

## ¿ES POSIBLE EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO EL CONTROL JURISDICCIONAL DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL?\*

### *IS IT POSSIBLE IN THE ARGENTINE LEGAL SYSTEM A JUDICIAL CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF A CONSTITUTIONAL REFORM?*

*Ricardo Haro\*\**

**Resumen:** El trabajo se cuestiona sobre la procedencia o no de un control de constitucionalidad judicial respecto de una reforma constitucional. En otros términos, el interrogante consiste en develar si es posible que el ejercicio del poder constituyente derivado o reformador, pueda ser controlado en cuanto a su validez por un poder constituido como lo es el Poder Judicial y, en última instancia, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de ese Poder.

**Palabras-clave:** Reforma constitucional - Control de constitucionalidad judicial.

**Abstract:** This paper studies the admissibility of judicial control of constitutionality of a constitutional reform. In other words, the question is to reveal whether it is possible that the exercise of derivative or reformer constituent power can be controlled as to its validity by a constituted power such as the judiciary and, ultimately, by the Supreme Court of Justice as head of that power.

**Keywords:** Constitutional reform - Judicial control of constitutionality.

**Sumario:** I. A manera de breve exordio.- II. La norma constitucional y su interpretación constituyente. 1. Etapa preconstituyente: *a) Carácter de la declaración; b) Función y contenido de la declaración de necesidad.* 2. Etapa constituyente: *a) Competencia temporal; b) Competencia material.*- III. Los poderes de las convenciones reformadoras.- IV. Algunas opiniones doctrinarias sobre la judiciabilidad: *a) González Calderón; b) Linares Quintana; c) Cueto Rúa; d) Bidart Campos; e) Bidegain; f) Vanossi; g) Ekmekdjian; h) Bianchi; i) Sagües; j) Juez Boffi Boggero.*- V. La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 1. Formación y sanción de las leyes: *a) La posición negatoria de la ju-*

---

\*Trabajo recibido el 16 de agosto de 2016 y aprobado para su publicación el 15 de septiembre del mismo año.

\*\*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Emérito de las Universidades Nacional de Córdoba y Privada Blas Pascal. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

*diciabilidad; b) Procedencia de la revisibilidad jurisdiccional; c) Otro tema concomitante: la judiciabilidad ante el veto del P.E. 2. Control jurisdiccional de una reforma constitucional: a) Introducción temática; b) Caso “Soria de Guerrero”; c) Caso “Gascón Cotti”; d) Caso “Ríos, Antonio J.”; e) Caso “Iribarren, Casiano R.”; f) Caso “Fayt, Carlos S.”-VI. Nuestras conclusiones en el tema: a) Aspectos procesales o de tramitación de una reforma; b) Aspectos sustanciales o de contenido de una reforma; c) El caso “Fayt” a la luz de estos principios.*

## **I. A manera de breve exordio**

Es indubitable que una de las cuestiones superlativas que se plantea en un Estado Constitucional de Derecho con base en una constitución rígida, es la procedencia o no de un control de constitucionalidad judicial -ya sea difuso o concentrado- respecto a los aspectos adjetivos y sustantivos de una reforma constitucional. En otros términos, el interrogante consiste en develar si es posible que el ejercicio del poder constituyente derivado o reformador puede ser controlado en cuanto a su validez por un poder constituido como lo es el Poder Judicial y, en última instancia, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS o CSJN) como cabeza de ese Poder.

Hace aproximadamente una década que este tema se tornó hartamente polémico y que deseamos abordar -en el espacio que se nos asignó- desde todas las perspectivas posibles, ya sean históricas, constitucionales, doctrinarias y judiciales en la realidad argentina.

## **II. La norma constitucional y su interpretación constituyente**

Es preciso en primer lugar destacar qué dispone la Constitución Nacional (CN) respecto a su propia reforma. El art. 30 prescribe: *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.*

De su sola lectura, la doctrina generalizada ha advertido la existencia de dos etapas en el proceso para la reforma constitucional. 1) En primer lugar, una etapa *pre-constituyente* que comprende la actuación del Congreso de la Nación. 2) En segundo lugar, la etapa *constituyente* que propiamente se refiere a la actuación de la Convención Reformadora.

En cada una de ellas se plantean diversas cuestiones a dilucidar, pero aquí sólo nos referiremos a las que directamente hacen a la finalidad de nuestro trabajo.

### **1. Etapa pre-constituyente**

#### **a) *Carácter de la declaración***

La historia institucional nos pone de manifiesto que las diversas “declaraciones de necesidad” formuladas por el Congreso en las reformas constitucionales habidas, han tomado “forma” de ley y se les ha asignado su pertinente número (1).

---

(1) En efecto, las mencionaremos correspondiendo cada una a la reforma de la fecha de su sanción: 1) *Ley 234* del 23 de junio de 1860; 2) *Ley 171* del 9 de junio de 1866; 3) *Ley 3507* del 20 de septiembre

Esta presentación como “*leyes*” es una *pura “formalidad”* que no afecta la “sustancialidad” de ser un acto declarativo que se agota en sí mismo, como expresión de la voluntad reformista del Congreso, y en ejercicio de la facultad privativa que le otorgó en el art. 30 CN el *poder constituyente originario*. Nosotros sostenemos, que en el caso del art. 30 *la declaración de necesidad no se trata de una ley ordinaria del Congreso*, la cual podría ser vetada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la atribución concedida por el art. 83 CN, lo que a todas luces es inaceptable.

Por el contrario, afirmamos que es una competencia suprema del Estado en cabeza del Congreso Nacional, caracterizado de antaño como un “*acto de naturaleza pre-constituyente*”, indispensable para poner en movimiento el procedimiento de la reforma constitucional que, en su caso, será formalizada por la Convención en ejercicio del *poder constituyente derivado*.

### ***b) Función y contenido de la declaración de necesidad***

En nuestra opinión, coincidente con la de distinguidos constitucionalistas, es evidente que “*la declaración de necesidad por el Congreso*” respecto de las normas a reformar, indispensablemente ha requerido proyectos y debates en ambas Cámaras, dirigidos a explicitar su pensamiento respecto de *¿qué normas o partes de la CN deben reformarse?; ¿cuándo o durante qué tiempo puede sesionar la Convención para realizar su tarea?; ¿por qué razones y con qué objetivos o finalidades?*, pues en el fondo, la declaración debe ir necesariamente precedida de un amplio debate congresional, teñido de una honda racionalidad, en el que el Congreso actúe congruentemente en su carácter de *poder legislativo constituido* y manifieste de la manera más explícita posible *la justificación de la declaración de la necesidad de la reforma*.

Pero en ningún caso, respondiendo a estos interrogantes, el Congreso podría avanzar sobre estos límites, hasta llegar al exceso de *redactar el texto de las normas* a considerar por la Convención, como pasó en la Reforma de 1994 según lo veremos más abajo (*infra*). Ese es en general el espíritu que ha animado a las diversas leyes declarativas y a la doctrina especializada (2).

Por voluntad del *poder constituyente originario*, la Convención tiene una *potestad soberana de decisión*, pero en el marco que le fija el Congreso, insisto, ya sea para rechazar la reforma o para aceptarla, y en este caso, modificar, suprimir o incorporar las normas que le dicte su sana discreción, siempre en el ámbito axio-teleológico de la declaración del Congreso, es decir, de los valores y los fines que se tuvieron en cuenta al proclamarla.

---

de 1897 para la reforma de 1898; 4) *Ley 13233* del 27 de agosto de 1948 para la reforma de 1949, en cuya Convención se discutió la cuestión, estando de acuerdo con esta posición la bancada de la Unión Cívica Radical, mientras que la del Partido Peronista, sostuvo la declaración de necesidad de la reforma tenía un carácter de verdadera ley; 5) *Decreto-Ley 3838* del 12 de abril de 1957; 6) *Ley 24309* del 29 de diciembre de 1993.

(2) Linares Quintana, González Calderón, Sanchez Viamonte, Bidegain, Bidart Campos, Vanossi, Spota, Ekmekdjian, Sagües, entre muchos otros.

## 2. Etapa constituyente

Entre otros, dos son los interrogantes fundamentales sobre los que debemos reflexionar en esta etapa y que son de trascendental importancia en el tema que abordamos: a) ¿cuál es la *competencia temporal* de la Convención?; b) ¿cuál es su *competencia material*?

### a) *Competencia temporal*

La Convención sólo está habilitada y tiene competencia decisional durante el *tiempo que le ha fijado para sus sesiones la declaración de necesidad* del Congreso. De acuerdo a los antecedentes nacionales, ese plazo ha sido según los casos, de treinta o de noventa días. La Convención de ningún modo se puede “auto-prorrogar” las sesiones y toda sanción de normas fuera de ese plazo, sería insanablemente nula.

### b) *Competencia material*

En lo referente a sobre qué materias puede pronunciarse la Convención al momento de realizar la reforma constitucional -cuestión trascendental para el tema que abordamos- puede señalarse como principio unánimemente aceptado por los precedentes convencionales y doctrinarios el siguiente: *La Convención sólo tiene atribuciones para tratar las normas o tópicos de la Constitución, cuya reforma ha sido declarada necesaria por el Congreso, por lo que no puede ella por sí misma, declarar la necesidad y entrar a considerar otras normas ú otros tópicos.*

La primera vez que se trató institucionalmente la cuestión fue en la *Convención Reformadora de 1898*, la cual había sido convocada para abordar tres temas propuestos por la declaración del Congreso mediante la ley 3507. Pero aconteció que, al comienzo de las deliberaciones, el ciudadano Juan Gutiérrez presentó una solicitud firmada por 22.000 habitantes de la República, pidiendo que además la Convención suprimiese de la CN, toda disposición sobre religión determinada.

Así las cosas, el diputado Gregorio Romero presentó, como de previo y especial pronunciamiento, un proyecto de resolución en el siguiente sentido: *“La Convención Nacional resuelve expresar que se considera autorizada solamente para deliberar sobre los artículos de la Constitución, cuya reforma ha sido declarada necesaria por la ley 3507, del 23 de septiembre de 1897”.*

Argumentó con vigorosa y clara convicción, de la siguiente manera: “Antes de entrar a la deliberación de los asuntos que han motivado la convocación de esta asamblea, paréceme necesario resolver esta cuestión de alta importancia: ¿puede la Convención presente ocuparse en discutir asuntos no comprendidos en la ley de su convocatoria? Considero, señor Presidente, que es necesaria esta resolución, porque las entidades colectivas deben empezar por conocer su propia naturaleza, sus propios deberes; por contar y medir el número y alcance de sus facultades y de sus atribuciones, pues de otra manera se corre el peligro, el formidable peligro, de atribuirse facultades que no se tiene o de exagerar aquellas que se poseen, y ambos despeñaderos llevan necesariamente al despotismo (...)”.

Y enseguida expresó: “Considero también oportuna esta resolución, porque ésta es una cuestión que debe solucionarse en la alta y serena región del derecho constitucional, abstrayéndola por completo de todo objeto transitorio, de todo interés que pueda apasionar los ánimos; en el primer caso, se resolverá sin apasionamientos de ninguna clase; en el segundo, podrá venir a estrecharse el criterio, podrá cerrarse el horizonte por un lado, para ver solamente por el lado del partido tomado de antemano” (3).

A su turno y coincidentemente, el diputado Ferrer sostuvo: “Yo creo que la Convención no puede ocuparse de esta solicitud, por cuanto la materia a que se refiere no se halla comprendida en los puntos que motivan la Convención y que fijan el límite de sus facultades y de sus atribuciones (...). No puede ponerse en discusión, ni someterse a estudio siquiera. Evidentemente se halla fuera de los puntos que han motivado la Convención; luego, no puede ser tomada en consideración. Es por esta razón que pienso que esa solicitud no debe seguir trámite ninguno, y que debe devolverse a los interesados”. Como la moción de Ferrer fue aceptada, implícitamente quedó aprobado el proyecto de resolución del Convencional Romero (4).

Esta clara y categórica posición volvió a reiterarse en la Convención, con motivo del proyecto del convencional Bores para que se agregue, al reformar el art. 37 señalado por el Congreso en la convocatoria, una cláusula por la que se otorgaba representación a los territorios nacionales. Ante ello, el convencional Ayarragaray insistió en que no podían tratarse propuestas que estaban fuera de los términos precisos de la convocatoria de la Convención, pensamiento que fue apoyado con propias y coincidentes opiniones por los convencionales Leguizamón (5) y Molina (6).

Así quedó sentada y sobradamente fundada una doctrina, que consideramos inmovible ante la solidez de su argumentación en el sistema constitucional argentino, a poco que se repare en el texto del art. 30 CN, en el que el constituyente ha querido que sea el Congreso quien declare la necesidad, es decir, establezca cuáles son las normas o las partes de la CN que, a su criterio y en virtud de la representación del pueblo y de las provincias que inviste, son las que requieren modificación, supresión o incorporación de otras nuevas.

En conclusión, podemos afirmar que la Convención tiene *facultades soberanas dentro del temario que le fijó el Congreso*: es decir que puede rechazar la reforma o aceptarla, y en tal caso, modificar, suprimir o agregar las normas pertinentes al cumplimiento del objetivo fijado por el Poder Legislativo. Esta posición ha sido ratificada por una doctrina esclarecida y destacada como lo señalamos más arriba.

### III. Los poderes de las convenciones reformadoras

Es evidente que la cuestión que estamos analizando, es decir, la posibilidad o no de que una reforma constitucional sea judicialmente mediante el ejercicio del control de

---

(3) RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Editorial Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1938, p. 781.

(4) RAVIGNANI, Emilio, *ídem*, ps. 784/5.

(5) RAVIGNANI, Emilio, *ídem*, ps. 790/91.

(6) RAVIGNANI, Emilio, *ídem*, ps. 810.

constitucionalidad, está estrechamente vinculada con la concepción sobre la naturaleza del “poder constituyente derivado” o “reformador” y de la delimitación jurídica que habiliten su correcto ejercicio ya sea en sus dimensiones procesales como sustantivas en la dinámica reformadora.

Viene al caso recordar que el constitucionalismo y su formulación jurídica en el Estado Constitucional surgieron sustentados en dos principios cardinales de filosofía política:

- a) La división y equilibrio de los poderes por tratarse de un Estado de poderes limitados y controlados. La división, para limitar los ámbitos de actuación y el equilibrio mediante funciones recíprocas de colaboración y de control. *Il faut arrêter le pouvoir avec le pouvoir*, en el decir paradigmático de Montesquieu.
- b) La dignidad de la persona humana manifestada en sus derechos fundamentales y asegurados por las garantías constitucionales.

Por lo tanto, salvo el ejercicio del Poder Constituyente originario, que básicamente no está sujeto a limitaciones jurídicas positivas, todos los demás poderes constituidos por aquél, ya se trate del Poder Constituyente derivado o reformador, como de los que ejercen las funciones del poder en la vida ordinaria del Estado, al estar sometidos a la Constitución como Ley Fundamental y Suprema, encuentran en la misma los límites para el ejercicio de sus competencias válidamente y conforme a las prescripciones constitucionales.

Es por ello que sostenemos que en cuanto a la naturaleza del “poder reformador”, si bien es “constituyente” en cuanto tiene facultad para modificar normas que hacen a la “materia” constitucional formalizada en el texto de la CN, no es menos cierto que sin perder esa jerarquía de “poder constituyente” es, además, un poder “constituido”, pues ha sido establecido en su existencia, ámbito y límites de actuación, por el “poder constituyente originario”, de igual manera que lo hizo respecto de los “poderes constituidos”, ya sean del Gobierno Federal (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y otros) como de los Gobiernos de provincias.

Si aceptásemos que la Convención Reformadora puede transbordar y, en consecuencia, violar los límites temporales y temáticos que le fijó el Congreso de la Nación en su acto declarativo, nos preguntamos: ¿cuál es el sentido y la finalidad que inspiraron a nuestros Padres Fundadores al establecer el requisito previo de ese acto congressional? ¿No se afectaría gravemente la seguridad jurídica del Estado en el caso que permitiésemos esas ilimitadas facultades constituyentes y, por lo tanto, incontrolables?

En este sentido, Vanossi señala dos posiciones: a) *afirmativa*: que admite que las normas creadas por la vía de la reforma constitucional estén incluidas en los contenidos del control jurisdiccional de constitucionalidad, posición ésta, que se divide entre quienes distinguen y quienes no distinguen las cuestiones de *sustancia* y las cuestiones de *procedimientos*; b) *negativa*: que rechaza totalmente la perspectiva de que el control de constitucionalidad pueda recaer sobre el ejercicio del poder constituyente reformador, que estaría exento de toda posible verificación jurisdiccional por parte de órganos del poder constituido (7).

---

(7) VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, t. I, p. 218.

#### IV. Algunas opiniones doctrinarias sobre la judiciabilidad

Salvo algunas opiniones que niegan categóricamente la posibilidad del ejercicio del control de constitucionalidad del Poder Judicial como poder constituido, sobre el ejercicio del poder constituyente derivado que originó la reforma constitucional, creemos que una notable mayoría de la doctrina se inclina en favor de la revisibilidad jurisdiccional, siempre que se den concretos y rigurosos presupuestos. Veamos las posiciones doctrinarias.

##### a) *González Calderón*

Coincidiendo con la resolución aprobada en 1898, sostiene que la Convención Reformadora tiene poderes limitados en cuanto al ejercicio de sus funciones: no puede modificar sino los puntos o artículos de la ley fundamental que han sido incluidos por el Congreso en la convocatoria. La doctrina contraria no podría ser sostenida por algún razonamiento serio. Pondría en conflicto a la Convención con el Congreso y, ante todo, importaría un contrasentido constitucional: la declaración de la necesidad de reforma hecha por el Congreso, sobre tales o cuales puntos, sería completamente inútil. ¿Para qué se exigiría esa declaración concreta si la Convención pudiera iniciar otras enmiendas? Por lo demás, el texto del art. 30 es claro y no puede haber motivos para discutirlo. Si la Constitución hubiera querido que la Convención tuviera una iniciativa amplia, ilimitada, lo habría dicho expresamente (8).

##### b) *Linares Quintana*

Refiriéndose a esta cuestión, afirma que “en definitiva y a nuestro juicio, una reforma de la Constitución será inconstitucional y el poder judicial tiene competencia para declararlo así, en el respectivo caso que se someta a su decisión, si ha sido sancionada en violación del procedimiento, condiciones o prohibiciones establecidos en el texto constitucional vigente, así también si se contradice, o sea, traiciona, los principios básicos o bases permanentes, o sea, el *alma o espíritu de la Constitución*. Admitida la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional por la violación del procedimiento establecido por la ley suprema para su enmienda en el art. 30, con mayor razón procede la de la reforma que viole las prohibiciones contenidas en la misma, así como la que contraríe los principios básicos o bases permanentes, o sea, el espíritu o alma de la Constitución”.

Ninguna Convención reformadora -sigue diciendo- podría en nuestro país, ejercitando el poder constituyente constituido sancionar válidamente una reforma total o parcial de la Constitución que afectara tanto el texto como los principios fundamentales que hacen a la esencia de la ley suprema de la Nación; y el Poder Judicial, en cuanto guardián de la Constitución, tendría competencia para declarar la inconstitucionalidad de una enmienda semejante, que importaría la *destrucción de la Constitución* -según

---

(8) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1917, t. I, p. 342.

la terminología de Schmitt- *o un fraude a la Constitución* -conforme a la calificación de Liet Meaux y de Burdeau- (9).

### **c) Cueto Rúa**

Al comentar el trabajo de Linares Quintana que citamos en nota anterior, Cueto Rúa concluye en las siguientes proposiciones: 1) es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución; 2) es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, si el contenido de la reforma se halla prohibido para siempre por la misma Constitución que se pretende reformar (10).

### **d) Bidart Campos**

La existencia de límites conduce a sostener que cuando una reforma se lleva a cabo sin respetarlos -sea porque en el procedimiento no se atiende a las formas preestablecidas, sea porque en cuanto a las materias viola los contenidos péticos- la enmienda constitucional es inválida o inconstitucional. El vicio o defecto en el ejercicio del poder constituyente derivado, invalida el producto surgido de una reforma que se ha realizado sin habilitación (11). Y refiriéndose al caso de los tratados internacionales antes de su incorporación en la Reforma de 1994, ya adelantaba en 1993 que, si al reformarse la Constitución se incorpora a ella algún contenido violatorio de un tratado preexistente, ese contenido que es producto de la reforma debe calificarse como inconstitucional (12).

### **e) Bidegain**

Ante vicios procedimentales, el autor, compartiendo doctrina de la CS, en principio, considera no justiciable una reforma constitucional, salvo que se hubiese dado en el caso concreto, el incumplimiento de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley, correspondiendo a los jueces determinar si la falla procesal apuntada tiene esa entidad. En cambio, la impugnación de validez de una reforma en razón del contenido plantea, en principio asimismo una cuestión no justiciable, pero con algunas excepciones. En efecto, en materia de contenido, la Convención está limitada en dos aspectos: en cuanto a) a la irreformabilidad de algunas cláusulas por expresa disposición constitucional; b) a la irreformabilidad de las partes

---

(9) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1978. t. 3, pp. 245 y 246/7. Ver asimismo el trabajo específico “¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?”, en LL 34-1153.

(10) CUETO RÚA, Julio C., “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana”, en *La Ley* 36-1100.

(11) BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Edición actualizada, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 81.

(12) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 194.

de la Constitución que el Congreso no haya declarado necesario reformar. Dadas estas limitaciones, los jueces estarían habilitados para negarse a aplicar las reformas que hiciera la Convención excediendo su competencia (13).

#### **f) Vanossi**

Sostiene con motivo del pronunciamiento en el caso “*Soria de Guerrero*”, que “la impugnación de los vicios procesales de una reforma no es -o no debe ser considerada- una “cuestión política” y, por ende, admite su plena justiciabilidad. Es la misma tesis que creemos debe imponerse para todos los casos de impugnación de las leyes por defectos de procedimiento en su sanción y promulgación. Aunque con base en el pensamiento de Fritz Schreier, se refiere a la *norma de habilitación*, es decir, aquella norma “que equipara el hecho de la postulación de otra al de una norma válida y considera la postulación nula como si no lo fuera, basándose solamente en la existencia de un hecho exterior”. ¿Cómo puede darse la habilitación en el caso de la reforma constitucional? Sencillamente por la falta de recurso, por la imposibilidad de impugnación, por la carencia de un medio que quite validez a la norma de significación inferior que contradice a la superior. En definitiva, *la habilitación equivale a la no impugnación*. El argumento de la norma de habilitación sirve tanto para cubrir la hipótesis de violaciones *procesales* como en las *sustanciales* en la reforma constitucional. Esto ocurre concretamente cuando la CS como órgano convalidante declara la no justiciabilidad de la reforma y la imposibilidad de su impugnación” (14).

#### **g) Ekmekdjian**

Admite sin duda alguna que la reforma constitucional está sujeta a control de constitucionalidad, en lo relativo al *procedimiento* utilizado para realizarla, ya que, si no se respeta el procedimiento de reforma, se quiebra la lógica de los antecedentes y, entonces, la reforma constitucional implica la usurpación del Poder Constituyente a su titular, es decir, al pueblo. También admite el control jurisdiccional en cuanto a la *materia*, pues existen ciertos contenidos, mal llamados “pétreos”, que tienen jerarquía constitucional de mayor nivel, cuya supresión, sería incompatible con todo el sistema constitucional (*v.g.* la división de poderes, la prohibición de la confiscación de bienes o la pena de muerte por causas políticas (arts. 1, 17 y 18 CN, respectivamente) (15).

#### **h) Bianchi**

Revisando su anterior posición y sólo en cuanto a la ley, sostiene que nos enfrentamos a dos clases de inconstitucionalidades: una de forma y otra de fondo, habiendo la

---

(13) BIDEGAIN, Carlos María, *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, t. IV, pp. 21/23.

(14) VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, t. I, ps. 219/ 221 *in fine* en nota 54, y 228 y ss.

(15) EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, t. III, p. 165 y ss. Asimismo, en su artículo “El Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional”, en *La Ley* del 17 de noviembre de 1999.

CS aceptado revisar la última, pero excluyéndose de la primera, pues en este caso los efectos son en un caso concreto, mientras que si el juez declara la inconstitucionalidad de una ley por defectos de forma, ya no habría referencia a un caso concreto, pues los defectos de forma, no dependen de una circunstancia de hecho en particular, sino que son objetivos e iguales para todos los casos, lindando esta inconstitucionalidad con la nulidad misma de la ley y, su declaración importaría la derogación lisa y llana de aquélla. Afirma que el impacto sobre la división de poderes es muy diferente según se trate de la inconstitucionalidad formal o la de fondo (16).

Al comentar el caso “Fayt”, y manifestando su preocupación por el posible futuro de otras cláusulas reformadas cuya habilitación en la Convención es dudosa según las reglas hermenéuticas establecidas en este caso, expresó -en reseña que realizamos- “que la CS reafirma y profundiza aquí su proceso de *judicialización* de las cuestiones políticas” y que “se ha dado un golpe bastante duro al viejo mito de la convención soberana” y “se ha encargado de recordarle a los integrantes del cuerpo ya disuelto una lección que viene de la Convención reformadora de 1898, que se negó a tratar temas no habilitados” (17).

### **i) Sagüés**

Pensamos que, si una reforma constitucional es inválida por infracción a topes normativos y axiológicos de contenido, de tiempo, lugar o procedimiento, ese defecto es *cuestión jurídica justiciable*, sin perjuicio de importar al mismo tiempo, una cuestión política. Una reforma que violase topes de *contenido, lugar y trámite*, resultaría total o parcialmente inválida, para lo cual será necesario que los órganos de control de constitucionalidad acepten la judiciabilidad de la cuestión y se pronuncien en contra de la reforma. A los requisitos comunes de legitimidad de *origen* y de *ejercicio* del poder constituyente originario, se le deben sumar el respeto a las normas (18) constitucionales, legales y reglamentarias que condicionan su comportamiento.

### **j) Juez Boffi Boggero**

Como en tantos otros votos sobre las “cuestiones políticas”, el juez Boffi Boggero afirmó reiteradamente que “los poderes políticos deben ejercer sus facultades respectivas sin afectar los derechos y obligaciones establecidos por el ordenamiento jurídico, porque lo contrario transformaría a las facultades privativas como facultades sin control de los jueces”.

En el caso “*Soria de Guerrero*” (Fallos: 256:556) sostuvo que “el pueblo mediante su 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

---

(16) BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 332/3.

(17) BIANCHI, Alberto B., “Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994”, en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional del 17 de septiembre de 1999.

(18) SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, t. I, pp. 108/09.

en los aludidos artículos de la Constitución Nacional. Que si por parte legítimamente interesada se niega la existencia válida de un precepto constitucional a mérito de no haberse guardado el procedimiento establecido por la Convención Constituyente (...) (1) a materia *sub-examen* es, en consecuencia, claramente justiciable”.

## V. La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Si bien nuestro estudio está dirigido al control de constitucionalidad de una reforma constitucional, nos ha parecido necesario analizar reseñadamente la doctrina de la CS respecto del control ejercido sobre la formación y sanción de las leyes, que si bien es cierto es una problemática de inferior jerarquía, constituye un antecedente valioso que el propio Tribunal lo tuvo en cuenta en ocasión del contralor sobre los aspectos procedimentales de una reforma constitucional.

### 1. Formación y sanción de las leyes

#### a) *La posición negatoria de la judicabilidad*

La doctrina de nuestro más alto Tribunal negó durante casi un siglo la justiciabilidad de estas cuestiones, en base a diversos argumentos que podemos sintetizar en los siguientes términos: *La forma de las deliberaciones para dictar la ley, no puede contestarse judicialmente. No compete a la Corte Suprema examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso han dado al art. 71 (ahora art. 81 referido a la formación y sanción de las leyes) (“Cullen c. Llerena” de 1893, en Fallos: 53:420), por ser una causa esencialmente política la referida a las formalidades y procedimientos de organización de una rama de la Legislatura en determinada sesión de la misma (“Cía. Azucarera Tucumana”, en 1924, Fallos: 141:271), careciendo el Poder Judicial de facultades para decidir si en el procedimiento seguido por las Cámaras del Congreso para la sanción de las leyes es o no el que establecen las disposiciones de la CN, pues ello importaría quebrantar el equilibrio de los poderes y una violación a la independencia de que goza el Poder Legislativo. El Poder Judicial si bien tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no las tiene para resolver sobre la forma como ellas han llegado a ser aprobadas por el Congreso. Conoce respecto a las leyes sólo una vez que ellas existen como tales, es decir, cuando son promulgadas o puestas en vigencia” (“Petrus S.A.”, Fallos: 210:855).*

#### b) *Procedencia de la revisibilidad jurisdiccional*

Pero llegó la oportunidad en que la CS en el caso “Nobleza Piccardo” del 15 de diciembre de 1998 (Fallos: 321:3487), ante discrepancias en el texto aprobado por la Cámara de Diputados y por el Senado, dijo: *Corresponde a la Corte, intervenir en lo atinente al proceso de formación y sanción de las leyes, cuando al no haber sido aprobado un proyecto por ambas Cámaras del Congreso, se lo pasa al Poder Ejecutivo para su examen y promulgación, sin observar el art. 78 de la CN (texto posterior a la reforma de 1994).*

En similar sentido a esta nueva posición doctrinaria, nos encontramos dos años después con la causa “Famyl S.A.”, del 29 de agosto de 2000 (Fallos: 323:2256), en la

que la CS afirmó que *si bien lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes*, al constituir una atribución propia de los dos poderes constitucionalmente encargados de ello -arts. 77 a 84 CN- *resulta, por regla general, ajeno a las facultades jurisdiccionales de los tribunales, ello reconoce excepción en los supuestos en que se ha demostrado fehacientemente la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.*

### **c) Otro tema concomitante: la judiciabilidad ante el veto del PE**

Si bien en cuanto al control del veto del PE en el proceso de formación y sanción de las leyes, tuvo algún atisbo en el caso “*Giulitta*” de 1941 (Fallos: 189:156), ya que, sin existir un pronunciamiento expreso sobre el veto, fue motivo de un análisis minucioso, a la luz de los requisitos y prescripciones constitucionales y dejó abierta la posibilidad de su control.

Ello ocurrió décadas después en la causa “*Colella*”, de 1967 (Fallos: 268:352), en la que la CS declaró que la doctrina de la irrevisibilidad no es aplicable, y por lo tanto existe cuestión justiciable, cuando se cuestiona la falta de promulgación válida de la ley. En este caso numerosos artículos del proyecto sancionado fueron vetados por el Poder Ejecutivo y ante la promulgación de solamente cuatro artículos de la ley sancionada por el Congreso, el Alto Tribunal dispuso que, por afectarse la unidad inescindible de la ley, la promulgación no lo era de una disposición jurídica válida y obligatoria.

Esta doctrina fue citada y reiterada en los autos “*Servicio Nacional de Parques Nacionales*”, el 5 de abril de 1995 (Fallos: 318:445), al sostenerse que *esta Corte ha establecido que el veto y la promulgación del texto no observado son válidos cuando han dejado inalterado el objeto central de la ley, toda vez que las normas observadas han podido escindirse del texto del proyecto total sancionado por el Congreso, sin detrimento de aquél* (en igual sentido ver autos “*Cacace*” del 19 de octubre de 1995, Fallos: 318:1887). Actualizando dicha tesis, en autos “*Bustos*” del 20 de agosto de 1996 (Fallos: 319:1483), la CS agregó que “*tal doctrina se ha visto confirmada en el texto constitucional sancionado en 1994, cuyo art. 80 permite la promulgación parcial de las partes no observadas ‘si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso’.*”

Continuando con esta posición jurisprudencial en el caso “*Famyl S.A.*” (Fallos: 323-2256) del año 2000, citado precedentemente, el Tribunal sostuvo la procedencia de la revisión judicial de un veto parcial, expresando que *en tanto los incs. e), punto 4, y m) del art. 1º del proyecto de la ley 25063, constituyen un todo inescindible, al haber vetado el Poder Ejecutivo al segundo de ellos, es inconstitucional -por no ajustarse a lo prescripto por el art. 80 de la CN- la promulgación parcial dispuesta mediante el art. 7º del decreto 1517/98, en cuanto incluyó al primero.*

## **2. Control jurisdiccional de una reforma constitucional**

### **a) Introducción temática**

Es indudable que una de las materias más discutibles en cuanto a la posibilidad de su revisión judicial, es el referido al procedimiento y resultados de una reforma consti-

tucional. Como lo expresáramos más arriba, existen opiniones con fundadas razones, que no llegan a aceptar que un “poder constituido” como lo es el Poder Judicial y fundamentalmente la CS, tenga competencia para realizar el control de constitucionalidad sobre la actividad del “poder constituyente derivado o reformador”.

Nosotros, sin menores razones y coincidentemente con respetable opinión de otros doctrinarios, sostenemos que el “poder constituyente derivado o reformador” es también un poder “constituido” por el “poder constituyente originario”, y en consecuencia debe ajustar su actividad a lo establecido formal y sustancialmente por el último, pues en caso contrario estaría obrando inconstitucionalmente y por lo tanto, esa inconstitucionalidad debe ser declarada por el máximo órgano que en el Estado es el intérprete final de la Constitución y cabeza de su control jurisdiccional como lo es la Corte Suprema.

Atendiendo a los límites de este trabajo, dejamos así expuesta, reseñadamente, una cuestión de tamaña gravedad institucional, para entrar a considerar cuál ha sido al respecto la doctrina judicial sentada por la CS en casos paradigmáticos.

### **b) El caso “Soria de Guerrero”**

Quizás la punta de lanza en el incipiente comienzo de un proceso hacia la judicialidad de una reforma constitucional, lo constituye el caso “Soria de Guerrero” de 1963 (Fallos: 256:556), originado en el pedido de inconstitucionalidad del art. 14 bis de la CN formulado por la demandada, alegando que en la reforma de 1957 al quedarse sin quórum la Convención, no se había podido certificar el acta de la sesión anterior en que se había aprobado dicha norma y, en tales condiciones, no se había cumplido con el reglamento dictado por la propia Convención. La CS si bien reiteró la doctrina en el sentido que las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzan, como principio, al examen del procedimiento adoptado por la formación y sanción de las leyes, también es cierto que abrió una válvula de escape al señalar que *“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”*, razón por la que no es pertinente la intervención de la Corte, para decidir si el art. 14 nuevo de la CN fue sancionado de conformidad con el reglamento interno de la Convención Constituyente.

### **c) Caso “Gascón Cotti”**

Las circunstancias fácticas en este caso fueron las siguientes: la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires rechazó la inconstitucionalidad de la ley 10859, que disponía reformar la Constitución y convocar a un plebiscito para que el pueblo de la provincia se pronuncie al respecto, demanda que se basaba en la alegada circunstancia de no haberse respetado el trámite previsto por la propia Ley Fundamental de la provincia para proceder a la reforma.

La causa en la que la CS se pronunció el 6 de julio de 1990 (Fallos: 313:594), fue la caratulada *“Recurso de hecho deducido por Alfredo J. Gastón Cotti en la causa ‘Gastón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad de la ley 10.859 y decreto 5766/89’*”, en la que por mayoría, rechazó la demanda con fundamento en que la compatibilidad de las constituciones provinciales con las condiciones del art. 5 de la CN y la validez de una

de las etapas del procedimiento de reforma, configura una cuestión política, vedada por principio a los tribunales de justicia, por tratarse de un “procedimiento 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 interferencias de jueces”.

No compartimos los fundamentos invocados ni la decisión tomada por las razones que en la última parte del capítulo exponemos. En cambio, sí estamos de acuerdo con las disidencias de los ministros Belluscio y Fayt. El primero, al sostener que la regularidad del proceso de reforma de una Constitución, constituye una cuestión jurídica de la cual los tribunales deben conocer en caso de plantearse por los legitimados para hacerlo y en la forma prevista en el ordenamiento procesal. El segundo, por afirmar que la reforma de una Constitución provincial es una cuestión justiciable. La facultad de alterar la Constitución, es una competencia basada en el derecho constituido. La intervención de la CS en la causa que se cuestiona la regularidad del proceso de reforma de la Constitución de Buenos Aires, no avasalla la autonomía provincial, sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias, han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la CN.

Estas disidencias fueron premonitorias del cambio en la doctrina tradicional del Alto Tribunal y que se confirmó en los casos que se le presentaron en el futuro, adoptando la tesis de la judiciabilidad de las reformas constitucionales, tanto respecto del procedimiento como de los contenidos.

#### **d) Caso “Ríos, Antonio J.”**

Pero en lo referido específicamente a una reforma constitucional de orden provincial, recordamos el caso “Ríos” de 1993 (Fallos: 316:2743), en el que la CS afirmó que *los poderes conferidos a la Convención Constituyente de la Provincia de Corrientes, no pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.*

En sentido coincidente -sostiene la CS con cita de Gorostiaga- vale destacar 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 que descansa la Constitución (Manuel Gorostiaga, “Facultades de las convenciones constitucionales”, Estado Cromo-Lito-Tipográfico J. Ferrazini y Cía., Rosario 1898, pp. 52 y 53)”.

Como se advierte, un año antes de la Reforma de 1994, la CS fija claramente, si bien para el ámbito provincial, pero con indudable repercusión para el ámbito federal, cuáles son los límites del poder constituyente derivado, y cómo al ser sobrepasados, se afecta la supremacía del poder constituyente originario y por lo tanto, están sujetos a un control de constitucional ineludible.

En la misma línea ampliatoria de justiciabilidad, podemos recordar que en Fallos: 317:1195 de octubre de 1994, al resolver el caso “Partido Justicialista de Santa Fe”, el Alto Tribunal sostuvo que no es inconstitucional el art. 64 de la Constitución de la provincia de Santa Fe, en cuanto exige intervalo de un período para posibilitar la reelección del

gobernador y vice, pues *la forma republicana de gobierno (arts. 5 y 121 CN) no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente elegidos.*

**e) Caso “Iribarren, Casiano R.”**

El 22 de junio de 1999 (Fallos: 322:1253), en autos “*Iribarren c. Pcia. de Santa Fe*”, el actor en su calidad de ministro de la Corte Suprema de dicha provincia, demandó la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de la provincia de Santa Fe, en cuanto dispone el cese de la inamovilidad de los magistrados a partir de los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener la jubilación ordinaria.

Pensamos que la procedencia de la acción y la declaración de inconstitucionalidad de la citada norma por el fallo del Alto Tribunal, implica una violación de la autonomía provincial y, por ende, de la forma federal de Estado adoptado por nuestra CN, pues discrepando con el criterio sentado, no creemos que el fijar una edad razonable como la de los 65 años para hacer cesar la inamovilidad de un juez, afecte en modo alguno la forma republicana de gobierno.

El Tribunal afirmó las siguientes argumentaciones:

- a) En los casos en que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, la intervención de la CS no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la CN.
- b) La independencia de los jueces hace a la esencia del régimen republicano y su preservación debe ser respetada por los otros poderes del Estado, pues se torna un requisito necesario para el control que deben ejercer los jueces sobre aquéllos.
- c) Es inconstitucional el art. 88 de la Constitución de la provincia de Santa Fe pues, al hacer cesar la inamovilidad de los jueces al alcanzar la edad requerida para obtener la jubilación ordinaria, los somete a una situación de marcada precariedad en el ejercicio de sus funciones sujeta al arbitrio de otro poder del Estado provincial.

En este caso, cabe destacar la insólita actitud del juez Vázquez, quien al adherir en lo sustancial al voto de los demás jueces, incursionó indebidamente sobre temas que no eran materia de la *litis* ni de la impugnación recursiva, adelantando su posición para el posterior caso “*Fayt*”. Con base en que los poderes conferidos a una convención constituyente no pueden reputarse ilimitados, sostuvo que los arts. 2º y 3º de la ley 24309, declarando la necesidad de la reforma de la CN, no habilitaron la modificación de los alcances de la garantía de la inamovilidad vitalicia consagrada en el art. 96 de la CN de 1853, razón por la cual afirmó que “es nula de nulidad absoluta” la cláusula del art. 99 inc. 4º, párrafo tercero de la CN sancionada en 1994, en tanto no responde a habilitación alguna contenida en la ley declarativa de la necesidad de la reforma.

**f) Caso “Fayt, Carlos S.”**

Con motivo de la Reforma Constitucional de 1994, la CS en “causa judicial” en su entender, se ve compelida a realizar uno de los pronunciamientos más trascendentales de los últimos años en la causa “*Fayt, Carlos S. v. Estado Nacional*”, el 19 de agosto de 1999 (Fallos: 322:1616). Dicho pronunciamiento se originó con motivo de que el actor, juez del Alto Tribunal, inició la acción prevista por el art. 322 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación, a fin de obtener que se declare la nulidad en los términos de la ley 24309 de la reforma introducida por el art. 99, inc. 4, párr. 3° del nuevo texto de la CN al anterior art. 86 inc. 5 del texto 1853/60, por no estar el tema incluido en la declaración de necesidad que el Congreso formuló en la citada ley, y que además, importa en su criterio una restricción a la garantía de la inamovilidad que consagra el art. 110 CN, 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. Vale la pena recordar que en la Constitución de 1853/60 los jueces permanecían en sus cargos mientras durara su buena conducta, y no tenían límite de edad alguno.

Dada la extensión del fallo, realizaremos un resumen de los principales fundamentos que lo respaldan y que marcan un hito fundamental, superlativo y polémico en la materia que analizamos de la justiciabilidad de las “cuestiones políticas”, pues hace lugar a la acción y declara nada menos que la nulidad de la norma constitucional reformada.

- a) *Se declara revisible jurisdiccionalmente no sólo el aspecto procedimental, sino también el aspecto sustancial o contenido de la reforma*, para juzgar en los casos planteados, si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a las que está sujeto.
- b) *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 sin excepción alguna en estos ámbitos*, desde que ya en 1864, sostuvo que el Alto Tribunal “es el intérprete final de la Constitución” (Fallos: 1:340).
- c) *Procede el control sobre el alcance de disposiciones y derogaciones adoptadas por la Convención reformadora, privando de efecto a aquellas realizadas en infracción a los límites impuestos al poder reformador.*
- d) *El Congreso de la Nación ha aceptado el carácter justiciable de los límites del poder reformador, al prever la sanción de nulidad de “las modificaciones, derogaciones y agregados” que realice la Convención Reformadora apartándose de la competencia establecida (art. 6°, ley 24309), con lo que presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control sobre el alcance de las disposiciones y derogaciones adoptadas.*
- e) *Los “poderes implícitos” de la Convención Reformadora son auxiliares y subordinados a los “explícitos” concedidos pero no son sustantivos ni independientes de éstos últimos, pues ningún poder puede arrogarse mayores facultades de las que les hayan sido conferidas.* Se explicitó en la declaración del Congreso los poderes del presidente para la designación de los magistrados (ex-art. 86, 5°) pero no la inamovilidad del ex-art. 96 del anterior texto CN.

- f) *Dado que ni en los arts. 2º y 3º de la ley 24309 ni en el “Núcleo de Coincidencia Básicas”, se ha incluido la posibilidad de reformar la norma constitucional relativa a la garantía de la inamovilidad de los magistrados, cabe considerar nula la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4º párr. 3º de la CN, ya que la alteración que la misma comportó a dicha garantía a partir del cumplimiento de una edad determinada, no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución otorgada a la Convención para reformar el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicada en la mera actualización o adecuación de las facultades del PE.*

## VI. Nuestras conclusiones en el tema

Deseamos ahora, amén de lo que ya hemos expresado más arriba, exponer nuestras opiniones sobre las diversas facetas del tema analizado, distinguiendo las que se refieren a los *aspectos procesales* o de trámite de una reforma, de las relativas a las *cuestiones sustanciales* o de contenidos normativos.

Pero de modo previo consideramos oportuno recordar la doctrina inveterada de la CS sobre la trascendencia que implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica infraconstitucional emanada de los poderes constituidos ordinarios, cuando afirma que es un *acto de suma gravedad institucional y la ultima ratio del orden jurídico*. Ello así, cuánto más debe tenerse presente esta advertencia, si el ejercicio del control se realiza sobre una norma emanada del poder constituyente reformador. En tal caso, los jueces deben obrar con suma prudencia, en casos excepcionales e inevitables por la manifiesta y grosera violación por la Convención de procedimientos y contenidos constitucionales.

### a) *Aspectos procesales o de tramitación de una reforma*

1. Si el *poder constituyente originario, primigenio y fundacional* ha previsto en el texto constitucional -como no podría dejar de hacerlo- el procedimiento a seguir cada vez que el *poder constituyente derivado o reformador* necesite ponerse en funcionamiento, es indubitable que toda vez que ese procedimiento sea violado en cualquiera de sus manifestaciones, mecanismos o etapas, la reforma constitucional es inválida y a petición de parte interesada, debe ser declarada inconstitucional.
2. En nuestro sistema argentino, nuestros Padres Fundadores de 1853/60 establecieron en el art. 30 CN como requisito ineludible para un ejercicio válido del *poder constituyente reformador*, el siguiente procedimiento: a) declaración de necesidad de la reforma por el Congreso; b) con el voto, al menos, de dos terceras partes de sus miembros (se toma la votación por cada Cámara separadamente); c) para realizar la reforma debe reunirse una Convención convocada a tal efecto. Si estos requisitos no se cumplen en la integridad de sus contenidos normativos, lógicamente que debemos concluir que la reforma es revisible judicialmente por haber violado el orden jurídico constitucional.
3. Por lo tanto, es revisible una reforma constitucional si se ha violado el procedimiento que la CN ha prescripto para el ejercicio constitucional del Poder

Constituyente derivado, pues no sólo se viola el principio de supremacía constitucional, sino que, además -según Ekmekdjian- se rompe la lógica de los antecedentes.

**b) Aspectos sustanciales o de contenido de una reforma**

1. En el sistema argentino, corresponde al Poder Judicial y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de poder, el control final de la constitucionalidad de los comportamientos tanto personales, sociales como institucionales, cualquiera sea la jerarquía de los titulares y en tanto afecten principios, derechos, garantías y competencias constitucionales.
2. Una causa en la que una parte legítimamente interesada plantee la inconstitucionalidad de una Reforma Constitucional, constituye una “causa judicial” cuya resolución le corresponde en última instancia de la CSJN, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 116 CN: “Corresponde a la CS y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva (...)” de donde se deduce que no se debe marginar de este control, en determinadas y excepcionales circunstancias, las normas emanadas del *poder constituyente derivado*.

De acuerdo a lo prescripto por la originaria e histórica Constitución de 1853/60, todos los poderes constituidos que de ella emanen, aún el *poder constituyente reformador o derivado*, es decir el *poder constituyente constituido*, están sometidos al control que debe verificar si la supremacía constitucional prescripta en aquélla en su art. 31, con la complementación del actual art. 75 inc. 22 CN.

3. Las llamadas *facultades privativas* de los poderes propiamente políticos son revisibles judicialmente, cuando en su ejercicio allanen las principios y disposiciones constitucionales que configuren el modo de su ejercicio -no su propia existencia- pues que sean “privativas” no puede significar en manera alguna de que “ilimitadas” e “incontrolables”, pues se estaría destruyendo principios cardinales del Estado Constitucional.
4. Asimismo es revisible, en principio, el contenido normativo de una reforma, si con él se han violado sustancial y gravemente los derechos humanos o los principios insoslayables de nuestro régimen político (republicano, representativo y federal), pues en tal caso estamos más que frente a una “reforma”, a una “destrucción” (Carl Smith) del texto plasmado en la anterior Constitución. Para nosotros se viola el núcleo de los “principios no negociables” del constitucionalismo argentino que hacen al *orden público constitucional*.
5. No es lógicamente congruente afirmar poderes implícitos de las Convenciones, sino solamente en la medida que sean necesarios para implementar los explícitos, de acuerdo a la más sana doctrina que los justifica, pues ellos son meramente instrumentales al servicio sólo de los explícitos.
6. Parafraseando aquí lo que decíamos *supra* en el párrafo III., si aceptásemos que la Convención Reformadora puede violar los límites temporales y temáticos que le fijó el Congreso de la Nación en su acto declarativo, éste carecería de sentido institucional y las Convenciones Reformadoras se constituirían en poderes

colectivos, abusivos y despóticos, a las que les cabría la firme condenación que formulara Jefferson al decir: “Ciento setenta y tres déspotas, aún elegidos, serán tan opresores como uno”.

**c) El caso “Fayt” a la luz de estos principios**

1. En cuanto a los aspectos procesales del fallo de la CS, entiendo que tratándose de juzgar la constitucionalidad de una norma que afectaba contemporáneamente o no, directa y concretamente a todos los magistrados del Poder Judicial de la Nación y, asimismo, habiendo sido actor en la causa un juez del Tribunal, los demás miembros del mismo debieron excusarse y llamar a conjuces para integrarlo. Sólo lo hizo el juez Petracchi. De por sí esta omisión de los miembros de la CS de apartarse del proceso, habría configurado una causa nulificante del fallo.
2. Consideramos de plena aplicación al caso, nuestras afirmaciones realizada en el párrafo *a)* 1, 2 y 3, en tanto reiteramos, no estaba habilitado por la declaración del Congreso, el tema referido a limitación alguna para la cesación en los cargos de los magistrados.
3. En cuanto al contenido normativo de la reforma en este punto, y sin entrar a la valoración de la conveniencia o no de poner límites de edad al ejercicio de la judicatura, en nuestro entender la CSJN debió evitar el control de constitucionalidad por ser la *ultima ratio* del orden jurídico y acto de suma gravedad institucional, más aún si se trata de una norma de nivel constitucional, pues la declaración de nulidad no se tornaba insoslayable, ya que interpretando y completando la voluntad del constituyente, habría sido la oportunidad para afirmar que dicha limitación de edad sólo regía para los magistrados que se designasen en el futuro (criterio que sustentó la Cámara en segunda instancia), toda vez que la reforma no puede alterar los derechos adquiridos de las investiduras de los miembros de los Poderes del Estado.  
Precisamente en este sentido se enrola razonable y constitucionalmente, lo dispuesto por el art. 54 CN para la integración del Senado que lleva de dos a tres representantes por entidad autonómica, pero con la cardinal aclaración de la Disposición Transitoria 4ta. que dice: Los actuales integrantes del Senado de la Nación desempeñarán sus cargos hasta la extinción del mandato correspondiente a cada uno.
4. En el presente caso, *obiter dictum*, el control jurisdiccional de la reforma en los términos señalados precedentemente, se ve más fortalecido por la prescripción formulada por el art. 6 de la ley 24309 que textualmente dice: *Serán nuladas 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.* Por lo tanto, si el propio Congreso fijó bajo pena de nulidad requisitos tan estrictos a cumplimentarse por la Convención, sería absurdo negarle a la CS el control jurisdiccional para un artículo de la reforma, cuando la propia ley declarativa autoriza la nulidad de *todas* las modificaciones, derogaciones y agregados ajenos a los arts. 2 y 3 de la misma.
5. Por ello, coincido en el caso *sub-examine* con el criterio sentado por la Corte Suprema, consciente que, si bien es cierto que este fallo puede acrecentar cierta

inseguridad jurídica, no lo es menos que más aún puede acrecentarla, si se constitucionalizan normas dictadas en violación al procedimiento y a los contenidos mínimos que la CN establece. Es decir, constitucionalizar la sanción de normas inconstitucionales dictadas fuera de los límites fijados por la declaración de necesidad de la reforma, emanada del Congreso de la Nación con carácter de acto pre-constituyente.