos de la Corte.

Corresponde ahora una reflexión de mi parte.

Respecto del problema primario (inconstitucionalidad).

En mi criterio, no puede descartarse la existencia de un conflicto generado por una reforma constitucional, ya sea por abusar de los límites formales, ya sea por abusar de algún límite material no expreso; o por generarse una antinomia contigua con otra disposición constitucional⁴⁶.

Asumo como posible que, agotados todos los esfuerzos interpretativos, pueda llegar a comprobarse que una reforma fuere inconstitucional, por generar un conflicto de tal magnitud que vulnere los postes fijados como límites predeterminados por el sistema constitucional federal de la Argentina. Cuáles sean esos límites y cómo se definen adecuadamente, es un asunto de significativa magnitud y trascendencia que requiere, ciertamente, un estudio específico.

Respecto del problema secundario (órgano competente).

Aceptar la existencia del problema, no significa que éste tenga solución razonable. En mi criterio, tal adjudicación y su correspondiente fundamentación traspasa los objetivos aquí planteados, exigiendo una meditación particular, exhaustiva y profunda sobre tal asunto. No obstante, sin que implique adelantar juicio definitivo sobre el particular puede enunciarse de manera bastante simplificada que si, como defiendo, sólo el poder del pueblo debe ser el que crea el Derecho Constitucional, aceptar que la norma producida por un poder de jerarquía superior (creador) pueda ser declarada inconstitucional (por un poder aplicador), pone en evidencia una prevalencia capaz de afectar el significado mismo de Constitución, en razón de que ésta dejaría de cumplir su finalidad específica de servir de dique de contención al poder constituido. Ponderar límites a la actividad judicial en el examen de constitucionalidad de una reforma no significa creer que el poder judicial federal opera o puede operar como un “sutil núcleo de ingenieros militares y mineros que trabajan de manera constante bajo tierra con el fin de socavar los cimientos de nuestra república confederada”⁴⁷. Es

⁴⁶ V. Sobre antinomias contiguas que pertenecen a un único y mismo documento normativo, el estudio de CELOTTO, Alfonso: *Teoría general del Derecho y la solución de las antinomias*, Fundap, México, 2003, pp. 23 y ss.

⁴⁷ Carta de Thomas Jefferson a Thomas Ritchie (25 de diciembre de 1820) en MALONE, Dumas: *Jefferson and His Time* (Boston: Little, Brown, 1981), 6:356, citado por Sanford Levinson: “How Many Times Has the United States Constitution Been Amended”, en AA.VV: *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995, p. 24.

precisamente negativa la implicancia señera emanada del juicio sobre la constitucionalidad de un aspecto de la reforma de 1994, referida al status de los propios jueces efectuada en la causa “Fayt”. Allí en forma notoriamente errada, la interpretación constitucional que siempre es llamada a decidir la comprensión racional de un texto constitucional, se terminó imponiendo y produjo el cambio mismo en lugar de interpretar.

“Fayt” es una verdadera contrarreforma constitucional, a espaldas del pueblo!

Si como se señala con acierto en los procesos de interpretación constitucional se deben insertar todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos, debiéndose abandonar la idea de la sociedad “cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución,⁴⁸ de manera coherente con dicha posición cuando se trata no ya de la interpretación, sino de la propia configuración, una correcta producción del Derecho Constitucional sólo puede ser fruto del compromiso de una democracia de ciudadanos, esto es, del Poder Constituyente, único modo plausible de encauzarla.

Dicho en otras palabras. Con agudeza señaló Kelsen que todo conflicto entre Estados así como entre personas es de carácter económico o político, pero eso no impide que sea tratada la disputa como una disputa jurídica. Un conflicto es económico o político con respecto a los intereses que están involucrados: es jurídico o no jurídico con respecto al orden que gobierna esos intereses.⁴⁹

Si se suscita el debate sobre la inconstitucionalidad de una reforma, hasta cierto punto es un conflicto jurídico, pero que en sistema constitucional argentino carece de regulación específica. Es más: plantea un conflicto de poderes, una laguna constitucional, que no debe ser llenada por el intérprete judicial, so pena de convertir a la Corte Suprema en más suprema que Corte. El proceso de reforma constitucional constituye, quizá, el proceso más eminentemente político que existe en una comunidad, motivo por el cual la resolución de sus vicios debe ser analizada a la luz de su propio

⁴⁸ Se trata de conocida opinión de Peter Häberle: “¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales!”, ver: “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en HÄBERLE, Peter: *Retos actuales del Estado Constitucional*, IVAP, España, 1996, pp. 17/45.

⁴⁹ Kelsen, Hans: *La paz por medio del Derecho*, Losada, Buenos Aires, p. 55 y ss, 1944

ADN, o dicho de manera negativa: nunca debería prescindirse, en una democracia de ciudadanos, de los ciudadanos, para dar el veredicto final. Es una proposición a favor de la deliberación pública.