

## **EL CASO “FAYT” Y SUS IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES.**

Por el **Dr. Antonio María Hernández (h.)**, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U.N. de Córdoba), Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal (U.N. de Córdoba), Ex Diputado de la Nación Argentina, Ex Convencional Constituyente Nacional, Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional

### **I. EL CASO “FAYT”.**

#### **I.1. La explicación sintética del caso.**

Este caso debe su nombre al Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Carlos Santiago Fayt, que planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad contra dos disposiciones incorporadas en la reforma constitucional de 1994 que le afectaban: el art. 99 inc. 4, tercer párrafo y la disposición transitoria undécima.

Dicho artículo estableció que para los magistrados de la Justicia Federal era necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo cuando cumplieran setenta y cinco años de edad y que dicha designación se haría por cinco años, pudiendo repetirse indefinidamente. La disposición transitoria prescribió que la caducidad de los nombramientos y la duración limitada indicada por ese artículo entraría en vigencia a los cinco años de la sanción de la reforma, o sea el 24 de agosto de 1999. El Alto Tribunal sentenció la causa el 19 de agosto del año pasado, haciendo lugar a la demanda y declarando “...la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4, párrafo tercero –y en la disposición transitoria undécima- al art. 110 de la Constitución Nacional”.(1)

El fallo, de extraordinaria importancia institucional y sin precedentes en la jurisprudencia de la Corte, ha considerado revisable judicialmente la actuación del poder constituyente derivado y declarado la nulidad de la propia constitución reformada, dando origen a un debate profundo en nuestro derecho.(2)

#### **I. 2. Los fundamentos de la sentencia de la Corte.**

Seguidamente efectuamos una síntesis de los mismos, en el orden que fueron enunciados en los respectivos Considerandos de la sentencia.

##### **a) Justiciabilidad de esta causa:**

La Corte, luego de analizar en los Considerandos 1° a 4° los aspectos procesales del caso, concluye en afirmar en el considerando 5°, el carácter justiciable de la cuestión, pues en su opinión existe una “causa”, “...pues el actor ha invocado ante el Poder Judicial la protección de un derecho: el de mantener la inamovilidad en el

cargo de Juez de este Tribunal para el cual fue designado según el procedimiento vigente para entonces en la Constitución Nacional y de acuerdo al alcance que dicha garantía le reconocía”. “El Estado Nacional ha resistido tal pretensión, de modo que se configura una controversia entre partes que sostienen derechos contrapuestos, esto es una controversia “definida y concreta” (Fallos, 242:353) que remite 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 de la Constitución Nacional).”(Considerando 5º)

Seguidamente la Corte afirma que su control de constitucionalidad corresponde aunque “...lo atinente al contenido de una reforma constitucional haya sido atribuído válidamente a un poder distinto del judicial , pues aún 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 expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a que está sujeto”...”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 acordadas (Fallos, 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar “la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes” (Fallos, 210:1095) y “excedencia de sus atribuciones” en la que éstos puedan incurrir (Fallos, 254:43).”(Considerando 5º)

**b) La doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución:**

El Alto Tribunal sostuvo textualmente lo siguiente al respecto en el Considerando 6º: “Que, además, la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución 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 Ana 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 “formación 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 (conf. Consids. 3º y 4º, Fallos, 256:556)

“Al respecto, es elocuente que el Congreso de la Nación –al emitir en diciembre de 1993 la declaración de necesidad de la reforma y fijar mediante una ley, según la práctica constitucional argentina, los puntos a revisar- haya expresado mediante términos inequívocos –aún cuando no era necesario- su conocimiento y aceptación del carácter justiciable de los límites del poder reformador, puesto que al prever la sanción de nulidad de las “modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida...” (art. 6, ley 24.309, dicha prescripción presupone la existencia de un poder dotado de facultades suficientes para realizar el control sobre el alcance de las disposiciones y derogaciones adoptadas por la Convención, que permita privar de efectos a las realizadas en infracción a los límites impuestos, el cual no puede ser otro que aquel que tiene como atribución esencial la de preservar la supremacía constitucional: el Judicial.”

“Por lo demás, la invalidez del procedimiento de reforma de la Constitución dista de ser una materia novedosa en los antecedentes que dieron origen a nuestra Carta Magna, pues Alberdi prevenía en 1852 sobre la ineficacia de la proposición de reformas que no estuviesen apoyadas por dos terceras partes del Congreso, o por dos terceras partes de las Legislaturas Provinciales (art. 39, proyecto de constitución acompañado a Las Bases)”.

**c) La limitación del poder constituyente derivado:**

La Corte expresa en este sentido en el Considerando 7º que se trata del “fondo de este asunto” y que “...la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación –constitucional- en que descansa”.

Se recuerda esta doctrina respecto del poder constituyente derivado provincial (Fallos 316:2743), con cita de Manuel Gorostiaga (conf. “Facultades de las Convenciones Constitucionales”, Rosario, 1898, págs. 52 y 53) y después se agrega: “Restricción que también resulta del texto del art. 30 de la Constitución Nacional, que, tras declarar la posibilidad de que aquélla sea reformada “en todo o en cualquiera de sus partes” y conferir al Congreso de la Nación la función de declarar la necesidad de la reforma, atribuye su realización a “una Convención convocada *al efecto*” (el énfasis es agregado); precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne con la finalidad de modificar aquéllas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad

de pronunciarse al elegir a los Convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos”.

**d) El procedimiento del art. 30:**

El Tribunal, en el Considerando 8º, afirma en primer lugar que esta cuestión está tratada en la Primera Parte de la Constitución y no en la Segunda -entre las atribuciones del Congreso-, “..pues es una afirmación sobre la naturaleza de la propia Constitución que se sitúa como ley suprema del país”.

Luego recuerda, citando a González Calderón, que el procedimiento de la reforma tiene dos etapas: de declaración de necesidad de la reforma, a cargo del Congreso y de la reforma propiamente dicha, a cargo de la convención, a quien “...le corresponde llevar a cabo la actividad reformadora dentro de ese marco”. Y agrega: “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. Cabe recordar que no se trata de confrontar un acto legislativo material típico con acto emanado de la convención reformadora, pues la declaración por el Congreso de la necesidad de la reforma bajo las condiciones que expresa el texto de la Constitución, es un acto del poder preconstituyente –aún cuando en la historia constitucional argentina se haya implementado mediante la forma de leyes-, que se funda directamente en la Constitución”.

**e) El alcance de las facultades implícitas de la convención:**

La Corte, en el Considerando 9º, precisa de esta manera la cuestión: “...Sin duda, quien tiene poderes para realizar un cometido, debe contar con las facultades implícitas necesarias para llevar a buen término la misión deferida. Más predicar la presencia de poderes de dicha naturaleza es únicamente reconocer ciertas atribuciones que son imprescindibles para el ejercicio de las expresamente concedidas, que pueden considerarse adecuadas y compatibles con el diseño general de la Constitución, pero que no son substantivas ni independientes de los poderes expresamente concedidos, sino auxiliares y subordinadas (Fallos, 300:1282; 301:205). La invocación de la denominada teoría de los poderes implícitos no puede justificar un desconocimiento de que el principio que sostiene el diseño institucional de la república es que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido expresamente conferidas, pues si de un poder expreso pudiera implicarse otro de análoga consistencia se destruyen los límites de la concesión y no

tardaría en echarse por tierra todo el aludido equilibrio de la Constitución (Fallos, 318:1967)”.

El Alto Tribunal en este Considerando rechaza la opinión del Procurador General que había sostenido la aplicación de dicha teoría y sostiene que en vez de examinarse la intención de los convencionales en el debate de la convención, debe profundizarse el análisis de la intención de quienes fijaron los puntos habilitados para la reforma en la ley 24.309. Al respecto, dice textualmente: “...Esos poderes implícitos, en el caso, son los que resultan de la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma, que se definieron en los acuerdos de fuerzas políticas que precedieron la declaración del Congreso y que, en la historia constitucional argentina, han contribuido a formar el consenso necesario para el cumplimiento del procedimiento establecido en el art. 30 de la Constitución Nacional (conf. Debate de la Ley 24.309, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, sesión del 20/21 de diciembre de 1993, pág. 4092). Esta finalidad, sentido y alcance, se expresaron en las llamadas “coincidencias básicas” y se hicieron constar en el art. 2º de la ley 24.309.”

**f) La sanción de nulidad del art. 6º de la ley 24.309:**

La Corte, en el Considerando 10º, expresa: “Que la sanción explícita de nulidad contenida en el art. 6º de la ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado de la competencia establecida en los arts. 2º y 3º 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. 7º de la ley bajo examen. 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 con poderes ilimitados (cfr.: Debate de la ley 24.309, Diario de Sesiones Cámara de Senadores, sesión del 21 de octubre de 1993, intervención del Senador Eduardo Menem, pág. 3869).”

**g) La inamovilidad de los jueces:**

El Alto Tribunal sostiene en el Considerando 11º que el art. 96 -en la numeración anterior a la reforma- consagró dicho principio, que dicha norma no fué incluida entre las cláusulas que la convención estaba habilitada para revisar -según los arts. 2º

y 3° de la ley 24.309- y que se mantuvo intacta en su redacción en el texto sancionado en 1994 como art. 110.

**h) El análisis del Núcleo de Coincidencias Básicas:**

La Corte concluye en el Considerando 12° en que “..en el Núcleo de Coincidencias Básicas” tampoco aparece explícita ni implícitamente la mención a la garantía de inamovilidad con el contenido con el cual había sido establecida para los jueces federales por el citado art. 96 de la Constitución”.

Dice el Alto Tribunal que en ningún párrafo de los puntos I y J del citado Núcleo, relativos a la designación y remoción de los magistrados federales, aparece “..algún contenido que pudiera interpretarse racionalmente como relativo a la posibilidad de fijar un término a la garantía de inamovilidad de los jueces federales con motivo del cumplimiento de una edad determinada”.

En el Considerando 13° la Corte continúa con el mismo análisis y expresa que si bien se autorizó por el art. 2° de la ley 24.309 la modificación del art. 99 de la Constitución –según la numeración anterior de la reforma- y la incorporación de un nuevo artículo, ello estuvo vinculado al apartado H del Núcleo y respondió a la voluntad de crear el Consejo de la Magistratura.

**i) La irrazonabilidad de la reforma del art. 99 inc. 4°:**

El Alto Tribunal en el Considerando 14° expresa al respecto: “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 Señor Presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales –art. 99, inc. 4°, Constitución reformada- materia que estaba explícitamente habilitada puesto que el art. 86, inc. 5° del texto anterior, había sido incluido en el art. 2° inc. a) de la 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. (Fallos, 319:24).”

**j) La nulidad del exceso de las facultades de la convención reformadora:**

La Corte en el Considerando 15° afirma sobre este particular: “Que, por las razones expuestas, 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 de una edad determinada, ya que una alteración tan substancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar –en los términos del apartado I 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”.

“El Tribunal a quo, además se equivoca al fundar la no aplicación al actor de las cláusulas impugnadas en la doctrina de los derechos adquiridos al amparo de un régimen constitucional diferente. (3) La discusión que versa sobre la posibilidad de invocar derechos adquiridos frente a las disposiciones sancionadas regularmente por una convención reformadora de la Constitución Nacional, resulta abstracta en la presente causa, pues el art. 99 inc. 4°, párrafo tercero de la constitución reformada, no puede aplicarse al actor por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la convención, conforme al procedimiento reglado por el art. 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309.”

**k) La no revisión de la conveniencia o no de la norma impugnada:**

La Corte en el Considerando 16° sostiene en su primer párrafo: “Que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial 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”.

Después el Alto Tribunal recuerda que en la sentencia de la causa “Gomez Diez, Ricardo y otros c. P.E.N.-Congreso de la Nación” del 31 de marzo de 1999, se puntualizó la necesidad de preservar al Poder Judicial de la “sobrejudicialización de los procesos de gobierno” (cons. 9°), “...más con parejo énfasis ha destacado en dicho precedente que esa autorrestricción en modo alguno supone que este poder abdique del control de constitucionalidad de las normas o actos emanados de los otros poderes del Estado –como es una convención reformadora-, cuando se

observen –como en el caso- los recaudos constitucionales que habiliten su jurisdicción (cons. 18).”

Seguidamente, el Tribunal dice: “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 mas elevada misión que constitucionalmente le corresponde. Con igual celo por esta función propia, los jueces de la Nación, incluídos los actuales magistrados de esta Corte Suprema, tras la reforma de 1994, hemos jurado “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” (Acordada de la Corte Suprema 58, Fallos, 317:570; Libro de Actas de la Corte Suprema, folios 339, 343, 347, donde constan nuestros juramentos). ..”

#### **1) El precedente del caso “Iribarren, Casiano Rafael c. Santa Fé, Provincia de s/acción declarativa”:**

La Corte había sentenciado esta causa el 22 de junio de 1999, donde consideró inconstitucional una reforma de la Constitución Provincial de dicha Provincia que también había establecido límites para el ejercicio de las magistraturas judiciales. Dicho fallo es un antecedente de este caso, pues se trató una cuestión similar y se adelantaron argumentos que luego se repetirían en esta oportunidad, como expresamente lo recuerdan los votos de los Ministros Vázquez y Bossert.

#### **I. 3. Los efectos de esta sentencia en la seguridad jurídica.**

De los múltiples efectos que este fallo ha producido en nuestro derecho (4), nos interesa detenernos en los vinculados con la seguridad jurídica.

Ésta es considerada uno de los “arbotantes”<sup>12</sup> que sostienen el Estado de Derecho junto a los principios de legalidad y razonabilidad por Augusto Mario Morello (5), quien así se refiere a la misma: “Cuando la Corte Suprema acuñó la esencia de la seguridad jurídica, expresando que es una de las bases principales de nuestro ordenamiento jurídico cuya tutela incumbe a los jueces (Fallos, 242:501), reconociendo su jerarquía constitucional equiparada al derecho de propiedad (Fallos, 252:134) dió un paso decisivo en pos de esa solidificación del entramado guía de las relaciones y situaciones jurídicas”.

Dicha seguridad jurídica encuentra su pilar en la propia Constitución, que ocupa la cúspide de nuestra jerarquía normativa y a la cual debe subordinarse el resto del ordenamiento jurídico.

Por ello resulta evidente que la Corte con este fallo ha afectado la seguridad jurídica pues al declarar la nulidad de dos disposiciones de la propia Constitución, ha modificado los propios soportes de nuestro Derecho y puesto en situación de sospecha y control judicial no sólo a otros puntos de la reforma constitucional de 1994, -como lo ha destacado Bianchi (6)- sino a todos los ejercicios efectuados o futuros de poder constituyente derivado.

En efecto, a la luz de esta nueva jurisprudencia, nada impide que puedan revisarse la legalidad y legitimidad de las reformas constitucionales del pasado. O sea que los profundos debates sobre el status constitucional argentino, que pensábamos superados a la luz de la reforma de 1994 al proclamar cuáles eran las reformas vigentes, pueden reabrirse en el tiempo por venir, con consecuencias imprevisibles. Acaso podemos olvidar el notable esfuerzo científico de interpretación de Sánchez Viamonte y Bidart Campos para superar la posible objeción de inconstitucionalidad a la reforma de 1860, efectuada cuando no habían transcurrido los 10 años que prescribió el texto fundacional de 1853? O los cuestionamientos a las reformas de 1949 y 1957?

Cuando más allá de algunas objeciones, se afirmaba un consenso en la sociedad argentina sobre el alto grado de legitimidad de la reforma de 1994, jurada por todos los miembros de la Convención Constituyente más numerosa y pluralista de la historia, aparece esta sentencia a casi cinco años de la sanción operada, que introduce dudas sobre dicho proceso e inseguridad jurídica en nuestro derecho.

De igual manera, por vía de hipótesis, también podría pensarse que en el futuro toda reforma –de mantenerse este criterio jurisprudencial- estaría sujeta a una posibilidad semejante, con efectos jurídicos similares.

Es por ello que consideramos como de extraordinaria gravedad institucional los efectos de este fallo, aunque afortunadamente por los principios todavía vigentes del control de constitucionalidad en nuestro orden federal, ellos son de aplicación al caso concreto y en consecuencia, confiamos que en el futuro la Corte puede modificar los criterios sustentados en esta causa.

## **II. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA CORTE DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL.**

Consideramos que este fallo de la Corte es inconstitucional y se inscribe entre los precedentes más erróneos y graves de toda la historia jurisprudencial del Alto Tribunal. Así opinamos, pues para nosotros la sentencia desconoció los principios fundamentales de la teoría constitucional, como seguidamente lo explicaremos de manera sintética, en razón de brevedad, al considerar los primeros argumentos de la Corte, mencionados como a), b) y c) en el anterior punto I.2.

## **II. 1. El poder constituyente.**

### **III. 1. A) Concepto:**

El poder constituyente es definido por Segundo V. Linares Quintana como “la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisar ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (7)

Este tema del poder constituyente (8) junto a la supremacía constitucional y al control de constitucionalidad, constituyen un trípode fundamental de la teoría constitucional. Aunque desde la antigüedad se ejerció dicho poder para establecer las normas fundamentales, la exposición de la teoría correspondió al abate Emmanuel Sieyès en su famosa obra “¿Qué es el tercer estado?”, en los prolegómenos de la Revolución Francesa.

Sostenía el autor que “...la Nación existe ante todo, es el origen de todo, su voluntad es siempre leal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural”. “Si queremos una idea justa de las leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad tenemos, en primer término, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes, unas que regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo y las otras que determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales, no porque sean independientes de la voluntad nacional sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. Cada parte de la Constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie del poder delegado puede cambiar nada en la condición de su delegación. Es en este sentido que las leyes constitucionales son fundamentales”.(9)

Sánchez Viamonte dice que Sieyès sigue el pensamiento de Rousseau pero corrige el empleo de los términos, humaniza la enteleguía metafísica y termina aquella sinfonía inconclusa convirtiéndola en programa práctico de fácil realización. Su sencilla lección magistral fue aprendida por los protagonistas de la Revolución Francesa y no será olvidada mientras la humanidad necesite asegurarse la existencia de un orden jurídico. (10)

Esta teoría es una de las bases fundamentales del Estado de Derecho y de las actuales democracias constitucionales, entre las que se encuentra la nuestra.

### **II.1. B. Clasificación:**

Del concepto de Linares Quintana, se advierte la distinción entre poder constituyente “originario” y poder constituyente “derivado”, -que el autor origina en Sieyès junto a Sánchez Viamonte, González Calderón y Burdeau- , en general aceptada por la casi unanimidad de la doctrina argentina y comparada. (11)

“En ambos supuesto –expresa Vanossi (12)- estaríamos ante el ejercicio de una misma sustancia de poder, tanto cuando se constituye inicialmente como cuando se reforma ulteriormente: siempre es poder constituyente”.

Por esta razón Vanossi cita a Linares Quintana cuando dice que “la obra del poder constituyente sólo puede ser válidamente modificada por el mismo poder constituyente y no por otro de menor jerarquía que aquél” y a Sánchez Viamonte que expresaba que el poder constituyente originario y el derivado eran “dos etapas de un mismo poder”, a las cuales denominaba “etapa de primigeneidad” y “etapa de continuidad” respectivamente, porque luego de sancionada la Constitución, el poder constituyente entraba en “estado virtual o de latencia”, apto para ponerse de nuevo en movimiento cada vez que sea necesaria la reforma, o sea la nota de “discontinuidad” del poder constituyente. (13)

La justeza de estos conceptos sirven para explicar con claridad el sistema de reforma constitucional consagrado en el art. 30 de la Ley Suprema, que instituye a la Convención como el órgano que ejercita el poder constituyente derivado.(14)

Recordamos otra clasificación del poder constituyente, que consideramos útil e importante para nuestro estado federal y para analizar esta sentencia. Nos referimos a la vinculada a los “grados” de dicho poder, donde distinguimos un “primer grado”, correspondiente al Estado Federal con la Constitución Nacional, un “segundo grado” cuyo ejercicio es de las Provincias que sancionan sus respectivas Constituciones Provinciales, un “tercer grado” correspondiente a la Ciudad de Buenos Aires –luego de la reforma de 1994 con la incorporación del art. 129- que ya sancionó su Estatuto Organizativo como Constitución de dicha ciudad Estado y un “cuarto grado”, de competencia de los municipios que en ejercicio del aspecto institucional de sus autonomías consagradas en el art. 123 de la Ley Suprema de la Nación y regladas en las Constituciones Provinciales, deben dictar sus “constituciones locales” que son las Cartas Orgánicas Municipales. (15)

También expresamos que la distinción entre poder constituyente originario y derivado se aplica a los distintos grados, de tal manera que cuando se sanciona por

primera vez la respectiva ley suprema se ejercita la forma originaria, mientras que la derivada corresponde a las reformas de la misma.

A su vez, los grados encuentran su fundamentación en las distintas jerarquías normativas de la organización federativa y por ello, las Constituciones Provinciales y de la ciudad de Buenos Aires deben respetar las bases constitucionales de la Constitución Nacional al momento de ejercitar su poder constituyente, mientras que los Municipios autorizados para sancionar Cartas Orgánicas deben respetar las bases constitucionales de los órdenes superiores, o sea el federal y provincial respectivo. Esta cuestión es muy importante para comprender el tema que analizaremos más adelante del control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

## **II. 1. C. Límites:**

No obstante que las dos clases de poder constituyente tienen la misma sustancia, la doctrina distingue al originario del derivado por sus límites, habida cuenta que el segundo debe adecuarse a los límites jurídicos impuestos por el primero al establecer el sistema de reforma constitucional.(16)

En este sentido se considera en principio ilimitado al poder constituyente originario, --aunque no es pacífica la doctrina al respecto- (17), mientras que se caracteriza al poder constituyente derivado como limitado, aspecto en que nos detendremos por ser de su propia naturaleza.

En efecto, esta clase de poder constituyente debe cumplir las prescripciones que al respecto le ha fijado la propia Constitución sobre los órganos destinados a la reforma, los procedimientos, los plazos e incluso determinadas prohibiciones.

Nuestra Ley Suprema ha regulado el tema en el art. 30, sobre cuyo análisis integral no podemos detenernos porque excede el propósito de este estudio.

Para adentrarnos en la naturaleza y alcance de las competencias de las Convenciones reformadoras, debemos recordar algunos antecedentes del derecho comparado y argentino.

En ese sentido es preciso recurrir al análisis efectuado por Alejandro Jameson, que fue un gran tratadista del derecho norteamericano, -precursor en materia de Convenciones-, en su obra “Convenciones Constitucionales”. El autor, después de responder afirmativamente que una Legislatura puede obligar a una Convención, expresó: “Sólo tres convenciones (una en Georgia, 1789; otra en Illinois, 1862 y otra en Pensilvania, 1892) entre todas las que he estudiado se aventuraron a desobedecer las reglas prescriptas por las Legislaturas, a desatender o evadir las limitaciones establecidas” y agregó: “La Legislatura es el centinela de guardia. No puede legalmente abdicar su posición...ella tiene el derecho de prescribir cuándo, dónde y

cómo debe la Convención reunirse, proceder en sus tareas y poner sus trabajos en vigor; pero no, que debe hacer”. (18)

Luego de destacar Arturo M. Bas que “Las convenciones no son entre nosotros como en Norteamérica meramente de estudio y preparación, sino que sancionan por sí y definitivamente la ley fundamental” (19), arriba a la siguiente conclusión: “Encuadradas las Convenciones, dentro del término de su mandato, y conociendo los puntos o materias señaladas para la reforma, la potestad es plena, para efectuar las enmiendas en la forma que juzguen conveniente, como para declarar que no conceptúan aquéllas convenientes o necesarias”. (20)

Estos conceptos sobre la naturaleza del poder constituyente reformador han sido posteriormente aceptados por la doctrina actual en nuestro país.(21)

#### **II. 1. D. El titular del poder constituyente.**

En nuestro derecho constitucional, el titular del poder constituyente es el pueblo, por cuanto allí reside el principio de la soberanía popular que es la base de la legitimidad democrática y del estado de derecho. Sólo el pueblo puede originariamente sancionar una Constitución o reformarla, por medio de sus representantes o por otros procedimientos. En nuestra Ley Suprema, ello surge con toda claridad tanto del Preámbulo -cuando hace referencia a la sanción primigenia de la Constitución- como del art. 30, al prescribirse la reforma de ella por medio de la Convención. Resulta evidente en consecuencia, que el único procedimiento admitido para el ejercicio del poder constituyente derivado es el indicado por el artículo precedentemente citado, que atribuye sólo a una Convención Constituyente tal competencia.

Esto se vincula con un tema de especial importancia cual es de la “legitimidad” de la Constitución. Dicho problema es de naturaleza esencialmente política y debe resolverse según Linares Quintana (22), remontándose a la naturaleza del acto constituyente, porque como observa Sánchez Viamonte (23), se requiere la presencia inequívoca de una voluntad política nacida de una determinación popular mayoritaria, porque de lo contrario no sería legítima una Constitución cuya sanción estuviese afectada de soborno, violencia o cualquier clase de presión.

#### **II.1. E. El poder constituyente y los poderes constituídos.**

La diferencia entre poder constituyente y poder constituído resulta fundamental en la teoría constitucional. Esta distinción aparece expuesta -tal como lo dijimos

anteriormente- por el Abate Sieyès en su obra citada y luego aceptada a lo largo del tiempo.(24)

Sánchez Viamonte consideró que esta separación fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituídos es la creación jurídica más importante de aquéllos tiempos. (25)

En consecuencia resulta indudable que el poder constituyente opera en un nivel superior, pues es el que establece los grandes principios constitucionales del Estado de Derecho, dando origen a los poderes constituídos, que en nuestra organización son el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. A su vez, también deviene indiscutible que la primera obligación de los poderes constituídos es la de cumplir la Constitución en su letra y espíritu.

De este análisis de la teoría más autorizada sobre la fundamental cuestión del poder constituyente, resulta para nosotros evidente que la Corte desconoció en este fallo algunos de sus aspectos principales como el de la naturaleza del poder constituyente derivado, su titularidad y la distinción entre poder constituyente y poder constituído. En consecuencia el Alto Tribunal ha pasado por alto la base misma de nuestro Estado democrático de Derecho, que otorga supremacía a la Constitución, como producto del poder constituyente en su faz originaria o derivada y cuya titularidad corresponde al pueblo a través de sus representantes elegidos para la Convención.

Asimismo ha obviado la más importante misión que tiene como poder constituído, que es la de ser guardián de la Constitución.

Como lo veremos más adelante, por el principio de “corrección funcional” mencionado por Konrad Hesse (26), el producto de una Convención Constituyente sólo puede ser revisado por otra Convención Constituyente (27), o sea por la misma jerarquía suprema de ejercicio de la soberanía popular. Nunca por los poderes constituídos, pues se encuentran en una situación inferior y aunque sea por el Poder Judicial e incluso por la más alta Corte del país.

Violar ello, como aquí se hizo, significa despreciar el elemental concepto de soberanía popular, base del sistema republicano y la legitimidad democrática, representado en su expresión más elevada por la Convención Constituyente. No otra cosa se ha hecho al declararse la nulidad de unas cláusulas de la propia Constitución, que es el pilar inmovible de nuestro ordenamiento jurídico y el fruto del ejercicio del poder constituyente, sea originario o derivado.

Es evidente para nosotros que la Corte avanzó sin competencia alguna –como lo veremos más adelante- en el control del propio poder constituyente, lo cual supone

estar por encima del mismo. En este caso no sólo se obvió la distinción fundamental entre poder constituyente y poder constituido, -que desde Sieyès está en la base del Estado de Derecho y en el nuestro en particular-, sino que además se invirtieron dichos términos, pues se antepuso un poder constituido al poder constituyente.

## **II.2. La supremacía constitucional.**

Este principio es otro de los fundamentales de la teoría constitucional y consiste en que la Constitución, que es la base del Estado de Derecho, tiene carácter de suprema y fundamental. En consecuencia, todo el orden jurídico debe adecuarse a ella, porque es la expresión del poder constituyente, que a su vez es la máxima expresión de la soberanía popular. Esto también se vincula con la distinción entre este poder y el de naturaleza constituida, que siempre está obligado a respetar al de superior jerarquía. Y tal como lo anticipamos, esta trilogía de la teoría constitucional se completa con el control de constitucionalidad, que se establece a los fines de asegurar dicha supremacía constitucional.

Su antecedente más antiguo se remonta a 1610, pues se atribuye al célebre juez inglés Coke su primera enunciación. Antes de su notable desarrollo -debido como hemos visto a Sieyès-, debemos mencionar su consagración en el texto de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, en su art. VI cláusula segunda, que ha sido el directo antecedente del art. 31 de nuestra Ley Suprema.(28)

Resulta evidente, en consecuencia, que la supremacía es un elemento fundamental del propio concepto de Constitución y que así ha sido establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Dicha supremacía constitucional ha sido desconocida en el fallo que analizamos del caso “Fayt”, pues en vez de acatarse el mandato propio de la reforma de 1994, -que sin lugar a dudas integra la Constitución-, la Corte declaró la nulidad de dos de sus cláusulas.

En este caso, el más alto Tribunal judicial que tenía la misión de proteger y custodiar la Ley Suprema, -como fue establecido desde el famoso precedente “Marbury v. Madison” del Chief Justice Marshall que influyó en el nuestro- fue precisamente quien incumplió su primera y más importante obligación.

Desafortunadamente, una vez más se comprobó el peligro que encierra la pregunta que se formulaban los clásicos: qui custodet custodem?, al advertir sobre este grave problema de los regímenes políticos.

Reiteramos que se afectó la supremacía constitucional, violándose otro de los principios liminares de la teoría constitucional.

### **II.3. El control de constitucionalidad.**

#### **II.3. A. La inconstitucionalidad de una reforma constitucional.**

Previo al análisis de los principios del control de constitucionalidad en nuestro derecho y en el derecho comparado en relación a este tema, debemos preguntarnos si puede haber una reforma de la Constitución que sea inconstitucional.

A ello respondemos afirmativamente, a la luz de los distintos debates que se han producido en la teoría constitucional y en nuestra propia historia institucional.

En cuanto al primer aspecto, es pertinente recordar en tal sentido los debates sostenidos entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en el derecho europeo, entre Marbury y Frierson en el derecho norteamericano y entre Linares Quintana y Cueto Rúa en nuestro derecho.(29)

En cuanto al segundo aspecto, en nuestra historia constitucional resulta notable el alto grado de cuestionamiento que tuvo el ejercicio del poder constituyente, resultado, –bajo nuestro punto de vista- de la falta de adecuada cultura política y jurídica, que nos impidió en largos períodos históricos alcanzar los acuerdos requeridos por la alta política constitucional.

En efecto, el problema inicial de la reforma de 1860, efectuada en violación del art. 30 del texto de 1853 que prohibía reforma alguna en el término de 10 años, signó el comienzo del debate sobre nuestro status constitucional, que reputamos recién solucionado en la reforma de 1994, luego de un prolongado derrotero político-institucional marcado por profundos desencuentros.

Piénsese que debimos recurrir a las tesis enunciadas en este siglo por Sánchez Viamonte y Bidart Campos sobre la naturaleza de poder constituyente originario en 1860, para superar la objeción de inconstitucionalidad de dicha reforma.. Y luego de ello, casi todas las posteriores reformas tuvieron igual suerte, vgr. las de 1949, 1957, 1972 e incluso la de 1994.(30)

En consecuencia, pensamos que la inconstitucionalidad de una reforma constitucional puede producirse cuando se violentan los límites establecidos para el ejercicio del poder constituyente derivado.

En este sentido, nos parece precisa la clasificación efectuada de dichos límites por Vanossi (31)

Formales (trámite a seguir)

Procesales  
o adjetivos

Temporales (plazos de prohibición)

	Autónomos o internos	Expresos (cláusulas pétreas)
	Sustanciales o sustantivos	
Límites jurídicos o positivos		Implícitos (forma de gobierno)
		Pactos federales (limitación a la forma de estado)
	Heterónomos o Externos	Supremacía federal (limitación al poder constituyente de las Provincias)
		Paz - Integración
		Tratados internacionales
		Guerra – Condiciones al Vencido

Admitida en consecuencia la posibilidad de la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, corresponde el análisis sobre el control de constitucionalidad de la misma.

### **II. 3. B. El control de constitucionalidad de una reforma constitucional en el derecho comparado.**

#### **II. 3. B. 1. En el derecho norteamericano.**

Para precisar esta cuestión es necesario distinguir: 1) entre las reformas constitucionales a nivel estadual y las de nivel federal; y 2) entre las materias de procedimiento de la reforma (matters of procedure) y las materias de contenido (matters of substance).

Con respecto a la primer distinción, la jurisprudencia norteamericana muestra que en el nivel estatal -desde el siglo pasado- se encuentran fallos que admiten la declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional, mientras que nunca en el orden federal ha ocurrido algo similar, en cuanto a las enmiendas constitucionales producidas.(32)

Con respecto a la segunda distinción, Linares Quintana sostiene que en general se puede observar que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad del control en materias de procedimiento de una reforma constitucional, mientras que ello no ha ocurrido en materias de contenido de la reforma.(33)

Sintetizando la opinión del autor norteamericano al que refiere en este tema, dice Linares Quintana: "...Orfield estima que, después de todo, así como los tribunales no se han atrevido a juzgar acerca de la constitucionalidad de la Constitución misma,

resulta lógico argumentar que desde que una enmienda llega a formar parte de la Constitución como cualquier otra porción de la misma, la constitucionalidad de ella no está más abierta al ataque que la de la ley fundamental misma”.(34)

En cuanto a la cuestión en la doctrina de dicho país, no debe olvidarse el debate producido entre William Marbury y William Frierson, en 1920 en la “Harvard Law Review. El primero sostuvo las limitaciones para enmendar la Constitución por parte de tres cuartas partes de los Estados y expresó: “...Si la Constitución ha reglado ella misma su enmienda, es para asegurar su propia estabilidad y no para facilitar el cambio de todo su edificio. No es concebible que el pueblo, cuando confirió a las Legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados el poder de enmendar la Constitución, haya entendido autorizar la adopción de medidas, bajo el pretexto de enmiendas, tendientes, en realidad a destruir una de las bases fundamentales de la Constitución” (35)

En cambio Frierson contestó que “...la Constitución ha confiado al Congreso y no a los tribunales el deber de determinar cuáles son las enmiendas necesarias. Esta determinación ha sido expresamente dejada al juicio de las dos terceras partes de cada Cámara. La única cuestión que puede ser sometida a un tribunal es la de saber si el Congreso ha ejercitado su juicio a este respecto.” Y agregaba: “..decir que los tribunales pueden revisar una enmienda, propuesta y ratificada por la vía regular, con el fundamento de que la enmienda no es necesaria o conveniente, o de que no es una de aquellas que ha sido autorizada por los autores de la Constitución, sería hacer decir a las disposiciones del artículo 5º que una enmienda propuesta por el Congreso y ratificada por las tres cuartas partes de los Estados será válida porque sea aprobada por la Suprema Corte. Dicho de otro modo, sería substituir el juicio de los tribunales en una cuestión de política y oportunidad al juicio del Congreso y de las legislaturas de los Estados a los cuales la Constitución les ha confiado la materia”.(36)

Consideramos de especial importancia estos antecedentes del derecho norteamericano, pues en él abrevamos como fuente de nuestra Ley Suprema y también del control de constitucionalidad.

Para nosotros resulta claro que tanto en nuestro sistema como el que analizamos, el control de constitucionalidad de una reforma constitucional federal no se puede ejercitar por el poder constituyente derivado, pues de lo contrario, se colocaría por encima de los órganos que tienen atribuída dicha competencia por la Constitución, a los Tribunales. En este sentido, nos parecen perfectamente aplicable a nuestro tema en estudio, los conceptos de Frierson que hemos recordado precedentemente.

Bajo otro punto de vista y tal como antes lo sostuvimos, es posible la revisión de la constitucionalidad de una reforma constitucional estadual o provincial, por cuanto se trata de un poder constituyente de segundo grado y en consecuencia, el mismo debe adecuarse a las bases establecidas por el de primer grado, en la Ley Suprema Federal. Asimismo reiteramos que en el derecho norteamericano el control en esta materia sólo alcanza al procedimiento, nunca al contenido, por tratarse de una cuestión política no justiciable. Esto es importante, por cuanto como ya veremos, en el caso que analizamos el Tribunal no sólo revisó el procedimiento sino también el contenido, lo que a todas luces nos parece otro de los graves errores cometidos. Para comprender mejor el sistema norteamericano de control de constitucionalidad, destacamos que luego del caso “Marbury v. Madison” de 1803, se produjo otra declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso recién en el caso “Dred Scott” de 1857 y posteriormente, –en el período que va desde la terminación de la Guerra Civil en 1865 y la Segunda Guerra Mundial- se produjeron setenta y siete resoluciones en ese sentido.

En el mismo período, pero analizando las leyes de las Legislaturas Estaduales, se encuentran en cambio seiscientos cincuenta y ocho declaraciones de inconstitucionalidad.<sup>(37)</sup> Estas cifras demuestran –bajo nuestro punto de vista- la notoria prudencia con que los jueces ejercieron esta extraordinaria facultad. Es que no puede ser de otra manera a la luz del significado de dicho control, que tuvo un desarrollo especial en los Estados Unidos y que luego influenciara en gran parte del derecho comparado.

Para entender el mismo hay que ubicarse en el contexto histórico que precedió a la sanción de la Constitución de Filadelfia de 1787.<sup>(38)</sup>

A mediados de la década 1780-1790 –considerada como uno de los períodos críticos de la historia norteamericana- se produjeron rebeliones antijudiciales para evitar el funcionamiento de las Cortes de Justicia, en virtud del acoso que sufrían los deudores por parte de los jueces, siendo la más importante la de Springfield liderada por Daniel Shays.

Las consecuencias de dichos levantamientos se observaron años después, ya que las Legislaturas estaduales tomaron medidas para satisfacer dichas demandas, lo que dió origen al temor al despotismo legislativo. Este temor originó entonces una visión contramayoritaria de la política, o sea una reacción contra el poder de las asambleas legislativas, que sirvió de base para establecer la función de control del Poder Judicial, más allá de su menor legitimidad democrática. Esta visión fue afirmándose a través de la opinión de personalidades como Madison, Hamilton, George

Washington, Sidgwick y John Marshall, entre otros, manifestadas en torno del proceso de sanción de la Constitución de 1787 y su ratificación posterior por los Estados de la Unión.

Quienes más influyeron en esta cuestión fueron Madison y Hamilton, con sus escritos federalistas. Madison, en el Federalista n.º 10, afirmó esencialmente dos ideas, como refiere Gargarella: que el nuevo orden institucional debía estar orientado a impedir los actos de las facciones y que los comportamientos facciosos representaban tendencias propias e inevitables de las asambleas legislativas. Y de ahí el remedio institucional para afrontar este peligro: el poder judicial, con su función del control de constitucionalidad de las leyes. (39). Hamilton, en el Federalista n.º 78, como también sintetiza el Profesor de Buenos Aires, defendió la independencia del poder judicial como “necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo” y concibió al poder judicial como “un cuerpo intermedio” situado entre el pueblo, creador de la constitución, y la legislatura, responsable de la normativa más cotidiana, con la función de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. (40)

Fue Hamilton además quien mejor expuso la facultad de control de constitucionalidad de los jueces. En el Federalista 78 expresó: “La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.”(41)

En estas frases está la clara fundamentación de la supremacía constitucional y del control de constitucionalidad y además, su justificación del principio de control contramayoritario de los jueces, que pueden revisar leyes de la legislatura, mediante

el argumento democrático del respeto a la máxima voluntad soberana del pueblo, que es la propia Constitución.

Posteriormente, el Chief Justice Marshall en el célebre caso “Marbury v. Madison”, desarrollaba de esta manera las ideas de Hamilton: “..hay dos alternativas – demasiado claras para ser discutidas-: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza...”(42)

Estos autores sentaron los principios del control de constitucionalidad en los Estados Unidos, con una delimitación precisa del mismo, en base a la supremacía de la Constitución.

Estas cuestiones sobre la misión del Poder Judicial y los alcances del control de constitucionalidad tienen tan extraordinaria importancia en el sistema norteamericano, que los autores contemporáneos prestan especial atención a los mismos. En este sentido, continúa la preocupación por el correcto funcionamiento del principio de la división y equilibrio de los poderes del sistema republicano, y específicamente en relación a los jueces, se debate sobre la legitimidad y límites de su accionar en el control de constitucionalidad. Para ejemplificar ello, bástenos citar al tal vez más prestigioso de los constitucionalistas norteamericanos actuales, Laurence Tribe, Profesor de Harvard, que en su conocida obra “American Constitutional Law”, ya en el Cap. I titulado “Approaches to constitutional analysis”, trata estos dos temas:: 1-7. The antimajoritarian difficulty (la dificultad contra o antimayoritaria) y 1-8. The worry about judicial legitimacy: Guarding the guardians. (la preocupación sobre la legitimidad judicial: vigilando los guardianes).(43)

Con respecto al primer tema, el destacado constitucionalista cita entre quienes han estudiado el problema a Black, Lusky, Berger, Ely, Choper, Perry, Bickel y Hard. (44). Nosotros también sumamos a Ackerman. (45)

Con relación al segundo tema, en el punto citado y al comienzo del mismo, expresa Tribe: “Frente al peligro que los jueces mismos pudieran desviarse de su esfera legal delegada de autoridad y por ello servir a un impulso personal en vez de a la Constitución, los líderes de la opinión post revolucionaria (refiriéndose a los años

posteriores a la revolución de 1776) replicaron argumentando que el Poder Judicial estaría “limitado por estrictas reglas y precedentes”. Agregaron que careciendo de influencia final sobre la “espada” y la “bolsa”, el poder judicial federal puede verdaderamente decir que aunque carece de fuerza y poder, sólo tiene juicio y de esta manera se espera que se mantenga como la rama “menos peligrosa”. Fue por esta razón que las cortes fueron confiadas para servir como “un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura””.(46)

Luego de este análisis del derecho norteamericano, concluimos en que:

- a) Sería muy difícil que se cambien los principios de la supremacía constitucional, control de constitucionalidad y división de los poderes, para que los tribunales federales y aún la Corte Suprema, puedan revisar parte alguna de la Constitución, sea la de 1787 o la vinculada a las sucesivas enmiendas.
- b) Nunca se ha declarado la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución federal.
- c) En la distinción entre los aspectos de procedimiento y de contenido de una reforma, no se ha permitido la revisión de estos últimos, por tratarse de cuestiones políticas no justiciables.
- d) En modo alguno puede recurrirse al derecho norteamericano para tratar de justificar lo acontecido en el caso *Fayt*.
- e) Los principios del derecho norteamericano que hemos analizado fueron fundamento de nuestro sistema constitucional y para nosotros siguen siéndolo, a pesar del caso *Fayt*, que constituye su más flagrante violación. (47)
- f) Es necesario profundizar el debate en el derecho argentino sobre estos temas, por la similitud de problemas con el derecho norteamericano y puesto que para nosotros, se ha alterado la división y equilibrio de los poderes, por medio del fallo que estudiamos.
- g) Las citas que hemos transcripto demuestran acabadamente la inconstitucionalidad en que ha incurrido la Corte Suprema argentina, que no ha cumplido con su extraordinaria responsabilidad de ser la guardiana de la Constitución.

### **II.3.B.2. En el derecho europeo.**

En lugar de la “judicial review” de Norteamérica, los europeos establecieron un control político de la constitucionalidad de las leyes, cuyo origen debe buscarse en el constitucionalismo revolucionario francés. En efecto, también correspondió al abate Sieyès la defensa del “*jurie constitutionnaire*”, como órgano de control de constitucionalidad. (48) Luego de la pertinente evolución histórica, se impondría

finalmente en Europa el modelo kelseniano de control autónomo de constitucionalidad, que consagrara en las Constituciones austríaca y checoslovaca de 1920.(49)

Con respecto a la naturaleza de los Tribunales Constitucionales se acepta generalmente este concepto de Vezio Crisafulli: “..El Tribunal Constitucional...permanece fuera de los poderes estatales tradicionalmente conocidos: forma un poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto de la Constitución en todos los campos”.(50)

La legitimidad de dichos tribunales se asienta –sostiene Louis Favoreu (51)- en dos elementos: su composición y su función de orientar y no de bloquear. En relación a este último concepto que pensamos de aplicación para nuestro caso, dice el distinguido jurista francés que: “Los tribunales constitucionales tienen una función de orientar y no de bloquear. En otras palabras, no tienen la “última palabra”; pueden ser desmentidos por el poder supremo del estado, el poder constituyente”. Y mas adelante expresa en dicha línea de pensamiento: “una jurisdicción cuyas decisiones no pueden ser, de ninguna manera, recurribles, tiene así un poder sin límites, que es difícil, sino imposible, concebir en un Estado constitucional de Derecho”.

Para corroborar su opinión, este autor recurre a la autoridad del decano de los constitucionalistas franceses, Georges Vedel, quien ha escrito que la legitimidad de este tribunal constitucional “..radica en que también es un poder constituído y que no es dueño de las medidas que debe hacer respetar. Porque el poder constituyente puede modificar tal o cual medida o imponer una interpretación que no haya sido la de los jueces”.(52)

A estas claras opiniones que reafirman lo que sosteníamos sobre la naturaleza del poder constituyente, la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad, agregamos que del análisis efectuado por distintos juristas europeos sobre la jurisdicción constitucional en la obra colectiva que venimos citando, emerge que en dicho derecho no se encuentran antecedentes de revisión efectuada de reformas constitucionales.(53)

### **II.3.B.3. En el derecho iberoamericano.**

#### **A. En el derecho español.**

En el derecho español tampoco se encuentra la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Ello surge del análisis de los arts. 161.1.a) y 163 de la Constitución, que atribuyen la competencia en la materia del control de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, según lo expone Francisco

Fernández Segado, que además enuncia las distintas normas objeto de control, entre las que no aparece la que nos ocupa. (54)

Por otra parte, al escribir este autor sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional dice que para el maestro García de Enterría “es la verdadera “corporeización” de la Constitución, tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. En este sentido, es un verdadero “comisionado del poder constituyente” para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”.(55)

Corroborando esta exacta visión del alcance de las atribuciones del Tribunal, como intérprete supremo, aunque no único de la Constitución, expresa Fernández Segado que “..su autoridad es sólo la autoridad de la Constitución”, tal como lo suscribió el Magistrado Sr. Rubio Llorente, -también Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid- en su Voto particular al ATC 120/1983, de 21 de marzo, al significar que “como intérprete supremo de la Constitución puede el Tribunal declarar la nulidad de los preceptos que sean contrarios a aquélla, pero sólo al término de un proceso y mediante una decisión razonada, pues su autoridad es sólo la autoridad de la Constitución, y no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular”. (56)

### **B. En el derecho latinoamericano.**

En el derecho latinoamericano, sólo encontramos la posibilidad de la revisión judicial de una reforma constitucional en cuanto a los aspectos del procedimiento, en algunos pocos casos, como en Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile y Panamá.

Al estudiar la jurisdicción constitucional en Bolivia, Benjamín Miguel Harb sostiene que luego de la reforma constitucional de 1994, una de las competencias del Tribunal Constitucional es “conocer las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución”. (57)

En el caso de Colombia, Eduardo Cifuentes Muñoz indica que puede demandarse a través de la acción de inconstitucionalidad y ante la Corte Constitucional, por los actos reformativos de la Constitución, pero sólo por vicios de procedimiento en su formación. (58)

Con respecto a Costa Rica, Rubén Hernández Valle explica que se puede controlar la constitucionalidad de los aspectos procesales de una reforma constitucional tanto a priori, por medio de una consulta constitucional legislativa, como a posteriori por

medio de una acción de inconstitucionalidad. Dicho control es efectuado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (59)

Sobre Chile, Humberto Nogueira Alcalá expone que puede ser sometida al control de constitucionalidad del Tribunal Supremo una ley de reforma de la Constitución, siempre que “lo requiera el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que el requerimiento sea formulado antes de la promulgación de la ley. El Tribunal debe resolver dentro del plazo de diez días contado desde que recibe el requerimiento, a menos que decida postergarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados”. “El requerimiento no suspende la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo del plazo señalado, ...”. (60)

Finalmente, en cuanto a Panamá, Francisco Rodríguez Robles hace referencia a la “objeción de inexecutable constitucional”, que es un instrumento procesal constitucional para impedir que se aprueben modificaciones al texto constitucional violando el procedimiento que la propia constitución establece para su reforma. Dice el autor que solamente el Presidente de la República, según lo dispone el numeral 6 del art. 178 de la Constitución, puede dar inicio a este proceso constitucional cuando reciba para su promulgación una reforma constitucional y considere que es contraria a la Constitución. “La objeción de inexecutable es un mecanismo complementario del control de constitucionalidad de las leyes vigentes, pues los proyectos que se someten a este control, si son declarados constitucionalmente executable, no pueden luego ser demandados o consultados por causa de inconstitucionalidad, en virtud de la cosa juzgada constitucional”..”La interposición de una objeción de inexecutable constitucional tiene efectos suspensivos, pues el proyecto de ley queda pendiente de su sanción y promulgación hasta la decisión de la Corte Suprema de Justicia. De manera que si nuestra más alta corporación de justicia considera que el proyecto legal es constitucionalmente executable, la Asamblea tendrá que archivarlo. En cambio, si el referido proyecto es considerado constitucionalmente executable, el Presidente estará obligado a sancionarlo y hacerlo promulgar.” (61)

Luego del análisis de estas legislaciones resulta evidente que tampoco pueden compararse con el precedente de la Corte argentina que estudiamos, pues en aquellos supuestos han sido las Leyes Supremas nacionales las que expresamente han reconocido dichas competencias en el control de constitucionalidad de reformas constitucionales a los respectivos tribunales, lo que no acontece en nuestro caso.

## **II 3.C. El control de constitucionalidad de una reforma constitucional provincial.**

### **El caso “Iribarren Casiano Rafael c. Santa Fé”.**

Al considerar las clasificaciones del poder constituyente, habíamos mencionado la correspondiente a los distintos órdenes de nuestra federación y en tal sentido, las provincias tienen uno de segundo grado. Ello implica que al ejercitar su poder constituyente, las Provincias deben cumplir las bases fijadas por los arts. 5 y 123 y concordantes de la Ley Suprema de la Nación.

En consecuencia, y tal como lo habíamos expresado al analizar el control de constitucionalidad, resulta claro que el más alto Tribunal de nuestra Nación, en forma originaria y como poder constituido de primer grado, puede revisar la constitucionalidad de una constitución provincial, -resultado del ejercicio del poder constituyente de segundo grado-, a los fines de observar el cumplimiento de las bases prescriptas en la Carta Magna federal y asegurar la supremacía de dicho ordenamiento, -poder constituyente de primer grado-, consagrado en el art. 31.

Se observa aquí con claridad que la Corte Suprema de Justicia es el más “nacional” de los poderes constituidos, ya que puede revisar lo actuado en el derecho público provincial y municipal para garantizar el respeto a la Constitución federal.

De igual manera, los Tribunales Superiores de Justicia de las Provincias tienen también que ejercitar igual función al revisar la constitucionalidad de las Cartas Orgánicas Municipales, que son verdaderas constituciones locales, resultado de un poder constituyente de grado inferior.

Explicado este aspecto, propio de la forma federal de estado, insistimos en que nuestra Corte no tenía competencia alguna como poder constituido que es, para revisar el ejercicio de poder constituyente, que por el principio de “corrección funcional”, sólo puede ser analizado –como antes lo dijimos- por otra convención constituyente.

Consideramos ahora necesario referirnos al caso “Iribarren Casiano Rafael c. Santa Fé”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 22 de junio de 1999, ya que se trata del directo e inmediato antecedente de este caso Fayt.

En efecto, el más alto Tribunal, con el voto mayoritario de los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, Petracchi, Bossert y Vásquez (los tres últimos según sus respectivos votos) y la disidencia de Belluscio, declaró la inconstitucionalidad del art.88 de la Constitución de la Provincia de Santa Fé 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.

En cuanto a los fundamentos del voto mayoritario, se expresó en el considerando 8º: “La trascendencia de los efectos del art. 88 de la constitución de la Provincia de Santa Fe, exceden el marco del derecho público local y se proyectan al ámbito de vigencia de la Constitución Nacional, pues si bien ésta garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, el ejercicio de ellas y la elección de sus autoridades, les impone expresamente el deber de asegurar la administración de justicia, proclama su supremacía sobre las constituciones y leyes locales y encomienda a la Corte Suprema de Justicia de la Nación su mantenimiento. Y es evidente que choca frontalmente con el citado deber la disposición que transforma en precaria la situación de los jueces que arriban a una determinada edad, sin limitación alguna en el tiempo, dejando en manos de los otros poderes provinciales la disposición de sus cargos.”

Y en el 9º agregó: “Que, ante situaciones como la de autos, en la que se comprueba que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da al término la Ley Fundamental, y que constituye uno de los pilares del edificio por ella construido con el fin irrenunciable de afianzar la justicia, la intervención de este tribunal federal 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 Constitución Nacional (Fallos: 310:804)”.

Asimismo y como “obiter dictum” en el fallo del Ministro Vázquez, se adelantó un análisis circunstanciado del art. 99 inc. 4 de la Constitución Nacional, que luego serviría de base para el caso Fayt y que por razón de brevedad no consignamos. Ahora se aprecia con certeza que ya avanzaba en algunos integrantes de la Corte, conforme al pedido de Fayt, la idea de oponerse a la cláusula de los 75 años establecida en la reforma de 1994 y para ello se dió este paso previo, pues se trataba de una temática similar en una constitución provincial, que había sido reformada en el muy lejano año 1962.

Para nosotros este fallo tiene además especial gravedad institucional, pues aparece involucrado otro gran principio de nuestra Ley Suprema: el federalismo.

Esta cuestión merecería otro estudio como el que estamos efectuando, pero al exceder el propósito impuesto, sólo expresamos nuestra conformidad con la disidencia firmada por el Ministro Belluscio, que rechazó la citada demanda de

inconstitucionalidad del juez Iribarren, en base a los siguientes argumentos: “6. Que el art. 5 de la Constitución Nacional obliga a las provincias a dictar sus respectivas constituciones bajo el sistema representativo, republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de aquélla, y que asegure su administración de justicia. Obviamente, ello no implica que los estados provinciales estén forzados a copiar a la letra las instituciones nacionales, ni siquiera a seguirlas como modelo más que en lo esencial. Y, en lo que hace al tema en debate en esta causa, lo esencial está constituido por mantenimiento del régimen republicano de gobierno, que implicala existencia de un poder judicial separado de los poderes políticos, y por la garantía de su funcionamiento. Extender más allá la primacía del texto básico nacional implicaría la anulación del federalismo, de igual jerarquía constitucional que el régimen republicano (art. 1), que permite a las provincias darse sus propias instituciones (arts. 122 y 123) y, obviamente, regular su composición y funcionamiento. Por lo tanto, dentro de los límites marcados por el art. 5º, cada provincia tiene plena potestad para organizar su poder judicial. De manera que lo que corresponde establecer en esta causa es si el tope temporal de la inamovilidad por razón de la edad –fijado por la constitución impugnada en la época en que el magistrado está en condiciones de acceder a la jubilación ordinaria- excede aquéllos límites.”

“7. Que, por cierto, el examen de esa cuestión no puede partir del juzgamiento acerca de la conveniencia o inconveniencia en abstracto de la inamovilidad absoluta, aspecto que está librado a la apreciación del constituyente provincial y exento de revisión judicial, sino de que se respeten los límites marcados por la Constitución Nacional.

En otros términos, si ésta impone a las provincias aquél criterio o no lo hace.”

En el considerando 8º consideró que era innecesario pronunciarse sobre la comparación con el sistema federal del art. 99 inc. 4. Y en el nº 9, expresó: “Que, en definitiva, al no estar atribuída a esta Corte la posibilidad de juzgar de la conveniencia o inconveniencia de las normas jurídicas regularmente dictadas sino exclusivamente de su compatibilidad con la Constitución Nacional, el art. 88 de la constitución santafesina –en tanto hace cesar la inamovilidad de los jueces al alcanzar al edad requerida para obtener la jubilación ordinaria- no merece reproche por una supuesta colisión con las normas de la Ley Suprema Federal”.

Estos fundamentos, a diferencia de los del voto mayoritario de la Corte, expresan el respeto de nuestra forma federativa de estado y la consecuente autonomía de las provincias para establecer sus propias instituciones. Es tan claro este principio, que

para ello sólo basta observar lo que acontece en la federación norteamericana, que sirviera de base a nuestra organización constitucional. Y en este aspecto, es notoriamente distinta la forma de designación y el tiempo de permanencia en los cargos judiciales federales y estatales, pues mientras en el primer caso los jueces son designados por el Presidente con acuerdo del Senado y duran en sus cargos mientras tengan buena conducta, en la mayoría de los Estados es sabido que muchos jueces son designados por elección popular y con término de dicho mandato. Y por cierto, nunca se ha declarado la inconstitucionalidad de dichas constituciones estatales. Es que además de ser una característica del federalismo, ello no afecta la división de poderes propia del sistema republicano.

Por ello, este caso “Iribarren” es otro de los fallos más graves y erróneos de nuestra Corte, pues significó otra honda lesión a nuestro deprimido federalismo.(62)

### **II.3. D. El control de constitucionalidad y las cuestiones políticas no judiciales.**

“En virtud del principio de la división de los poderes y de acuerdo con la naturaleza específica de las funciones que a cada uno de ellos –Legislativo, Ejecutivo y Judicial- incumbe por la Constitución, el Poder Judicial carece de competencia para conocer de las cuestiones políticas, -enseña el maestro Linares Quintana (63)- cuyo carácter es ajeno a la esencia de la función jurisdiccional, por lo que su dilucidación está exclusivamente atribuída a los poderes políticos: Legislativo y Ejecutivo”.

Con esta síntesis comienza el tratadista su explicación de este tema, de extraordinaria importancia en el control de constitucionalidad y en el funcionamiento del sistema político. Posteriormente analiza la doctrina y jurisprudencia, especialmente la norteamericana (64) en el derecho comparado y la nuestra, que tampoco podemos observar en profundidad porque también excedería este trabajo, lo que no impide que efectúemos algunas consideraciones al respecto.

En tal sentido, nos parece importante consignar un resumen de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre el tema debido al Prof. Bernard Schwartz (65) para quien son consideradas cuestiones políticas no judiciales, relacionadas con los asuntos exteriores de la Nación: a) Cuestiones que implican el reconocimiento de naciones y gobiernos extranjeros .b) Cuestiones relativas a la soberanía sobre una esfera determinada. c) Cuestiones que implican la existencia de un estado de guerra o beligerancia y a la relación de los Estados Unidos con cualquier conflicto. d) Cuestiones relativas a tratados.e) Cuestiones que implican el empleo de las Fuerzas Armadas en el extranjero y f) Cuestiones relativas al principio y duración de una guerra en que están comprometidos los Estados Unidos.

Y con relación al gobierno interno de los Estados Unidos, el citado Profesor enumera las siguientes cuestiones políticas: a) Cuestiones relativas a la garantía constitucional de la forma republicana de gobierno. b) Cuestiones que implican la garantía constitucional contra la violencia interior. c) Cuestiones concernientes a la calidad de legislador y la organización y procedimientos del departamento legislativo y d) Cuestiones relativas a si las leyes han sido promulgadas válidamente.

Aclaremos que a esta síntesis hay que agregar la jurisprudencia de otros tribunales que siempre consideró como cuestión política no judicial lo vinculado a los contenidos de las reformas constitucionales estatales, como hemos visto anteriormente.

A su vez, Laurence H. Tribe, el distinguido constitucionalista de Harvard, luego de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia anterior y actual de la Corte Suprema, que revela la trascendencia y complejidad del tema, concluye en que la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales refleja en el fondo una mezcla de interpretación constitucional y discreción judicial como un producto inevitable de los esfuerzos de las cortes federales para definir sus propias limitaciones.(66)

En consecuencia, resulta indudable la vigencia en el constitucionalismo de aquel país, de esta importante doctrina, íntimamente vinculada al sistema republicano y al equilibrio de los poderes.

En cuanto a nuestro país, la doctrina fue admitida por primera vez por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1893 en el caso “Cullen c. Llerena” (Fallos, 53:435/475), donde el alto Tribunal dijo: “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 reconocida 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. Los precedentes de los Estados Unidos están en un todo conformes con esta doctrina, consagrada por sus leyes, por la práctica constante de sus gobiernos, establecida por la decisión de sus Tribunales, y enseñada por los comentaristas de su Constitución”...Y más adelante, expresó: “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 ejerce las facultades que ellas les confiere respectivamente. Por esta razón, no compete a esta Suprema Corte, en la presente demanda, examinar la

interpretación y aplicación que las cámaras del Congreso han dado al artículo 6° de la Constitución”. (67)

En ese fallo de la Corte, el Ministro Dr. Luis V. Varela firmó su disidencia, expresando que la Constitución no había excluido ningún tipo de causa del análisis de los Tribunales, aunque posteriormente reconoció que había estado equivocado. (68)

La Corte fue ratificando su interpretación mayoritaria inicial respecto a las cuestiones políticas no judiciales en los casos “Lobos c. Donovan” (Fallos, 54:181) en 1893 y “Orfila” (Fallos, 154:199/200) en 1929, sobre intervenciones federales; “Siganevich” (Fallos, 177:396/397) en 1937, sobre la reforma constitucional provincial santafesina de 1921 y la intervención federal; “Costes c. Prado” (Fallos, 187:84/85) en 1940, sobre la dilucidación de la compatibilidad de las instituciones provinciales con el art. 5 de la Constitución Nacional; “Deiver” (Fallos, 208:127) en 1947 sobre padrones electorales y “Frejuli” (Fallos, 285:415) en 1973, sobre comicios en la Provincia de Santiago del Estero. (69)

Linares Quintana sostiene que sin embargo la Corte se apartó de esta línea jurisprudencial de manera excepcional en ocasión de las Acordadas de 1930 (Fallos, 158:290) y de 1943 (Fallos, 196:5), que significaron el reconocimiento de los gobiernos de facto surgidos dichos años por movimientos de fuerza. (70)

Posteriormente la Corte mantuvo con su voto mayoritario esta doctrina en las sentencias de “Partido Socialista” (Fallos, 243:264) y “Antonio Sofía” (Fallos, 243:536) en 1959; “Partido Comunista Provincia de Buenos Aires” (Fallos, 248:521) en 1960; “Unión Cívica Radical” (Fallos, 253:389) y “Juan Carlos Rodríguez y otros” (Fallos, 254:149) en 1962; “Partido Unión Popular” (Fallos, 256:52) y “Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.” (Fallos, 256:561) en 1963 y “R. M. Tillard c. Municipalidad de Córdoba” (Fallos, 261:106) en 1965. Sin embargo, en todos estos casos votó en disidencia el Ministro Dr. Luis Boffi Boggero, que se opuso a la doctrina en base a su distinción entre “la política en sí misma y el derecho político que regula la vida de aquélla”, además de introducir los razonamientos del caso “Baker v. Carr”, que atenuaron el alcance de la doctrina en la jurisprudencia norteamericana. (71)

En el caso “Partido Justicialista” (Fallos, 263:270) en 1965, la mayoría de la Corte también mantendría dicha doctrina, con el voto en disidencia del Ministro Dr. Zavala Rodríguez. En este fallo se mencionó a los constitucionalistas argentinos que suscribían dicha doctrina: Joaquín V. González, Montes de Oca y González Calderón.

Luego, a partir del caso “Frejuli” (Fallos, 285:415) de 1973, Linares Quintana señala que comienza a variar la jurisprudencia de la Corte, en un sentido similar al ocurrido con el caso “Baker c. Carr”, mediante un avance en el control de las cuestiones políticas, aunque sin negar la existencia de la doctrina. Y cita en dicha línea las causas “Gustavo Nordensthol c. Subterráneos de Buenos Aires” (LL, 1985-C-85) de 1985; “Horacio Zaratiegui y otros c. Estado Nacional” (LL, LIII-65-2) de 1988 y “Alianza Frente de la Esperanza” (J.A., n° 5849, pág. 44) de 1993. Más recientemente, la Corte ha vuelto a reivindicar dicha doctrina –aunque con particularidades- en dos casos vinculados a las funciones del Senado de la Nación como juez de las “elecciones, derechos y títulos en cuanto a su validez” de sus miembros: “Provincia del Chaco c. Estado Nacional”, fallado el 24 de noviembre de 1998 y “Guadalupe Hernández”, decidido el 31 de agosto de 1999. Al comentar estos fallos Néstor P. Sagüés sostiene que: “En “Provincia del Chaco c. Estado Nacional”, la mayoría de la Corte Suprema si bien parte del supuesto de enfrentarse a una cuestión política no justiciable, de todos modos judicializa al fin el conflicto o parte de él, desde el momento en que concluye que: a) el Senado actuó en el caso bajo examen dentro de sus competencias constitucionales, sin excederse de ellas (ello significa judicializar el tema del perímetro de las atribuciones de la Cámara Alta). b) Que en su esfera específica, el Senado Nacional operó razonablemente, con un trámite adecuado, sin afectar la forma republicana de gobierno, dando suficientes motivos como para decidir según lo hizo. Ello implica judicializar el contenido o mérito del fondo del problema, al menos para evaluar que no hubo inconstitucionalidad (por arbitrariedad ni exceso o desviación de poder) en lo resuelto”...”A su turno, en “Guadalupe Hernández”, la mayoría de la Corte fue más restrictiva en la aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas, porque a la postre se vuelve renuente a pronunciarse con la extensión que lo hizo en el fallo “Provincia del Chaco c. Estado Nacional”. En pocos meses, entonces, la mayoría de la Corte habría dado dos versiones diferentes acerca del alcance del control judicial de constitucionalidad sobre las political questions. Pero por otro lado, “Guadalupe Hernández” introduce dos sugestivas excepciones a la no judiciabilidad de tales problemas: a) si el asunto conduce a un “atolladero institucional”: b) o que pueda provocar “una inmovilización del gobierno””. El distinguido constitucionalista vincula a esta novedad jurisprudencial destinada a ampliar el control sobre las cuestiones políticas, como “supuestos que la ciencia política denomina perturbaciones sistémicas tensivas” y que además, están relacionadas con la doctrina argentina de la “gravedad institucional”. (72)

En cuanto a la opinión doctrinaria actual, señalamos que Vanossi distingue entre las “declaraciones” efectuadas por los órganos políticos en virtud de sus facultades privativas, que no pueden ser justiciables y los “actos concretos”, que pueden causar lesión a derechos y que por su arbitrariedad pueden abrir la instancia de revisión judicial. El distinguido constitucionalista así opina al respecto: “.Por tanto, creemos que con la finalidad de erradicar toda discrecionalidad del funcionamiento de las instituciones y de procurar la mayor protección de la legalidad que rige la actividad de los poderes del Estado, no podemos incurrir en la transferencia de todo el poder político (y no de una cuota parte de él) en el órgano judicial; de esa forma llegaríamos sin quererlo a la restauración de los “parlamentos” judiciales abolidos por la Revolución Francesa de 1789 a causa de sus excesos de poder y de su consiguiente impopularidad. Y llegaríamos también a la supresión de las facultades privativas, a pesar de que su existencia tiene base constitucional. Lo que pretendemos mediante la justiciabilidad no es el cambio del sistema constitucional (democrático) por una concepción de filiación a la manera del “gobierno de los jueces” (aristocrática), sino que pretendemos extender el control de la constitucionalidad de los actos hasta todos los rincones en que sea actividad controlada pueda originar la lesión de derechos subjetivos. Pero queda en claro, entonces, que son los actos concretos de ejecución los que abren la instancia de revisión, porque con anterioridad sólo existen decisiones privativas que habilitan competencias mas no comportan ejercicio de poderes con relación a la órbita de los derechos individuales. Sólo con la aplicación de actos administrativos surgen los “casos” o “causas”; con anterioridad únicamente lucen declaraciones previas e indispensables para la promoción de esos actos, que no bastan de por sí para el estímulo de los controles que –en nuestro régimen- son casuísticos y a posteriori.” (73) En una posición doctrinaria similar se encuentran Miguel S. Marienhoff y Néstor Pedro Sagüés. (74)

Asimismo, quien más ha abogado por la plena justiciabilidad de las cuestiones políticas en la doctrina ha sido Germán J. Bidart Campos. (75)

Sintetizando esta compleja cuestión en la doctrina nacional, podemos sostener que hay tres posiciones: a) la tradicional que las admite (González, González Calderón, Romero, etc.). b) una intermedia, que ha seguido los cambios de la jurisprudencia norteamericana, buscando su acotamiento. (Vanossi, Sagüés, Marienhoff, Linares Quintana, etc.) y c) la negatoria. (Bidart Campos).

En cuanto a la jurisprudencia, también efectuamos una síntesis similar: a) la tradicional que las admitió en forma amplia desde el caso “Cullen c. Llerena” hasta

incluso algunos fallos dictados en forma reciente, luego de 1983, con la Corte actual y la de anterior integración. b) una intermedia, que avanza en el control judicial de las cuestiones políticas y que se observa sobre todo a partir de 1983, siguiendo la evolución de la Corte norteamericana. c) la negatoria, representada por los votos en disidencia de Boffi Boggero y ahora, por el fallo del caso “Fayt” que analizamos, donde los miembros de la mayoría de la Corte han modificado sus propias posiciones para esta resolución. (76)

En efecto, así resulta de la comparación de los casos que precedentemente mencionamos y en especial del único en que había tratado una cuestión similar: “Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñegas Pulenta Hnos.” y de este caso, donde el más alto Tribunal -como más adelante veremos- efectúa un control intensivo del “procedimiento” y del “contenido” de la reforma constitucional de 1994.

O sea que también, bajo este punto de vista, para nosotros ha sido erróneo este fallo, pues admitimos la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, -más allá de su evolución y complejidad-, en razón del sistema republicano, de su división de poderes y de la filosofía y valores de la democracia constitucional argentina, que no admite el gobierno de los jueces.

### **II.3. E. El control de constitucionalidad y la presunción de constitucionalidad de los actos públicos.**

Esta regla esencial para el control de constitucionalidad es así resumida por Linares Quintana: “Los actos públicos se presumen constitucionales en tanto y en cuanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizadas con ésta”, quien seguidamente agrega: “Bien sienta el célebre constitucionalista norteamericano Westel W. Willoughby, en su clásico libro, que: “Los tribunales de los Estados Unidos han reiterado la doctrina de que una ley de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser juzgada inconstitucional si, por medio de una interpretación razonable de la Constitución o de la ley, una y otra pueden ser armonizadas””.(77)

Merece ser destacado entre los múltiples antecedentes de dicha jurisprudencia, el voto del más famoso de los chief justices, John Marshall, en el caso “Darmouth College v. Woodward” de 1819, donde expresó en referencia a una ley de uno de los Estados de la federación, que “no sino el debido respeto (decent respect) a la sabiduría, la integridad y el patriotismo del cuerpo legislativo que sancionó la ley, que hay que presumir en favor de su validez, hasta tanto su violación de la Constitución sea probada más allá de toda duda razonable (reasonable doubt). Este ha sido siempre el lenguaje de esta Corte cuando el punto ha estado sujeto a su

decisión y sé que expreso los sinceros sentimientos de todos y cada uno de los miembros de este Tribunal”, y más adelante agregaba: “..en más de una oportunidad, esta Corte ha expresado la cautelosa circunspección con que han considerado tales cuestiones, y ha declarado que en ningún caso dudoso declarararía a un acto legislativo contrario a la Constitución”. (78)

En nuestro país la jurisprudencia establecida por nuestra Corte Suprema siguió los lineamientos que hemos observado, a partir del caso “The River Plate Fresh Meat Co. L c. Provincia de Buenos Aires”, de 1904, donde dijo: “toda duda al respecto debe resolverse en favor de la parte demandada, de acuerdo con los principios generales y con la presunción de constitucionalidad de los actos de los Poderes Públicos, en cuanto no haya una demostración concluyente en contrario”.(79)

Posteriormente dicha doctrina se consolidó pacíficamente en otros casos como “Carlos Sardi y otros c. Provincia de Mendoza” (Fallos, 171:87) de 1934; “M. Pereyra Iraola c. Provincia de Córdoba” (Fallos, 207:249) de 1947; “Provincia de Buenos Aires c. Elvira G. De Lacour” (Fallos, 200:180) de 1955; “Félix Antonio Degó” (Fallos, 242:84) de 1958; “Cine Callao” (Fallos, 247:135) de 1960; “P. D. Rassepe Söhne c. Nación Argentina” (Fallos, 249:59) de 1961; “Antonio Dri c. Nación Argentina” (Fallos, 264:95) de 1966; “Haydeé María del Carmen Alberti” (Fallos, 260:154) de 1964; “Reynaldo B. A. Bignone” (L.L, 1984-C-266) de 1984 y “Sara García de Machado c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba” (J.A., n° 5673, pág. 44) de 1989.(80)

En este caso en cuestión, ya veremos más adelante que existió y existe un debate sobre la habilitación o no efectuada por la ley N° 24.309, declaratoria de la necesidad de la reforma, para tratar el tema de la edad de los jueces, como así también sobre el alcance de los poderes implícitos de la Convención Constituyente. O sea que en este caso era evidente que la propia Convención, -además de algunos autores-, opinaron en favor de la habilitación del Congreso y de la competencia pertinente de la Convención y en consecuencia, resulta evidente que la Corte en vez de aplicar esta regla de la presunción de constitucionalidad, inveteradamente consagrada por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal y de la Corte norteamericana, prescindió de la misma y procedió sin el debido respeto (decent respect) que merecía no ya un cuerpo legislativo, sino constituyente, o sea el de mayor legitimidad democrática y jerarquía institucional en nuestro Estado de Derecho.

Sumamos entonces este otro argumento para cuestionar el fallo que comentamos. Así lo hicieron también Néstor P. Sagüés y Pedro J. Frías, cuando se pronunciaron públicamente sobre el tema. (81)

## **II. 3. F. El control de constitucionalidad y las facultades privativas de los otros Poderes.**

“Cuando se habla de las facultades privativas de los poderes políticos –Legislativo y Ejecutivo-, no se alude, indistintamente, a todas las que les han sido atribuídas por la Constitución, sino sólo a las específicamente privativas de ellos; o sea aquellas facultades que les propias, peculiares, singulares y exclusivas y que, por consiguiente, por su naturaleza están excluídas del control del Poder Judicial,..” explica Linares Quintana (82), quien agrega: “Del mismo modo que en las cuestiones políticas, en los casos que nos ocupan, los poderes políticos actúan con un amplio margen funcional, dentro de las respectivas competencias fijadas por la Constitución, y bajo su responsabilidad política,..”.”En consecuencia, escapa a la competencia del Poder Judicial el contralor del modo en que los poderes políticos ejercen las facultades que les ha otorgado la constitución privativamente, por cuanto si hubiere sido facultado para ello, habría dejado de existir el principio de la separación de los poderes, al invadir el Poder Judicial la órbita delimitada para la acción del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo”.(83)

Este principio, esencial para el control de constitucionalidad, fue acuñado también por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en una serie de fallos, a partir del caso “Decatur v. Paulding”, fallado en 1840, donde sostuvo que la interferencia de los Tribunales con el cumplimiento de los deberes ordinarios de los departamentos ejecutivos del gobierno, sólo habrá de producir perturbaciones, y estamos plenamente satisfechos de que nunca se haya pensado otorgarles tal poder. (84)

En igual línea de pensamiento, nuestra Corte Suprema ya en el caso “Cuillen c. Llerena”, de 1893, estableció 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”. (85)

Posteriormente el Alto Tribunal ratificaría esta pauta jurisprudencial en una larga serie de fallos (86) hasta llegar a los más recientes. En efecto, en el caso “Horacio Zaratiegui y otros c. Estado Nacional”, de 1988, dijo que “el principio de separación de los poderes y el necesario autorrespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia impone, que en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que les son privativas con arreglo a lo prescrito por la Constitución Nacional, la función

jurisdiccional de los jueces no alcance a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuere, se haría manifiesta la invasión del campo de las facultades propias de las demás autoridades de la Nación. En la especie, estas consideraciones resultan particularmente aplicables, pues esta Corte no ignora que – como se sostuvo desde antiguo- la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros Poderes del Estado de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial evitando así enfrentamientos estériles”. (87)

Y finalmente, en el caso “Rafael Cohen c. Instituto Nacional de Cinematografía”, de 1990, sostuvo que: “..no incumbe a los jueces, en ejercicio regular de su misión, substituirse a los Poderes del Estado en atribuciones que les son propias, ya que la función más delicada del Poder Judicial es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes y jurisdicciones”. (88)

Asimismo el distinguido constitucionalista argentino efectúa un análisis de la opinión doctrinaria norteamericana sobre el tema, recordando a autores como Weaver, Bryce, Warren y Willoughby que ratifican este principio esencial para la división de los poderes.(89) Y en cuanto a la doctrina nacional, menciona especialmente a Domingo Faustino Sarmiento, que expresó: “Cada poder público es el único intérprete de la Constitución en el desempeño de sus propias funciones”.(90) A la luz de estas consideraciones, resulta para nosotros indudable que la Corte Suprema también obvió en el caso que estudiamos, la aplicación de esta regla de control de constitucionalidad. Esta violación fue doble, pues: por una parte, se ejerció control sobre materia que era privativa del poder constituyente federal, y por tanto insusceptible de control judicial por parte del poder constituido; y por la otra, porque la Corte no tiene asignada facultad alguna de control en esta materia, según emerge de la competencia prescripta en los arts. 116 y 117.

En este sentido, cuando la primera de estas normas expresa que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, ...”, se atribuye como la misión más importante para los jueces, la de asegurar la supremacía de la Ley Fundamental, porque el énfasis está expreso en las palabras “regidos por la Constitución”. Es por tanto inconcebible que el Poder Judicial juzgue la “propia” Constitución, que es el resultado del ejercicio del poder constituyente federal, como más elevada expresión de la soberanía popular. Ya hemos observado que en sólo algunos órdenes jurídicos se admite el control del procedimiento de una reforma

constitucional, porque expresamente así se lo indica. En la mayoría de los casos, ello no se permite en manera alguna, como en nuestro caso, pues de lo contrario el poder constituyente estaría subordinado al control de un poder constituido.

Ya hemos recordado anteriormente que la misión de la Corte es la de ser guardiana de la Constitución, además de su intérprete final. Esta es una de las bases de nuestro Estado de Derecho, que ha sido gravemente lesionada por este fallo. Para nosotros resulta clara la extralimitación producida por la Corte, que sin competencia asignada, ha invadido el ámbito supremo asignado por la Constitución al poder constituyente y afectando así otro de los principios básicos de nuestro sistema republicano, que es el de la división y equilibrio de los poderes.

De esta manera concluimos con esta parte del estudio, destinada al análisis de la sentencia desde la teoría constitucional, donde consideramos haber fundamentado nuestra opinión respecto a la argumentación efectuada por la Corte en los puntos a), b) y c) sobre justiciabilidad de la causa, doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución y limitaciones del Poder constituyente derivado, según la clasificación que efectuaríamos en el punto I. 2 .

### **III. ANÁLISIS DE LOS OTROS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LA CORTE SUPREMA.**

Recordemos que hemos enumerado los mismos por el orden en que fueron expuestos por la Corte, en el punto I. 2 de este trabajo.

Hemos analizado los argumentos de los acápites **a), b) y c)**, en el punto anterior, más estrechamente vinculado a la teoría constitucional. Corresponde ahora el estudio de los otros argumentos.

En cuanto a los puntos **d) y e)** sobre el **procedimiento del art. 30 y el alcance de las facultades implícitas de la convención**, respectivamente, consideramos que la Corte ha efectuado las consideraciones pertinentes, de conformidad a nuestra doctrina y la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, por lo que no nos detendremos exhaustivamente en los mismos. Sólo diremos que, en efecto, es el Congreso el que tiene asignada entre sus competencias la de declarar la necesidad de la reforma, -total o parcial- por dos tercios de votos de la totalidad de los miembros de cada Cámara y que la misma se efectuará por una Convención. En este caso, que es el que nos ocupa, la Convención es soberana para reformar o no los puntos fijados por el Congreso, debiendo atenerse a los mismos. En cuanto a las facultades implícitas de la Convención, también la Corte ha precisado su alcance, tratándose de competencias propias de los cuerpos legislativos, necesarias o convenientes para cumplir las facultades expresas.

Corresponde ahora el análisis de los argumentos incluídos en los puntos **f) y j)** sobre **la sanción de nulidad del art. 6° de la ley 24.309 y la nulidad del exceso de las facultades de la convención reformadora**, respectivamente.

En el primero de los puntos la Corte dice: “Que la sanción explícita de nulidad contenida en el art. 6° de la ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado de 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.” En el segundo punto, en base a lo indicado precedentemente, declara la nulidad de la reforma del art. 99 inc. 4, pues valora que la Convención se excedió en sus facultades, atento no estaba habilitado dicho punto para la reforma.

En cuanto a estos aspectos, somos de opinión que:

- a) el tema estaba habilitado por el Congreso, pues el art. 2 de la Ley 24.309 incluyó entre los puntos sujetos a reforma, la “designación de los jueces”, que es un concepto lo suficientemente amplio como para comprender la modificación efectuada en el art. 99 inc. 4 por la Convención Constituyente sobre las condiciones de dicha designación en cuanto a su duración. Así lo sostuvieron el Procurador General de la Nación en la causa y Gregorio Badeni, en la doctrina.(91) En consecuencia, para nosotros, fue manifiestamente errónea la posición de la Corte a este respecto.
- b) En caso de duda sobre si este punto estaba o no habilitado, la Corte debió optar por una respuesta afirmativa, en base al principio de interpretación de la presunción de constitucionalidad de los actos públicos, tal como lo expresaron Frías, Sagüés y Badeni. (92)
- c) Incluso si se se hubiese producido una nulidad por exceso de la Convención en el ejercicio de sus competencias, ningún poder constituído o instituído está habilitado para declarar la misma, debiendo esperarse la revisión pertinente por parte de otra Convención Constituyente, conforme al principio de “corrección funcional”, como antes lo indicamos.

Con respecto al argumento de los puntos **g) y i)** sobre **el principio de inamovilidad de los jueces y la irrazonabilidad de la reforma del art. 99 inc. 4°**, respectivamente, la Corte expresó que la Convención no pudo incorporar dicha cláusula entre las atribuciones del Poder Ejecutivo pues “..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..”(Considerando 14).

Aquí resulta notorio e insalvable el exceso cometido por nuestro más Alto Tribunal, que no efectúa un control sólo sobre el procedimiento de la reforma (matters of procedure), sino que además se introduce en el contenido de la misma (matters of substance), calificándola de irrazonable, como fundamento de su posterior declaración de nulidad.

Ya hemos visto al analizar nuestra teoría constitucional y el derecho comparado, que ello es directamente inconcebible, pues supone lisa y llanamente la usurpación del poder constituyente por el poder constituido.

Tal extralimitación nos exime de mayores consideraciones. No obstante ello, creemos pertinente manifestar lo siguiente:

- a) En primer lugar, y al contrario del pensamiento de la Corte, nosotros reiteramos la razonabilidad de la reforma introducida, pues nos parece prudente, justo y de sentido común establecer que a los 75 años un juez deba necesitar otro acuerdo para continuar cinco años más en el cargo y así sucesivamente.
- b) Ello no afecta la inamovilidad de los jueces, consagrada en el art. 110, tal como lo ha sostenido Badeni al postular una interpretación armónica de dicha norma con el art. 99 inc. 4º. (93)
- c) En el derecho comparado se observan disposiciones más severas, como la fijación de un límite de edad menor, vgr. 70 años para los miembros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de los Tribunales Constitucionales austríaco, armenio, húngaro, ruso y rumano y del Tribunal de Arbitraje belga y 68 años para los miembros del Tribunal Constitucional alemán.
- d) Por otra parte, la inamovilidad vitalicia en los cargos judiciales no es un requisito constitutivo o estructural del Estado de Derecho y del sistema republicano, como lo han destacado acertadamente Daniel A. Sabsay (94) y Germán Bidart Campos (95)-

Tanto en nuestro derecho constitucional provincial como en el estadual norteamericano, se ha observado una técnica organizativa del poder judicial distinta, que ha establecido una duración limitada en dichos cargos, o sea una inamovilidad temporal. En Estados Unidos, en muchos Estados además, se prescribe la elección popular de los Jueces y Fiscales.

En cuanto al derecho europeo, dicha duración limitada del mandato es de 3 años en el Tribunal Constitucional de Eslovenia, 6 años en el portugués, 8 años en los croata y polaco, 9 años en los italiano, francés, español, armenio, búlgaro, húngaro,

lituano, macedonio, rumano, esloveno y yugoslavo, 10 años en el checo y 12 años en el alemán, albaniano y ruso.

En relación al argumento del punto **h)** sobre el análisis del **Núcleo de Coincidencias Básicas**, donde la Corte expresa que allí no se contemplaba este tema, expresamos:

- a) Que tal como lo hemos manifestado anteriormente al coincidir con la opinión de Badeni (96), la materia estaba comprendida razonablemente en el punto I del citado Núcleo, pues la “designación” alcanza a sus condiciones de término.
- b) Además, el tema fue incluido en el art. 2 de la Ley 24.309 Declaratoria de la necesidad de la reforma, como lo indicamos precedentemente.

Respecto al argumento del punto **k)** sobre **la no revisión de la conveniencia o no de la norma impugnada**, la Corte expresa que no es su función observar los aspectos sustanciales de la reforma y además señala los riesgos de la “sobrejudicialización de la política”.

Somos de opinión que estos argumentos, con los cuales en forma teórica estamos de acuerdo, son claramente contradictorios con el fallo dictado. En efecto, creemos haber demostrado en forma categórica que la Corte efectuó precisamente un control de contenido o de sustancia de la reforma, y en consecuencia, esta afirmación primera carece de relación con la sentencia.

En cuanto a la segunda afirmación sobre la “sobrejudicialización de la política”, es también contradictoria, pues luego de señalar dicho riesgo, la Corte avanza en dicho sentido de manera paradigmática con este fallo que consolida dicha cuestionable y peligrosa tendencia.

No debe olvidarse que un propio Juez del Tribunal fue el que planteó la acción destinada a cuestionar el cometido de la Convención Constituyente y que ella finalizó con la declaración de nulidad de dos artículos de la reforma constitucional, con las graves consecuencias jurídico-institucionales que estamos analizando.

Aunque la Corte también mencionó en este punto la idea de la autorrestricción, resulta obvio que actuó exactamente en el sentido opuesto, dejando de lado la más elemental prudencia, el respeto por la anterior jurisprudencia y las bases sólidas de la teoría constitucional, como lo hemos desarrollado en este estudio. Sin querer abundar más al respecto, sólo nos preguntamos cómo se compadece el fallo de esta causa con el dictado el 16 de septiembre de 1999 –menos de un mes después- en autos “Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa”, donde la Corte en el Considerando 6 recuerda “..el sabio principio sentado por esta Corte en el precedente de Fallos: 12:134 como guía insoslayable para prevenir a los magistrados del ejercicio arbitrario del poder deferido: “El Poder Judicial, por su naturaleza, no ser

jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar”.Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

En cuanto al punto I) sobre el **precedente del caso “Iribarren, Casiano Rafael c. Santa Fé, Provincia de s/acción declarativa”**, nos remitimos al análisis efectuado en el acápite II.3.C., donde tratamos este caso y el control de constitucionalidad de una reforma constitucional provincial.

Como se deduce de las consideraciones precedentes, para nosotros estos argumentos utilizados por nuestro más alto Tribunal en general son erróneos y carecen de la suficiente fundamentación lógica, científica y doctrinaria.

#### **IV. ANALISIS DE OTROS ASPECTOS DEL FALLO.**

##### **IV. 1. La falta de excusación de los Ministros del Tribunal que suscribieron el fallo.**

Oportunamente, el Procurador General de la Nación Dr. Nicolás Becerra había solicitado la recusación y excusación de los Ministros de la Corte Suprema para juzgar esta causa, en virtud de lo dispuesto por el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dicho pedido fue rechazado por el más Alto Tribunal por resolución del 14 de julio de 1999, donde sostuvo que sus miembros carecían de interés económico o pecuniario en el resultado del pleito y que ninguno de los firmantes había promovido una acción análoga a la planteada por el también Ministro de la Corte, Dr. Carlos Santiago Fayt.

Posteriormente el Procurador General insistió en el tema en su Dictamen de fecha 19 de agosto de 1999. mediante un recurso de reposición, recordando que la recusación tiene por objeto “preservar la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos que integra la garantía del debido proceso reconocida en el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 251:132 y su cita)”.

Asimismo, expresó el Procurador General en dicho Dictamen: “Por otra parte, y en función de similares razones, fue preciso instar a la excusación de los restantes miembros del Tribunal, toda vez que se configura en autos el supuesto del art. 30 del Código de rito que impone, a los jueces, la obligación de abstenerse de conocer en el juicio cuando existan motivos de grave decoro o delicadeza que impida ejercer la función jurisdiccional con la serenidad y tranquilidad de espíritu necesarias. Al respecto, entiendo que es evidente que el tema de fondo a decidir es estas actuaciones afecta a todos los integrantes del tribunal porque, más allá de la falta de promoción –en la actualidad- de acciones similares a la intentada por el actor, igualmente podrían verse perjudicados o beneficiados con la resolución a adoptar.

Finalmente, cabe poner de relieve que si todos los miembros del tribunales se excusaron cuando varios jueces de distintas instancias promovieron acciones en reclamo del derecho de intangibilidad de sus remuneraciones (conf. Causa “Abel Bonorino Perú y otros”, de Fallos: 307:966 y 2174, concurre, desde mi punto de vista, similar deber de abstenerse de actuar en el sub judice donde, tal como se vió, se encuentran en juego intereses institucionales que afectan, directa y especialmente, a los magistrados federados, incluídos los integrantes de la Corte”.

A pesar de la claridad de esta fundamentación efectuada por el Procurador General, la Corte con sorprendente premura –el mismo día 19 de agosto, que por otra parte sería el del dictado de la sentencia definitiva- resolvió la improcedencia del pedido, con el voto de los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez.

Debe destacarse especialmente en esta cuestión, la conducta ejemplar del Ministro Dr. Enrique Petracchi, que votó en disidencia esta resolución y se excusó de intervenir en la causa, manifestando en su considerando 6 -después de recordar precedentes como el caso ya citado Bonorino Perú-: “En efecto, no se advierte porqué los jueces de esta Corte, que se excusaron cuando estaba en juego la garantía de la intangibilidad de los haberes de los jueces nacionales, no deberían adoptar igual criterio cuando se discute la garantía de la inamovilidad de aquéllos (de igual o mayor entidad que la primera)”.

No obstante que la mayoría citada de la Corte rechazó la excusación presentada por el Dr. Petracchi, este Ministro mantuvo la decisión correcta que lo enalteció y no intervino en la causa, que fue fallada inmediatamente.

Este grave accionar de los citados Ministros -sobre el cual no es necesario abundar con mayores consideraciones-, descalifica desde otro aspecto, la sentencia que analizamos.

#### **IV. 2. La declaración de nulidad.**

Es muy difícil precisar los motivos que tuvo el Tribunal para declarar la nulidad en lugar de la inconstitucionalidad de las dos cláusulas constitucionales, más allá que para nosotros no debió en modo alguno adoptar ninguna de estas decisiones, por las razones antes expuestas.

Tal vez se eligió la nulidad pues resultaba tan o más absurdo bajo un punto de vista lógico declarar inconstitucional a la propia Constitución; o porque la ley declarativa de la necesidad de la reforma en el art. 6 se había referido a tal sanción.

En cuanto a esto último, reiteramos que la Convención obró dentro de sus competencias habilitadas, conforme lo analizamos oportunamente. Ahora agregamos

que también el Alto Tribunal ha intentado justificar su fallo en dicha enunciación legislativa, al sostener que ello otorgaba a la Corte la posibilidad de efectuar tal declaración. Este es otro argumento incorrecto por las siguientes razones: a) porque de manera arbitraria se efectuó esta interpretación, que atribuyó dicha intencionalidad a los legisladores.(97) y b) porque el Poder Legislativo está sujeto al Poder Constituyente y en consecuencia, no puede ni debe subordinar el mismo al control de un poder constituido, como el Judicial.

Sin perjuicio de que esta cuestión de la nulidad -su naturaleza, alcances y diferencias con la inconstitucionalidad- requiere de estudios especializados, -como lo adelantamos inicialmente-, nos interesa detenernos brevemente en el punto de los efectos de dicha declaración.

En efecto, es aceptado pacíficamente en la doctrina y jurisprudencia sobre los principios de nuestro control federal de constitucionalidad, que la declaración de inconstitucionalidad tiene un efecto “inter partes” y no deroga la norma, en virtud de la división y equilibrio de poderes del sistema republicano.

En cambio, la declaración de nulidad puede tener un efecto “erga omnes”.

Señalamos en consecuencia, que existe el riesgo de aumentar aun más la lesión producida a nuestra Constitución, si se pretendiera dar este último alcance a la declaración producida en este caso. (98)

Nosotros ratificamos la plena vigencia de la doctrina y jurisprudencia tradicionales sobre el particular y confiamos, -como lo hemos dicho precedentemente- en la pronta modificación de los criterios expuestos en la causa.

Resulta obvio decir que las dos cláusulas constitucionales mantienen toda su vigencia y que sólo pueden ser modificadas por otra Convención Constituyente.

## **V. REFLEXIONES FINALES.**

Para concluir esta obra, efectuamos unas breves reflexiones finales para insistir en la honda preocupación por las implicancias de este fallo, en relación a nuestro sistema jurídico y político.

### **V. 1. El quebrantamiento de la Constitución.**

Este caso significa el “quebrantamiento de la Constitución”, calificación que adoptamos siguiendo la terminología de Konrad Hesse, quien sostiene: “..allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla”. (99)

No puede ser otra la conclusión, luego del exhaustivo análisis que efectuamos del fallo de la Corte, donde observamos cómo el Tribunal violentó los principios de la teoría constitucional entre otros aspectos, para desconocer lisa y llanamente dos cláusulas de la Ley Suprema.

Dichos jueces incumplieron su misión de ser guardianes de la Constitución, elevándose por encima del poder constituyente y afectando la esencia misma de los principios democráticos y republicanos que informan nuestro Estado de Derecho.(100)

Esta resolución ha contribuido pues, a la penosa serie de hechos que a lo largo de la historia argentina, afectaron el valor supremo y la vigencia irrestricta de la Constitución, base de la seguridad jurídica.

#### **V. 2. La politización de la justicia y la judicialización de la política.**

Esta causa patentiza también los dos problemas que nos afectan: la politización de la justicia y la judicialización de la política, que como las dos caras de Jano, representan por un lado la intervención de la política en lo judicial y por la otra, la resolución por la justicia de problemas que corresponden a la política.

Vale la pena recordar además que en la jurisprudencia de la Corte Suprema obra un importante precedente –obviamente desconocido por este fallo-, que señaló el peligro del “gobierno de los jueces” como “anomalía constitucional y axiológica”, que lleva a la politización de la función judicial y a una grave desviación de la justicia. (101)

#### **V. 3. El sentido corporativo del fallo.**

La tramitación de la causa, desde su planteamiento por uno de los propios miembros de la Corte hasta su resolución definitiva, es la muestra más acabada del sentido corporativo, que es para nosotros uno de los problemas más serios que padece la sociedad argentina, y que por cierto, impregna también a otros sectores de la vida nacional.

#### **V.4. La necesidad de afirmar los principios y límites del control de constitucionalidad.**

Este fallo que ha afectado las bases mismas de nuestro Estado de Derecho, al disponer la revisión y nulidad de un acto del poder constituyente federal, plantea la necesidad de afirmar los principios y límites del control de constitucionalidad, para que en el futuro no sólo se corrija tan erróneo precedente sino que no se vuelva a repetir alguno similar.

Es menester que los jueces distingan las amplias posibilidades de la interpretación constitucional para resolver conflictos o lagunas normativas, sin incurrir en

desviaciones o extralimitaciones que impliquen lesión al principio de la supremacía constitucional.

Habrá que insistir en la recta misión del Poder Judicial como guardián de la Constitución, donde dicho control sea ejercido con prudencia y respeto por sus principios y límites, que son consecuencia del equilibrio de los poderes del sistema republicano.

No puede desconocerse la importancia del derecho judicial y de la jurisprudencia, pero ello no debe llevar a socavar las bases de nuestro sistema jurídico y político establecido en la Constitución Nacional. Así como no creemos en el gobierno de los jueces, tampoco aceptamos –junto a Frankfurter, Corwin, Dworkin y Tribe (102)- la frase de Hughes de que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Alentamos en consecuencia, la profundización del debate y de la enseñanza de estas trascendentes cuestiones jurídico-políticas.

#### **V.5. La lesión al sistema republicano.**

El fallo también ha constituido una grave lesión al sistema republicano y en particular, a la división y equilibrio de los poderes. Es que sin competencia para ello, la Corte que es parte de un poder constituido, cuya misión es la de ser guardián de la Constitución, avanzó sobre la misma, que es el ámbito propio del Poder Constituyente federal.

#### **V.6. La lesión al régimen democrático.**

Con este precedente se ha afectado gravemente nuestro régimen democrático, pues se ha desconocido la voluntad del cuerpo popular y democrático de mayor jerarquía, como es la Convención Constituyente Federal, por parte de un órgano judicial de inferior jerarquía y con mucho menor legitimidad democrática. Aquí se ha probado el acierto de la advertencia que los constitucionalistas norteamericanos efectuaban y efectúan sobre el peligro en el control antimayoritario de los jueces y en el control de los guardianes de la Constitución.

#### **V.7. La defensa de la Constitución.**

Concluimos con la misma convicción enunciada en la Dedicatoria de esta obra: la defensa de la Constitución debe ser la actitud que asuma la sociedad argentina, para cumplir el sueño de los padres fundadores de la argentinidad y alcanzar los beneficios de una profunda, vívida y renovada democracia constitucional.

No se nos escapa que esta conciencia constitucional está íntimamente vinculada a una honda transformación de nuestra cultura política y jurídica, que demandará enormes esfuerzos en el campo de la educación popular en general y de la formación y capacitación política y democrática en particular.

Así como pensamos que con ímpetu sarmientino se puede construir una nueva utopía en torno a la educación para poder enfrentar los desafíos del siglo XXI, que es la era del conocimiento, también alentamos con ello superar la anomia que se observa en nuestra realidad.

Solo así conseguiremos superar los graves problemas que el orden jurídico ha tenido en cuanto a su vigencia a lo largo de nuestra historia, y del cual es un penoso ejemplo el fallo que comentamos.

En cuanto a los cultores de esta noble ciencia, plena de humanidad y valores superiores, cada día deberemos comprometernos más con esa lucha por el Derecho, como lo enseñara magistralmente Von Ihering.

#### **NOTAS.**

- (1) Véase el fallo en “El Derecho”, Diario de Jurisprudencia y doctrina, viernes 17 de septiembre de 1999. El mismo fue suscripto por los Ministros Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez y Bossert; éstos dos últimos según su propio voto y con disidencia parcial, respectivamente. El art. 110 de la Constitución es el anterior 96, que establece los principios de inamovilidad de los jueces en los cargos mientras dure su buena conducta y la no disminución de sus retribuciones.
- (2) Recuérdese que en el único caso fallado por la Corte, en “Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hermanos S.A.”, 256:556, 1963, se había resuelto como regla general la no revisión de estas situaciones, en base al principio de las cuestiones políticas no justiciables. (Cfr. Alberto Bianchi, Nota a fallo, “Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994”, “El Derecho”, Diario de Jurisprudencia y doctrina, 17/9/99, pág. 2).

Este fallo ha originado un gran debate en el derecho argentino y en especial en la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, que destinó una reunión celebrada en Paraná los días 3 y 4 de marzo de 2000 a la consideración de este tema, de conformidad a la propuesta que efectuáramos conjuntamente con el Presidente Dr. Alberto A. Spota, en nuestro carácter de Vicepresidente de la misma.

Asimismo el propio Dr. Carlos S. Fayt publicó el libro “El self moving-Garantía de Independencia del Poder Judicial- La inamovilidad de los jueces federales, nacionales y provinciales”, La Ley, Buenos Aires, 2000, destinado a brindar según sus propias palabras: “la anatomía de los soportes argumentales utilizados por las partes en la acción que promovió contra el Estado Nacional”. (pág. VII). En dicha obra también se encuentra su reconocimiento a los autores de nuestra disciplina que compartieron dicha sentencia mediante la publicación de distintos artículos que allí

se reproducen (págs. 177 a 219) y que son los siguientes: Emilio A. Ibarlucía (“Control judicial de la validez de una cláusula constitucional” e “Invalidez de la cláusula del artículo 99, inciso 4º, párrafo 3º de la Constitución Nacional”), Miguel M. Padilla (“Una equivocada interpretación”), Adrián Ventura (“Inamovilidad de los jueces y la nulidad de un punto de la reforma constitucional”) y Alberto B. Bianchi (“Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994”). Aclaremos que aunque también figura Gregorio Badeni con su trabajo “Constitucionalidad de la reforma constitucional”, el mismo fue publicado el 30 de julio de 1998, en La Ley, o sea antes de la sentencia de la Corte, por lo que no puede mencionárselo como en apoyo de dicho fallo. También escribieron avalando el fallo los Prof. Mario Midón (“Los límites del poder constituyente-A propósito del caso “Fayt””, Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 169, mayo 2000, pág. 11) y Andrés Gil Domínguez (“El caso Fayt: una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 170, junio 2000, pág. 4) y el Académico Horacio García Belsunce (“La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional-Implicancias de su declaración”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales, Año XLV, Segunda Epoca, N° 38, junio 2000). Se debe sumar a este sector de la doctrina el Prof. Alberto Spota, quien así se manifestó en su intervención oral en el debate celebrado en la ciudad de Paraná.

Por el contrario, han publicado artículos oponiéndose al fallo los Prof. Daniel A. Sabsay (“El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 3, 1999, editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España), Carlos Colautti (“Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial”, Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial del Semanario N° 6168, del 17/11/1999, pág. 33), Alberto M. García Lema (“Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del art. 99 inc. 4 de la Constitución Nacional”, Boletín N° 172 de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, agosto 2000, pág. 10) y María Cristina Serrano (“El poder constituyente derivado. Análisis de un fallo de la Corte”, Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 167, marzo 2000, pág. 2). También se inclinaron por esta posición en sus intervenciones orales en el citado debate de Paraná los Prof. Pedro J. Frías, Néstor P. Sagüés, Juan Fernando Armagnague, Eduardo Giménez y el suscripto.

Finalmente, en cuanto a la opinión de Germán Bidart Campos (“Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino”, Ediar, Bs.As, 2000, págs. 527/530) estimamos que sólo ha efectuado una descripción del caso, sin expresar su valoración del mismo.

Estamos convencidos que el estudio de algunos aspectos de la sentencia se extenderán a otras disciplinas, vgr. al derecho procesal, para la consideración de la nulidad declarada y su comparación con los efectos de la inconstitucionalidad e incluso a la filosofía del derecho, para la profundización de los alcances de la interpretación judicial y en especial, la constitucional. En este sentido, adelantamos inicialmente que por razones de extensión de este aporte y de especialización, no consideraremos todos los aspectos controversiales que este caso suscita.

- (3) Aclaremos que aquí la Corte se refiere al fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que por esta razón había rechazado la declaración de invalidez de la reforma constitucional efectuada por el Juez de Primera instancia y acogido la acción declarativa del actor. Esta sería posteriormente la solución del fallo del Ministro Dr. Bossert, quien votó en disidencia parcial de la mayoría de la Corte.
- (4) Véase en tal sentido la Nota a fallo del Dr. Alberto B. Bianchi, “Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994”, El Derecho, Diario de Jurisprudencia y Doctrina, Serie especial de Derecho Constitucional, viernes 17 de septiembre de 1999.
- (5) Véase la exposición del Dr. Augusto Mario Morello en la Mesa Redonda sobre “La seguridad jurídica e independencia del Poder Judicial”, publicada en el Fascículo 1 del Cuaderno de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, febrero de 2000, Buenos Aires. Para un análisis más detenido de estos conceptos, véase el Cap.XII “La seguridad jurídica y el progreso económico” del libro “Derecho Constitucional económico”, de Alberto Ricardo Dalla vía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- (6) Expresa el citado autor: “En el terreno de las consecuencias del fallo no podemos dejar de recordar que varios puntos de la reforma de la Constitución están ahora bajo sospecha de nulidad. Pese a los muchos condicionamientos que la ley 24.309 les impuso, los convencionales del 94 fueron pródigos en la introducción de reformas que no contaban con una expresa habilitación del Congreso, lo que pone dudas acerca de la validez de buena parte del nuevo clausulado a tenor del rigor interpretativo con que la Corte ha juzgado el caso Fayt. Algunos ejemplos son elocuentes. Ciertamente el parr. 3º del inc. 4º del art. 99 no es el único que no

estaba expresamente habilitado. En la obra de Bidegain ya citada se mencionan algunos de los casos más evidentes (Véase Bidegain Carlos María, Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional, 2ª edición, T. IV, p. 18, actualizado por Orlando Gallo, Eugenio L. Palazzo y Guillermo C. Schinelli, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996) y existen otros que interpretados bajo las pautas de este precedente pueden correr una suerte incierta. Por ejemplo, el punto I de los temas habilitados por el art. 3º de la ley 24.309 permitió a la Convención el tratamiento de “Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales”, pero no se sigue de ello necesariamente que la Convención pudiese derogar, en lo que a los tratados de derechos humanos se refiere, el principio establecido en el art. 31 cuya reforma no estaba habilitada, y sin embargo ese es el resultado inevitable de la incorporación del inc. 22 del art. 75. Con igual criterio podría decirse que el inc. 23 implica una ampliación de los derechos y garantías cuya modificación estaba expresamente prohibida por el art. 7º de la ley 24.309. Tampoco existió una habilitación especial la incorporación del hábeas data, ya que en el punto N de los temas habilitados por el art. 3º sólo se menciona el amparo y el hábeas corpus, y el art. 6º es muy específico al sancionar con la nulidad absoluta todos los agregados que realice la Convención Constituyente. En materia de medio ambiente habilitado genéricamente por el punto K –la Convención introdujo en el art. 41 una alteración importante en el régimen de las competencias nacional y provinciales que no se registra en ningún otro punto de la Constitución al establecer el dictado de la ley de presupuestos mínimos de protección. Tampoco existió una habilitación expresa para declarar que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales, sin embargo ello fue introducido en el segundo párrafo del art. 124. Finalmente el punto LL del art. 3º sólo permitía adecuar los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, pero la reforma avanzó bastante más reconociéndoles por ejemplo la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan. No me parece difícil justificar la validez de estas reformas –muchas de las cuales eran necesarias y convenientes- pero convengamos que ello tal vez nos obligue a recorrer el sendero de los poderes implícitos de la mano del dictamen del Procurador General, del cual la Corte se ha apartado expresamente. Ciertamente no pretendo hacer aquí un arqueo completo de los puntos habilitados y no habilitados en la reforma constitucional de 1994, pues ello es ajeno al propósito de este trabajo, pero tampoco puedo dejar de alertar sobre la necesidad de hacer

este escrutinio bajo los postulados de un fallo que por primera vez en cinco años entra al fondo del problema y lo hace desde una óptica muy rigurosa. Por último también es mencionable que la propia ley de reforma tenía un punto en el cual era nula: lo referente a la duración del mandato de los senadores. En efecto, la Cámara de Diputados había reducido el mandato a cuatro años y el Senado lo elevó a seis, pero sin devolver el proyecto de ley a la cámara de origen, lo que hubiera correspondido según el correcto proceso de formación de la ley. Hasta ahora la Corte ha resuelto los planteos de nulidad efectuados denegando legitimación a los actores (“Polino c. Poder Ejecutivo”, Fallos, 317:335 (1994)), pero ¿qué ocurrirá el día en que alguien plantee la nulidad de una ley sancionada con el voto de senadores cuyos mandatos podrían estar vencidos? ¿Cómo hará jugar la Corte su nueva jurisprudencia tanto en Nobleza Piccardo como en el presente caso?”. Alberto B. Bianchi, tr. Cit., *El Derecho*, pág. 3.

- (7) Linares Quintana Segundo V., “Derecho constitucional e instituciones políticas”, ed. Plus Ultra, Bs. As., 1981, págs. 405 y sgts.. Para el desarrollo de los temas del poder constituyente hemos seguido los lineamientos del Cap. II -de nuestra autoría- del Manual de Derecho Constitucional, Tomo 1, de Becerra Ferrer, Haro y otros, ed. Advocatus, Córdoba, 1ª- ed-, 1993, Córdoba, adonde nos remitimos para una consideración más extensa de los mismos. Jorge R. Vanossi ha profundizado los distintos conceptos del poder constituyente según los pensamientos de Schmitt, Kelsen y Heller. (“Teoría Constitucional”, Tomo 1, 2ª. Ed., Depalma, Bs. As., 2000.
- (8) Destacamos especialmente que quienes más han profundizado el estudio de este tema en nuestro derecho son Carlos Sánchez Viamonte, Segundo Linares Quintana y Jorge Reinaldo Vanossi con sus clásicas obras “El poder constituyente”. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional” y “Teoría Constitucional”, Tomo 1. respectivamente.
- (9) Emmanuel Sieyès, “¿Qué es el tercer estado?”, versión castellana de Francisco Ayala, 1943, págs. 109 y sgts..
- (10) Sánchez Viamonte Carlos, “Manual de Derecho Constitucional”, Kapelusz, Bs. As., 1976, págs. 66 y sgts..
- (11) Dice a este respecto el gran constitucionalista: “Nuestro punto de vista coincide con el que magistralmente expusiera Sieyès cuando sostenía que “una Constitución supone ante todo un poder constituyente”, entendiéndolo que el poder constituyente se ejercita tanto cuando el pueblo se constituye originariamente, como cuando, mediante los órganos y bajo las condiciones que determina la

Constitución, introduce enmiendas totales o parciales al texto de ésta. Es también la opinión de González Calderón y Sánchez Viamonte, el último de los cuales – siguiendo fielmente la doctrina del ilustre pensador francés- reivindica para las convenciones reformadoras también el ejercicio del poder constituyente, y piensa que la doctrina contraria “destruye lo fundamental de la teoría del poder constituyente como garantía de un orden jurídico estable”. Burdeau participa de este criterio, distinguiendo el poder constituyente originario del poder constituyente instituido, el cual “actúa en virtud de la Constitución en vigencia, de modo que no existe solución de continuidad entre la Constitución antigua y la que es obra del poder constituyente instituido”. (Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Parte General, Tomo II, Teoría de la Constitución, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, págs. 133 y 134 y sus notas respectivas.). Véase además en esta obra citada precedentemente una serie de opiniones coincidentes en el derecho comparado. Agregamos nosotros que admiten esta distinción la casi unanimidad de la doctrina argentina: Sánchez Viamonte, González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Vanossi, Sagüés, Spota, Quiroga Lavié, Bas, Romero, etc. En cambio la rechazan Schmitt, Recasens Siches y Pérez Serrano en el derecho comparado y Mitre en nuestro país, quien sostuvo en la Convención Bonaerense de 1870 que “...el poder constituyente sólo es tal cuando se ejercita en forma originaria”.(Cfr. Estas últimas opiniones en la obra antes citada de Linares Quintana en esta nota).

- (12) Vanossi Jorge Reinaldo, “Teoría Constitucional”, Tomo 1, 2ª. Ed., Depalma, Bs. As., 2000, pág. 126.
- (13) Vanossi Jorge Reinaldo, obr. cit., Tomo 1, pág. 127.
- (14) Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 se puede sostener con Sagüés (“Elementos de derecho constitucional”, Tomo 1, 2ª. Ed., Astrea, Bs. As., pág. 202), que se ha relativizado o atenuado el carácter de rigidez de la Ley Suprema, pues aunque no se ha modificado el citado art. 30, se ha instituido un procedimiento en el art. 75 inc. 22, que nos permite abrirnos progresivamente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el párrafo final de la norma precedentemente referenciada dice: “...Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Este procedimiento ya fue utilizado para la Convención sobre la Desaparición forzada de personas y en consecuencia

ahora son doce los instrumentos internacionales que tienen dicha jerarquía. Bajo nuestro punto de vista, esta apertura en tan trascendental cuestión fue una de las ideas fuerza fundamentales de la reforma de 1994, a la luz de la lucha sostenida por las Naciones Unidas, en consonancia con los objetivos perennes del Derecho Constitucional clásico, consagrados en nuestra histórica Constitución Nacional de 1853 y 1860.

- (15) Con anterioridad Sánchez Viamonte y Ekmekdjian habían admitido tres grados en el ejercicio del poder constituyente: federal, provincial y municipal, pero nosotros consideramos que ahora son cuatro los distintos órdenes de gobierno de la federación argentina, como lo hemos destacado en nuestro libro “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Depalma, Bs. As., 1997. Para un análisis de las Cartas Orgánicas Municipales véase nuestra obra “Derecho Municipal”, Depalma, Bs. As., 2ª. Ed. Actualizada y aumentada, Caps. III y VI.
- (16) Cfr. Vanossi Jorge Reinado, obr. cit., Cap. “Límites del poder constituyente”.
- (17) Bidart Campos considera que el poder constituyente originario tiene los siguientes límites: a) Del valor justicia o derecho natural; b) Que puedan derivar del derecho internacional público; y c) Del condicionamiento de la realidad social que un método realista debe tener en cuenta para organizar el Estado. (“Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, Tomo 1, Bs. As., 1989, pág. 78). Con igual criterio Linares Quintana sostiene que toda comunidad política al ejercitar tan esencial facultad soberana, por encima del derecho del positivo está constreñida a respetar ciertos valores naturales y absolutos como la libertad, la dignidad del hombre, la justicia, etc. (Cfr. “Derecho constitucional e instituciones políticas”, obr. cit.). Domingo Faustino Sarmiento expresó en la Convención Provincial Bonaerense de 1860, al proponer una enmienda a la Constitución Nacional, que luego sería el art. 33: “..puesto que se le da a esta parte el título de derechos y garantías de los pueblos se supone que es la novación de los derechos primitivos del hombre y los que ha conquistado la humanidad que naturalmente han ido creciendo de siglo en siglo. Se entiende también que esos principios así establecidos son superiores a la Constitución, son superiores a la soberanía popular” (Convención Nacional de 1898 y antecedentes). Por su parte, Vélez Sársfield sostuvo en la misma oportunidad: “Que estos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo cuerpo legislativo y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución” (Convención Nacional de 1898 y antecedentes).

(18) Cfr. Arturo M. Bas, “El derecho federal argentino”, Tomo 1, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1927, Cap. VI, pág. 238.

(19) Arturo M. Bas, obr. cit., pág. 220.

(20) Arturo M. Bas, obr. cit., pág. 240. El autor cita entre otros autores que estudiaron el derecho norteamericano además de Jameson, a Cooley, Holcombe y Borgeaud y refiere distintos fallos jurisprudenciales. Con respecto a nuestro derecho menciona entre quienes sostuvieron el carácter limitado de las Convenciones reformadoras a Mitre y Bernardo de Irigoyen en la Convención reformadora constituyente de la Provincia de Buenos Aires (1870-1873), a Luis V. Varela en su obra “Plan de reformas a la Constitución de Buenos Aires”, a Manuel Montes de Oca en su trabajo “Convención reformadora de la Provincia de Santa Fé (1920-1921) y a Juan A. González Calderón en su obra “Derecho Público Provincial” (1913) y después en el debate en la Cámara de Diputados de la Nación sobre la convención reformadora de Santa Fé (en la sesión del 29 de septiembre de 1922). Bas analiza especialmente el término del mandato de las convenciones en nuestro derecho público provincial, (obr. cit., pág. 228 y sgts.), con motivo de la extensión de algunas convenciones como la de Buenos Aires entre 1882 y 1889 o la actitud de la Convención constituyente de Santa Fé de 1921 que en dos oportunidades había prorrogado su fecha de terminación.

Esto originó el mayor debate al respecto, incluso en la Cámara de Diputados de la Nación, donde intervinieran Montes de Oca y González Calderón con la posición citada. Lisandro de la Torre defendió la posición contraria.

La cuestión de la naturaleza de las convenciones reformadoras fue discutida en el seno de algunas de ellas, como la Nacional de 1898 y en las Provinciales citadas por Bas. Posteriormente la doctrina acompañó la tesis de la limitación de las facultades de estas convenciones. El tema también se consideró en la Convención Nacional Constituyente de 1994 de Santa Fé y Paraná, donde sostuvimos dicha tesitura al analizar la legalidad y legitimidad de dicha reforma constitucional. (Véase nuestra obra “Reforma constitucional de 1994”-Labor del Convencional Constituyente Dr. Antonio María Hernández (h.), Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995)

(21) Cfr. Vanossi, obr. cit., Bidart Campos, obr. cit. y Sagüés, Néstor Pedro, “Elementos de derecho constitucional”, Tomo 1, 2ª. Ed. Actualizada y ampliada, Astrea. Bs. As., Cap. X.

(22) Cfr. Linares Quintana, Segundo V, obr. cit.

(23) Cfr. Sánchez Viamonte Carlos, obr. cit..

- (24) Se cita como antecedentes inmediatos de esta fundamental enunciación a dos documentos muy importantes de la historia inglesa: el “Agreement of the people” de 1847, presentado por Cromwell a la Cámara de los Comunes y al “Instrument of Government”, aprobado en 1653, también bajo su inspiración, quien afirmó entonces que “..en todo gobierno debe haber una cosa fundamental, algo como una gran Carta, permanente e inalterable”. (Cfr. Charles Borgeaud, “Etablissement et revision des constitutions en Europe et en Amerique”). Sieyès también se refirió a esta distinción en la Exposición razonada que presentó al Comité de la Constitución el 20 y 21 de junio de 1789, donde expresó: “...Así, pues y repitiéndolo una vez más, la Constitución de un pueblo no es y no puede ser más que la Constitución de su gobierno y del poder encargado de dar leyes lo mismo al pueblo que al gobierno. Los poderes comprendidos en el establecimiento público quedan sometidos a leyes, a reglas, a formas que no dueños de variar”.
- (25) Sánchez Viamonte Carlos, obr. cit..
- (26) Hesse Konrad, “Escritos de derecho constitucional”, pág. 49, citado por Sagüés Néstor Pedro, “La interpretación judicial de la Constitución”, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 112 y nota 47.
- (27) También sostienen esta posición Linares Quintana y Miguel Padilla, cfr. Vanossi Jorge Reinaldo, obr. cit., pág. 127 y nota 6.
- (28) La actualidad de este principio acaba de ser reafirmada por Germán Bidart Campos: “Desde la aparición del constitucionalismo moderno fue eje de su doctrina la supremacía de la Constitución. Teóricamente –aunque no siempre en la praxis- aprendimos como lección que la Constitución encabeza el orden jurídico del Estado, y que todo el orden infraconstitucional debe guardar congruencia con la Constitución. Este primer rasgo exhibe un elemento visceral para saber qué es una constitución. Una constitución es la fuente primaria y fundante del ordenamiento jurídico del estado.” (“Qué es una Constitución”, Revista Argentina de Derecho Constitucional, I, Año 1, 2000, Ediar, Bs. As., pág. 7)
- (29) Véase al respecto Miguel Angel Ekmekdjian, “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo III, Depalma, Bs. As., 1995, punto 406, “El quid del control de constitucionalidad de una reforma constitucional”, pág. 165 y sgts. Y Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Tomo II, obr. cit., pág. 143 y sgts..

- (30) Por razones de brevedad, no podemos detenernos en el análisis de las distintas impugnaciones producidas a cada una de las reformas producidas; aspectos por otra parte muy conocidos de nuestra dolorosa y conflictiva historia nacional.
- (31) Jorge R. Vanossi, “Teoría Constitucional”, obr. cit., Tomo 1, pág.182 ..El autor también incluye en la clasificación sobre los límites a los extrajurídicos, o metajurídicos o absolutos, pero ellos corresponden al poder constituyente originario, que en este caso no es objeto de nuestra consideración.
- (32) Linares Quintana, siguiendo a Lester B. Orfield (“The amending of the federal constitution”, Chicago, 1942) en el análisis de la jurisprudencia sobre este tema, menciona que las Supremas Cortes de los Estados de Alabama, Mississippi y Minnesota admitieron la justiciabilidad de reformas estatales en los casos “Coller v. Frierson (1854), “Green v. Weller” (1856) y “Dayton v. St Paul” (1866), respectivamente. En cambio, la Suprema Corte del Estado de Maryland resolvió lo contrario en el caso “Miles v. Bradford” (1864), al considerar que era una cuestión política no justiciable.

Los problemas de constitucionalidad de las reformas constitucionales estatales se plantearon ante los conflictos presentados con las enmiendas de la Constitución Federal, específicamente por la temática de derechos civiles, aborto, enseñanza religiosa en las escuelas públicas, igualdad de derechos y propuestas de presupuesto equilibrado; lo que se explica en razón de la propia naturaleza del estado federal. (Cfr. Wilbur Edel, “A constitutional convention-Threat or challenge?”, ed. Praeger, 1981, N. York, U.S).

En cuanto a la jurisprudencia en el orden federal, no se encuentra caso alguno en que se declarase la invalidez de una enmienda constitucional.

Linares Quintana cita el caso “Hollingsworth v. Virginia”, de 1798, con motivo de la adopción de la Enmienda undécima, en que la Corte Suprema de los Estados Unidos, decidió la validez de dicha reforma. Posteriormente, a partir del famoso caso “Luther v. Borden” de 1849, el más alto Tribunal sentó el criterio de que la consideración de una enmienda constitucional era una cuestión política –political question- ajena a la competencia judicial. Pero ya en este siglo, se encuentran algunos casos en que la Suprema Corte admite dicho control (“Hawke v. Smith” (1920), “National Prohibition cases” (1920) y tal vez, “United States v. Sprague” (1931)), mientras que en otro caso insiste en la tesis de las cuestiones políticas (“Lesser v. Garnett (1922)).(“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, obr. cit., Tomo II, pág. 148).

(33) Dice el reconocido constitucionalista argentino: “Como ha podido comprobarse, la jurisprudencia de los tribunales más recientes es en general favorable a la doctrina de que el examen y la decisión de la constitucionalidad de una reforma constitucional constituyen una cuestión judicial comprendida en la competencia de los tribunales. Pero todos los casos examinados se refieren a dicho problema exclusivamente desde el ángulo del procedimiento observado para la adopción de la enmienda –matters of procedure-.”(Segundo V. Linares Quintana, “Tratado...”, obr. cit., pág. 151).

No obstante esta opinión, queremos poner de relieve que la jurisprudencia no es unánime ni pacífica al respecto, pues la Corte Suprema en los casos “Coleman v. Miller” y “Chandler v. Wise” (ambos de 1939), resolvió que algunos aspectos del procedimiento acerca de la enmienda sobre el trabajo de menores, involucraban el ejercicio de cuestiones políticas no judiciales y señaló en ese sentido al efecto del rechazo previo de una Enmienda por un Estado local y al término durante el cual los Estados podían ratificar una reforma constitucional. (Véase Linares Quintana, “Tratado...”. obr. cit., pág. 151).

Es que para nosotros es menester comprender que en los standards de control de constitucionalidad norteamericanos son muy estrictos en cuestión de derechos de minorías y derechos civiles, a diferencia del control de leyes, en que los mismos son menos exigentes, pues sólo alcanzan al análisis de las “rational bases”, pues se parte de la acertada base que la sanción de leyes es facultad de otro poder. Y ello con mucha mayor razón, agregamos, cuando se trata de las sanciones de un poder constituyente.

(34) Segundo V. Linares Quintana, “Tratado...”, obr. cit., pág. 147.

(35) Cfr., Segundo V. Linares Quintana, “Tratado...”, obr. cit., pág.145.

(36) Cfr., Segundo V. Linares Quintana, “Tratado...”, obr. cit., pág. 146.

(37) Véase Francisco Fernández Segado, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad” en la obra colectiva “La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, coordinada por García Belaúnde D. y Fernández Segado F., publicada por Dykinson S.L., Madrid, España, 1997, pág. 55 y nota 64, donde el profesor español menciona los datos aportados por Pritchett..

(38) En este sentido consideramos muy ilustrativo el desarrollo efectuado por Roberto Gargarella en su obra “La justicia frente al gobierno-Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial”, Ariel, Barcelona y Buenos Aires, 1996, a quien seguimos en este aspecto.

(39) Cfr. Gargarella Roberto, obr. cit., págs. 29/32.

- (40) Cfr. Gargarella Roberto, obr. cit., pág. 43.
- (41) A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, “El Federalista”, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1994, N° 78, pág. 332.
- (42) “Marbury v. Madison”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), cit. Por Roberto Gargarella, obr. cit., pág. 47.
- (43) Laurence H. Tribe, “American Constitutional Law”, second edition, Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., 1988, págs. 10/15.
- (44) Véase Laurence H. Tribe, obr. cit., pág. 12, Nota 7, que dice textualmente: Compare, e.g., C. Black, *The people and the court* (1960), with e.g., L. Lusky, *By what Right?* (1975), and R. Berger, *Governmente by judiciary* (1977). See J. Ely, *Democracy and distrust* (1980); J. Choper, *Judicial review and the national political process* (1980); cf. M. Perry, *The Constitution, the courts and human rights* (1982). See generally A. Bickel, *The least dangerous branch* (1962); L. Hand, *The Spirit of liberty* (3<sup>rd</sup>. Ed. 1960); Rostow, “The democratic character of judicial review”, 66 *Harv. Rev.* 193 (1952).
- (45) Véase Roberto Gargarella, obr. cit., págs. 55 y 132 y sgts. Donde analiza la contribución efectuada al tema por Bruce Ackerman.
- (46) Véase Laurence H. Tribe, obr. cit., pág. 12, según nuestra propia traducción.
- (47) En este sentido, las interpretaciones que la Corte y el propio Fayt (en su libro “Self moving..., antes citado) efectúan sobre el pensamiento de Hamilton y el célebre caso “Marbury v. Madison”, son para nosotros manifiestamente incorrectas, pues pretenden ser utilizados para fundamentar lo contrario de lo que esos notables aportes significaron para afirmar el principio de la supremacía constitucional. Ya hemos visto asimismo, que la más mportante misión del Poder judicial norteamericano es cuidar la Constitución, porque ella representa al pueblo, como base del sistema democrático y republicano. En consecuencia, mal se puede invocar dichos principios para abonar una tesis tan grave y opuesta como la de este caso, que importa el más completo desconocimiento del valor fundamental y supremo de la Constitución como el de la misión de los jueces.
- (48) Véase Francisco Fernández Segado, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad” en la obra colectiva “La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, coordinada por García Belaúnde D. y Fernández Segado F., publicada por Dykinson S.L., Madrid, España, 1997, pág. 60 y sgts.
- (49) Cfr. Francisco Fernández Segado, obr. cit., págs. 73 y sgts..
- (50) Cfr. Louis Favoreu, “Los tribunales constitucionales” en la obra colectiva precedentemente citada, pág. 106.

- (51) Louis Favoreu, obr. cit., pàgs. 108/9.
- (52) Cfr. Louis Favoreu, obr. cit., pàg. 110.
- (53) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica” García Belaúnde D. y Fernández Segado F.(Coordinadores), obr. cit.. Véanse los trabajos de Fernández Segado, Louis Favoreu, Peter Häberle y Moura Loureiro de Miranda en relación a la jurisdicció constitucional en España, Francia, Alemania y Portugal y en general en el derecho europeo.
- (54) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit., Francisco Fernández Segado, “La jurisdicció constitucional en España”, pàgs. 635/637.
- (55) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit., Francisco Fernández Segado, “La jurisdicció constitucional en España”, pàg. 640.
- (56) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit., Francisco Fernández Segado, “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit.,pàg. 641.
- (57) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit.,Benjamín Miguel Harb, “La jurisdicció constitucional en Bolivia”, pàg.352.
- (58) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit., Eduardo Cifuentes Muñoz, “La jurisdicció constitucional en Colombia”, pàg. 474.
- (59) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit., Rubén Hernández Valle, “La jurisdicció constitucional en Costa Rica”, pàg. 508.
- (60) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit., Humberto Nogueira Alcalá, “La jurisdicció constitucional en Chile”, pàg. 555.
- (61) Cfr. “La jurisdicció constitucional en Iberoamèrica”, obr. cit., Francisco Fernández Robles, “La jurisdicció constitucional en Panamá”, pàgs. 814/5.
- (62) También manifestó su punto de vista contrario a este fallo y por la misma razón el distinguido Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Dr. Carlos Colautti, en su comentario a los dos fallos “Iribarren” y “Fayt”, titulado “Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial”, en Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial del Semanario nº 6168 del 17/11/1999, pàgs. 33/35. Allí expresó: “...Poco queda de las autonomías provinciales sino pueden siquiera establecer la edad en que se jubilarán los jueces y miembros del Ministerio Público”.
- (63) Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- (64) Fue también el famoso Chief Justice John Marshall en el célebre caso “Marbury v. Madison” en 1803 el que estableció la teoría de las “political questions”, luego

mantenida en otros fallos notables como “Luther v. Borden” en 1849 y “Texas v. White” en 1868.

Recién en “Baker v. Carr” en 1962, la Corte Suprema de Justicia norteamericana restringiría el amplio alcance de las cuestiones políticas no judiciales, al avanzar en el control de la organización de los distritos electorales.

- (65) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., págs. 632 y 633, donde se transcribe el resumen del Prof. Schwartz en su obra “Los poderes del gobierno...”, T. 1, pág. 577, con abundantes citas de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana en cada una de las cuestiones.
- (66) Laurence H. Tribe, “American Constitutional Law”, 2<sup>nd</sup>. Edition, obr. cit., pág. 107, de nuestra propia traducción.
- (67) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 53:431/434.
- (68) Dijo entonces que “habría peligro para las instituciones si se reconociese en el Poder Judicial la facultad de declara sin valor y sin efecto legal los actos políticos que produzcan la Legislatura y el Poder Ejecutivo”- Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., pág. 653, donde el autor indica que la rectificación pública de su anterior opinión fue efectuada en el “Plan de Reforma de la Constitución de Buenos Aires”, T. I, págs. 109 y 321, nota 2, cit. Por González Calderón, Juan A. Derecho Constitucional Argentino, T. II, pág. 578.
- (69) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., págs. 653 y sgts..
- (70) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., págs. 656 y sgts..
- (71) Para un análisis más detenido de estos casos, véase Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., págs. 658/665.
- (72) Cfr. Néstor Pedro Sagüés, “Novedades sobre las cuestiones políticas no justiciables”, El Derecho, N° 9861, Año XXXVII, 21 de octubre de 1999, Nota a fallo, pág. 7.
- (73) Cfr. Jorge Reinaldo Vanossi, “Teoría Constitucional”, obr. cit., Tomo II, Cap. “Las facultades privativas ante la dimensión política del Poder Judicial”, págs. 202/3..El autor también formula una lista de temas que no pueden ser asimilados a las declaraciones y que en consecuencia, podrían ser objeto de revisión judicial: “a) la declaración de “utilidad pública” a los efectos de la expropiación, en cuanto compete al Poder Legislativo determinar en el caso la existencia de esa “utilidad pública” como requisito para viabilizar el instituto expropiatorio; b) la

declaración por el legislador y a su turno por el Poder Ejecutivo en las diversas etapas del mecanismo para la formación y sanción de las leyes, consistente en precisar cuándo hay aprobación, cuándo existe sanción, cuándo hay promulgación, cuándo hay veto, etc.; es decir materias de procedimiento (matter of procedure) entre las cuales se cuenta el procedimiento de la reforma constitucional; c) la declaración del òrgano legislativo reconociendo o invalidando la elecciòn de sus miembros y admitiéndolos o excluyéndolos de su seno; d) la creaciòn y determinaciòn de “categorías” de personas a los efectos del goce de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones y deberes públicos. E) en general, las consecuencias de todo poder normativo cuyas prescripciones sean aplicables a las relaciones entre particulares, entre el Estado y los particulares, y entre el Estado y sus funcionarios o integrantes de los poderes públicos; f) ciertos conflictos de poderes, como los que se plantean entre las distintas provincias y los que nacen de la aplicaciòn e interpretaciòn de los limites fijados a las provincias por el Congreso Nacional; g) la regularidad del procedimiento seguido por el Senado en la sustanciaciòn del “juicio político”, en cuanto a las garantías de defensa de los derechos se refiere (ver el voto de Boffi Boggero en el caso “Roque González”, Fallos, 264:7). Dice que “En los casos examinados estàn en juego facultades que si bien tienen algunas semejanzas con las mencionadas anteriormente, no pueden ser equiparadas en razòn de que coincide en cada caso la “facultad” con el “acto” de modificaciòn de situaciones que directamente se reflejan en el àmbito de los derechos subjetivos. La jurisprudencia es confusa y vacilante en cuanto a admitir la justiciabilidad de estas cuestiones, pero tales vacilaciones no pueden prosperar una vez que el tratamiento teórico de la cuestiòn arroje claridad señalando la diferencia entre estos casos y los anteriores.”

- (74) Miguel S. Marienhoff ha distinguido, de manera similar a Vanossi, los actos “institucionales” como diferentes a los actos “políticos”, a los efectos de posibilitar la justiciabilidad de estos últimos. Cfr. “Tratado de Derecho Administrativo”, T. 2, pág. 755 y sgts. En cuanto a Sagüés, sostiene que “toda cuestiòn política tiene tambièn una dimensiòn jurídica y que ésta es justiciable en un doble sentido: a) para determinar si el procedimiento fijado por la Constituciòn para adoptar la decisiòn política se ha cumplido o no; b) para determinar tambièn si lo resuelto por el òrgano del caso al decidir la cuestiòn política se encuentra o no dentro del marco de opciones que le brinda la Constituciòn. Con esto no quiere significarse que los jueces deban expedirse

sobre cuál era el mejor criterio o la mejor solución para resolver la cuestión política, tema por cierto discrecional y reservado para el órgano que debe pronunciarla, sino solamente, y con extrema prudencia si lo actuado por éste respeta, en cuanto su contenido, las normas de la Constitución. De tal modo que si ello tiene “color” de constitucionalidad, la judicatura no tiene por qué investigar más ni ponerse en el lugar del referido órgano para decidir el caso. De haber duda, por lo demás, rige el principio de presunción de constitucionalidad del comportamiento de los poderes del Estado”

(trabajo recién citado “Novedades sobre las cuestiones políticas no justiciables” en *El Derecho*, pág. 7, nota 7 y su “Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario”, 3ª. Ed., Bs. As., Astrea, 1992, T. 1, págs. 171/5).

- (75) El maestro del Derecho Constitucional argentino desde hace tiempo expone que ningún punto de la Constitución puede quedar detraído al análisis del control de constitucionalidad y al comentar un fallo sobre estado de sitio, escribió que “no es lógico controlar el efecto sin controlar la causa. Todo lo que, como acrecimiento del poder, valida la Constitución cuando hay estado de sitio, supone imprescindiblemente que la declaración de estado de sitio se haya efectuado con causa constitucional y de conformidad a la Constitución.”(Cfr. Germán Bidart Campos, nota a fallo publicada en *El Derecho*, del 7 de octubre de 1970, citado por Vanossi, en su obra citada, Tomo II, pág. 201, quien seguidamente manifiesta su opinión contraria).
- (76) Es que tal como lo hemos referido anteriormente en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, quienes firmaron el voto mayoritario en el caso “Fayt -que desconoce la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables-, venían reafirmando dicha doctrina en fallos anteriores. Esos mismos jueces, luego de resolver en sentido opuesto con fecha 19 de agosto de 1999 en el caso que nos ocupa, exactamente con fecha 31 de agosto de dicho año fallaron el caso “Guadalupe Hernández”, donde volvieron a admitir dicha doctrina.
- (77) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., pág. 583.
- (78) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., págs. 584/5.
- (79) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., págs. 587/8.
- (80) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la interpretación constitucional”, obr. cit., págs. 588/591, adonde remitimos para un análisis más

detallado de cada uno de los casos. Merece destacarse asimismo el fallo del caso “Inés M. Repetto c. Provincia de Buenos Aires” (L.L., 1989-B-354 y sgts.) de 1988, donde se analiza la constitucionalidad de una normativa de dicha provincia que impedía el ejercicio de la docencia a los extranjeros, y que se constituyó en un verdadero “leading case” donde nuestra Corte estableció criterios muy estrictos para impedir toda distinción entre los derechos reconocidos a los nacionales y a los extranjeros, según lo dispuesto por el art. 20 de la Constitución Nacional. Según Alberto F. Garay, que comentara este caso, nuestra Corte siguió los enfoques de su par norteamericana, que en materia de algunos derechos civiles, utilizó criterios de examen estricto (strict scrutiny test) para evitar cualquier discriminación, además de exigir al Estado una justificación excepcional para ello, en base a un interés estatal urgente o insoslayable (substantial or overriding or compelling interest or purpose). El autor recuerda las palabras del Juez Black en “Korematsu v. United States: “Todas las restricciones legales que reducen los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. A veces, necesidades públicas acuciantes pueden justificarlas: el antagonismo racial jamás.” En definitiva, en estos casos de derechos civiles, pareciera existir una presunción de inconstitucionalidad de cualquier acto de afectación de los mismos y dicho criterio según Garay, fue admitido también por los jueces Bacqué y Petracchi de nuestro más alto Tribunal en este caso, lo que ha merecido la crítica de Linares Quintana.. (Véase la obra que estamos citando de Linares Quintana, pág. 602 y al artículo de Garay, “Derechos Civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas”, L.L., año LIII, nº 76, pág. 1 y sgts.)

- (81) En la reunión celebrada en Paraná, los días 3 y 4 de marzo de 2000, para tratar este fallo, con la organización de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- (82) Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de interpretación constitucional”, obr. cit., pág. 719.
- (83) Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de interpretación constitucional”, obr. cit., pág. 719.
- (84) Cfr.: Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de interpretación constitucional”, obr. cit., pág. 720. El autor cita otros fallos en igual sentido, como “Georgia v. Stanton”, 1868, 6; “Quackenbusch v. United States”, 177, U.S., 20, donde la Corte dijo en 1900 que el Poder Judicial no puede, por propia inspiración,

inquirir en cuanto a la validez de la acción desarrollada por los otros departamentos de gobierno; “Kein v. Unites States”, 1900, 177, U.S., 290 y “Interstate Commerce Commission v. Illinois Central R. Co.”, 1910, 215, U.S., 452. Asimismo cita la opinión de autores como Friedrich, que señalan que los poderes políticos también interpretan y aplican la constitución, pues esta función no está sólo reservada a los tribunales judiciales. Obr.cit., pág. 720.

(85) Fallos, 53:431/434.

(86) En efecto, Linares Quintana, cita los siguientes casos de la Corte, que afirman una línea jurisprudencial en esta materia a lo largo del tiempo: “Cooperativa Eléctrica Bahiense Ltda.”, de 1943 (Fallos, 196:322); “J.F. García”, de 1943 (Fallos, 197:494); “Stevarts Sealy c. Nación Argentina”, de 1946 (Fallos, 205:26); “R.B. de Pantaleo c. E. Villa”, de 1948 (Fallos, 211:1061); “Sindicato Obrero Yerbateros de Rosario”, de 1945 (Fallos, 202:265/266); “Los Merinos S.A. y otros”, de 1949 (Fallos, 213:547/548); “M. Varela c. A. Anzó”, de 1881 (Fallos, 23:267); “E Sojo”, de 1887; “R. I. López Muñiz”, de 1946 (Fallos, 206:131); “Alfredo Salvador Rendón c. Siam Di Tella Ltda.”, de 1961 (Fallos, 251:57); “Marcelo R. Araya c. Nación Argentina”, de 1968 (Fallos, 270:175); “Arnoldo Vicente Santoro y otros c. Nación Argentina”, de 1968 (Fallos, 272:232); “César O. Oxley c. Provincia de Santa Fé”, de 1984 (E.D., 109:441/442); “Disco S.A. c. Provincia de Mendoza”, de 1989 (Fallos, L.L. 1990-A-366/7); “Luis Arcenio Peralta y otro c. Estado Nacional”, de 1990 (Fallos, 313:1535/7); finalizando con los que más adelante mencionaremos.(Cfr.:Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de interpretación constitucional”, obr. cit., págs.720/742., adonde remitimos para un mayor análisis de los casos).

(87) L.L., fallo 87.321, LIII-65-2.

(88) L.L., fallo 88.600, LIV-121-7.

(89) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de interpretación constitucional”, obr. cit., págs.728/730.

(90) Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de interpretación constitucional”, obr. cit., pág.730.

(91) El distinguido constitucionalista expresó: “La ley 24.309 no previó explícitamente una reforma o limitación al principio de la inamovilidad de los jueces con motivo de la edad. Tampoco era necesario que así lo dispusiera mediante una mención del actual art. 110 de la Constitución. Resultaba, a nuestro entender, suficiente el contenido del punto I incorporado al “Núcleo de

Coincidencias Básicas” cuando alude a las disposiciones atinentes al nombramiento de los jueces, sugiriendo su incorporación al actual art. 99 inc. 4°. Entre esas disposiciones atinentes al nombramiento de los jueces, la Convención estaba habilitada para insertar las referentes a la duración del mandato resultante de esa designación. No era necesario, ni procedente, establecer el alcance y el contenido que debía tener la reforma porque se trataba de una materia de competencia exclusiva de la convención.” “Constitucionalidad de la reforma constitucional”, L.L, año LXII N<sup>a</sup> 143, Doctrina, pág. 2, jueves 30 de julio de 1998.

- (92) Tal como lo señalamos anteriormente, así lo sostuvieron en forma verbal los juristas Frías y Sagüés en la reunión de Paraná, convocada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional para el análisis de este caso. En cuanto a Badeni, escribió sobre el particular: “En materia de interpretación constitucional, cuando se produce un conflicto aparente entre dos normas, es necesario asignar a ellas un significado que permita armonizarlas con la consecuente subsistencia de ambas. Solamente si ese conflicto es insoluble a la luz del principio de razonabilidad corresponderá declarar la invalidez de una de ellas. Inclusive, en caso de duda, procede aplicar la regla complementaria de interpretación “in dubio pro constitutio”. Si éste es el principio de interpretación que impera cuando el conflicto se plantea entre la Ley Fundamental y una norma de jerarquía inferior, con mayor razón deberá acudirse al mismo cuando la interpretación enfrenta a dos cláusulas de la Constitución. No cabe descalificar a una de ellas, sino acudir a la hermeneútica para acordarles un significado armónico. Procurando relacionar los arts. 99 inc. 4° y 110 de la Constitución, consideramos que el primero regula el procedimiento para el nombramiento de los jueces fijando un límite para sus mandatos en la edad de 75 años, sin perjuicio de un eventual nuevo nombramiento. El segundo, impone el principio de la inamovilidad durante la vigencia de ese mandato. Principio que solamente cede si el magistrado judicial incurre en algún tipo de conducta que merezca el reproche en un juicio político y la consecuente decisión del Senado o del jurado de enjuiciamiento (arts. 60 y 115, Constitución Nacional). El primero prevé el nombramiento y su extensión temporal. El segundo contempla la inamovilidad durante el lapso establecido para el mandato como una de las garantías para el ejercicio independiente de la potestad jurisdiccional.” “Constitucionalidad de la reforma constitucional”, tr. Cit., pág. 2.

- (93) Véase la nota anterior con la opinión del citado Profesor Titular de la Universidad Nacional de Buenos Aires.
- (94) Daniel Alberto Sabsay, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, págs. 439/440, en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 3, 1999, editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.
- (95) Germán J. Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo VI “La reforma constitucional de 1994”, Ediar, Bs.As., 1995, pág. 449.
- (96) Véase la Nota 91, con la citada opinión transcripta.
- (97) Prueba de ello es que en mi carácter de Diputado de la Nación durante el período 1991-1995 voté dicha norma, con el claro objetivo de expresar la opinión del Cuerpo sobre la limitación material de la Convención reformadora, que debe atenerse a los puntos fijados por el Congreso. Pero en modo alguno ni el suscripto ni sus pares intentaron cambiar las bases de nuestro Estado de Derecho, afectando la división de poderes y sujetando el poder constituyente al poder constituido, como se atribuye en la intencionalidad asignada arbitrariamente por la Corte.
- (98) El Académico Horacio García Belsunce ha sostenido a este respecto: “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”. (“La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional-Implicancias de su declaración”, La Ley, Anticipo de Anales, Alo XLV, segunda época, N° 38, junio 2000, pág. 18)  
Para llegar a esta conclusión cita en apoyo al caso “Monges Analía vs. Universidad de Buenos Aires” del 26/12/96, donde la Corte Suprema en el Considerando 34 del voto de la mayoría, declaró la nulidad de la resolución del Consejo Superior de la Universidad relativa al “Curso Preuniversitario de Ingreso” y expresó: “...la autoridad de esa sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aún cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste...” (Cfr. Tr. Cit., pág. 18). Asimismo, agrega el comentario de dicho fallo efectuado por Juan Carlos Cassagne, quien expresa que: “sus proyecciones pueden llegar a extenderse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las normas sancionadas por el Congreso”, sin afectar

la división de poderes, mencionando en tal sentido una opinión de Germán Bidart Campos.(Cfr.tr. cit.,págs. 18/19). Finalmente expresa en este punto García Belsunce: “Es cierto que la doctrina judicial que resulta del caso “Monges” modifica los precedentes jurisprudenciales citados y que las opiniones de Cassagne y de Bidart Campos son opuestas a las de los otros juristas mencionados, pero, aunque no pretendo terciar frente a la autoridad de estos tratadistas, me inclino por el efecto erga omnes de la nulidad y me atrae poder extenderlo a la inconstitucionalidad, porque cuando aquélla es manifiesta (cuando la ley le ha impuesto al acto la pena de nulidad) el acto es nulo aunque la nulidad no haya sido juzgada (art. 1038, Cód. Civil) y cuando es absoluta puede ser declarada de oficio (art. 1047, Cód. Civil). Va de suyo que estoy aceptando la teoría de la Corte Suprema en el caso “S.A. Ganadera Los Lagos vs. Nación Argentina” cuando admitió que se aplican al acto administrativo, en principio y con ciertas distinciones, las reglas del Código Civil en materia de nulidades e interpretando que esas reglas son también aplicables a un acto constituyente”. (Cfr.:tr. Cit., págs. 19/20).

No compartimos esta opinión del destacado jurista, porque: a) no respeta nuestro sistema de control de constitucionalidad, limitado al caso concreto y sin efecto derogatorio de las normas, en razón del principio de la división y equilibrio de los poderes.b) apunta a consolidar el “gobierno de los jueces”, que no es compatible con el sistema de nuestra Constitución Nacional. c) parte de la base de que se pueden igualar en la aplicación de las soluciones y efectos, un acto administrativo y un acto del Poder Constituyente, sin tener en cuenta la distinta naturaleza de ambos. En razón de brevedad, no efectuamos un desarrollo más detenido, remitiéndonos además a las consideraciones realizadas anteriormente y en particular a las de teoría constitucional. Sólo queremos agregar ahora, que los principios del control de constitucionalidad de nuestro derecho, que mencionamos en a), ampliamente expuestos en forma pacífica por la doctrina, fueron también referidos por el Dr. Carlos S. Fayt en el libro “Supremacía constitucional e independencia de los jueces”, Depalma, Buenos Aires, 1994. Desafortunadamente dichos principios –y en particular los indicados en el Cap.XVI sobre “Los límites del Poder Judicial”- no fueron respetados por el propio autor, que promoviera este caso, ni por la Corte, que lo fallara afirmativamente.

(99) Cfr. Konrad Hesse, “Escritos de Derecho Constitucional”, pág. 52, citado por Néstor Pedro Sagüés, “La interpretación judicial de la Constitución”, Depalma, Buenos Aires, 1998, nota 45, pág. 110. A su vez, el distinguido jurista argentino,

luego de analizar el caso de la “laguna dikelógica” en el ordenamiento constitucional producida por derecho injusto, según la expresión de Werner Goldschmidt, dice: “De no darse ese supuesto, interpretar la Constitución en oposición al programa normativo que ella efectivamente contiene, importa un cambio constitucional – cuando no, una perversión constitucional (y aquí cita a Hesse, agregamos nosotros)- de difícil asidero, porque de operarse así, la constitución deja de tener entidad y consistencia, para transformarse en aquello que su operador-intérprete quiera que sea. En esta última etapa no hay en rigor de verdad allí “constitución” ni “supremacía constitucional”, sino “constituyentes” (dichos operadores-intérpretes).” (Obr. cit., págs. 110/1). Como se advertirá, es exactamente lo aplicable a este caso “Fayt”. Asimismo el Profesor de Rosario y Buenos Aires indica finalmente cuál es la solución ante casos de normas que denomina “torpes o anacrónicas” (que es obvio decir no es el de las cláusulas referidas en el caso, agregamos nosotros): “Por último, y en tren de repartir responsabilidades, el jurista debe advertir que el Poder Judicial no es culpable si, ante normas constitucionales inconvenientes, los responsables del proceso de reforma constitucional miran hacia otro lado y permanecen de brazos cruzados. Si la Constitución indica cómo reformarse, el principio de corrección funcional (tan subrayado por Hesse), aconseja que cada uno asuma sus obligaciones y que el autorizado a cambiar la Constitución, ponga en marcha el trámite de la enmienda; y no que, ante su inacción, sea la judicatura quien sin más lo reemplace.” (Obr. cit., pág. 112).

(100) Nos parece pertinente citar también las opiniones –que parecen redactadas para este caso- de dos constitucionalistas y Magistrados del Tribunal Constitucional alemán, Helmut Simon y Konrad Hesse, que participaron en la redacción del importante “Manual de Derecho Constitucional”, de Beude, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, publicado por el Instituto Vasco de la Administración Pública, con la editora Marcial Pons, Madrid, España, 1996. Expresó Simon, con respecto a “La jurisdicción constitucional”, en el Cap. XVI, punto 4 sobre “Límites de la facultad de interpretación”: “La decisión constitucional por una democracia con división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine los lindes entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticamente soberano a quien es únicamente custodio de la Constitución”. (pág. 854). A su vez, Hesse escribió en el cap. I sobre “Constitución y derecho constitucional”: “Los límites –que a menudo no resulta sencillo determinar en concreto- de la mutación constitucional están contenidos en el propio texto constitucional:

resulta inadmisibile una interpretación diferente de los enunciados constitucionales en abierta contradicción con su texto”. (pág. 10).

(101) “Partido Justicialista”, Fallos: 263:267, del 15/11/1965.

(102) Véase Laurence H. Tribe, obr. cit., Cap. 3 “Federal Judicial power”, pág. 34 y nota 20, donde el autor cita las opiniones contrarias a la de Charles Evans Hughes, por parte de los importantes juristas mencionados. Sintéticamente, así traducimos dichos pensamientos: Frankfurter (que fue Chief Justice de la Suprema Corte de Justicia norteamericana) expresó que “el último standard o criterio de la constitucionalidad es de la Constitución en sí misma y no el de lo que hemos dicho sobre ella”; Corwin sostuvo que aquella opinión “supone una clase de transubstanciación por la cual la opinión de las cortes sobre la Constitución se convierte en el verdadero cuerpo y sangre de la Constitución”; Dworkin dijo que “no podemos asumir que la Constitución es siempre lo que la Suprema Corte dice que es..”, porque “a veces, aún después de una decisión contraria de la Suprema Corte, puede aún razonablemente creer que el derecho está de su lado”; y el propio Tribe expone que “el significado de la Constitución es asunto de legítima disputa y que la Corte no está sola en la responsabilidad de darle sentido a dicha cuestión. Mas bien, una variedad de actores deben hacer sus propios juicios constitucionales y poseen el poder de desarrollar interpretaciones de la Constitución las cuales no son necesariamente conformes con la de la Suprema Corte, como el Presidente, los legisladores, los tribunales estatales y el público en general”.(Obr. cit., págs. 34/5).