



Trabajo final de grado

**CONTROL DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN ARGENTINA:
UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA, LA DOCTRINA Y EL
DERECHO COMPARADO**

Alumno: **Soneira, Ramiro**

Legajo: **VABG58763**

Carrera: **Abogacía**

2018

Resumen

Si bien la Constitución Nacional Argentina habilita su reforma en el art. 30, la brevedad de la redacción ha dado lugar a la existencia de múltiples lagunas normativas, en especial, referidas a la cuestión del control del poder reformativo. El 19 de agosto de 1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró en el fallo “Fayt” la nulidad de una cláusula introducida por la convención de 1994 y, de este modo, se atribuyó la potestad de ejercer de manera efectiva la revisión del poder constituyente. Este trabajo busca profundizar la investigación sobre el control de las reformas constitucionales en Argentina, a partir del análisis y sistematización de la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado. En este camino, se propondrán mecanismos alternativos al control judicial con el objetivo de armonizar el debate ideológico que, en nuestra opinión, determina los distintos posicionamientos: *constitucionalismo vs democracia*.

Abstract

Although the Argentine Constitution enables its amendment in art. 30, the brevity of the drafting has resulted in the existence of multiple normative gaps, in particular, referring to the question of the control of the constituent power. On August 19, 1999, the Supreme Court of Justice of Argentina declared in “Fayt’s” ruling the nullity of a clause introduced by the 1994 convention and, in this way, it self-granted the power to effectively exercise the review of the constituent power. This work seeks to deepen the research on limitations upon the amending power in Argentina, based on the analysis and systematization of jurisprudence, doctrine and comparative law. In this path, alternative mechanisms to judicial review will be proposed with the objective of harmonizing the ideological debate that, in our opinion, determines the different positions: constitutionalism vs. democracy.

Palabras clave

Supremacía y control de constitucionalidad. Poder constituyente. Límites al poder constituyente. Reforma constitucional. Sistemas de control del poder reformativo. Democracia. Constitucionalismo

Keywords

Constitutional supremacy and review. Amending Power. Limitations upon the Amending Power. Constitutional amendment. Control. Amending Power review systems. Democracy. Constitutionalism.

*A Ana Carla Slek, por enseñarme el valor
del esfuerzo, ayudarme con inmensa paciencia
a corregir este trabajo final y, ante todo,
brindarme su amor incondicional.*

*A Astor Sirilo Piazzolla y
Wilson Günther Amadeus von Hegel,
por ayudarme a desarrollar la paciencia,
mostrarme lo sencillo que es ser feliz,
y estar a mi lado, pase lo que pase.*

*A mis viejos,
por darme las oportunidades
para desarrollarme y
anteponer a sus hijos
frente a todo.*

*A mis hermanos,
por ser como son
y acompañarme siempre,
en las buenas y en las malas.*

Índice

Introducción.....	5
Capítulo 1. Conceptos constitucionales fundamentales e introducción al control de reforma constitucional.....	9
1.1. Conceptos preliminares.....	9
1.2. La supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina.....	15
1.3. Introducción al control del poder constituyente en Argentina.....	16
1.4. Conclusiones parciales.....	28
Capítulo 2. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	30
2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre control de reforma constitucional.....	30
2.2. Conclusiones parciales.....	51
Capítulo 3. Análisis de la doctrina.....	55
3.1. Ideas preconstitucionales y contemporáneas a la creación de la Constitución Nacional Argentina.....	55
3.2. Comienzos del siglo XX: algunas ideas previas.....	56
3.3. Postura de la doctrina a partir de la segunda mitad del siglo XX.....	59
3.4. Posiciones doctrinarias a partir del siglo XXI.....	72
3.5. Recapitulación.....	80
3.6. Conclusiones parciales: nuestra opinión sobre la cuestión.....	84
Capítulo 4. El control de las reformas constitucionales en el derecho comparado.....	93
4.1. Análisis de los sistemas de control.....	93
4.2. Análisis de los sistemas de control en América.....	97
4.3. Análisis de los sistemas de control en países de África, Asia, Europa y Oceanía...	99
4.4. Recapitulación.....	101
4.5. Conclusiones parciales y propuesta de reforma a la Constitución Nacional Argentina.....	103
Conclusión.....	111
Bibliografía.....	116

Introducción

Si bien la Constitución Nacional Argentina (CNA) habilita su reforma en el art. 30, la brevedad de la redacción ha dado lugar a la existencia de múltiples lagunas normativas, en especial, referidas a la cuestión del control del poder reformatorio. El 19 de agosto de 1999, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) declaró la nulidad de la reforma introducida por la convención de 1994 en el art. 99, inciso 4, párrafo tercero y de este modo modificó una jurisprudencia que se sostuvo por más de 130 años.

A partir del fallo “Fayt”, las reformas constitucionales dejaron de ser una cuestión política no justiciable y se estableció definitivamente la competencia de la CSJN para controlar los procesos de reforma constitucional. Al suplir por vía interpretativa la ausencia de regulación en la ley fundamental, la sentencia del máximo tribunal determinó un antes y un después en la historia constitucional argentina.

La respuesta de la doctrina especializada no se hizo esperar. Debido a que el resultado del fallo afectaba directamente los intereses de los ministros de la Corte, prácticamente fue unánime el repudio de los constitucionalistas respecto de la decisión del máximo tribunal de rechazar el pedido de excusación y recusación que había solicitado el Procurador General de la Nación. Pese a ello, la cuestión de fondo dividió a los constitucionalistas y generó un debate que a la fecha no se encuentra resuelto.

Más recientemente, el 28 de marzo de 2017, la CSJN dictó la sentencia en el caso “Schiffrin” y modificó nuevamente su postura. Frente a ello, cabe preguntarnos qué sucedió tras 18 años de vigencia de la jurisprudencia de “Fayt” que llevó a la Corte a revertir su opinión sobre la revisión judicial de las reformas constitucionales. La búsqueda de una respuesta objetiva a este interrogante nos dio el puntapié inicial para la elección de la temática del presente trabajo final y el comienzo de la investigación.

No buscamos cuestionar la competencia de la CSJN de ser el máximo intérprete de la CNA, ni de poder determinar la constitucionalidad de leyes, decretos y actos con el fin de sostener la supremacía constitucional. Sin embargo, adelantamos que, en nuestra opinión, “Fayt” representó una verdadera creación pretoriana que parece dejar en claro que la Convención Constituyente no es la única facultada para introducir reformas constitucionales.

Uno de los pilares fundamentales de la República es la división y el control del poder. Un poder único que, sin control y límites, corrompe y es corrompido. A través

del sistema de pesos y contrapesos, se establecieron funciones y se asignaron actores para que fuera ese mismo poder el que se controlara a sí mismo. Ahora bien, ¿qué sucede cuando esa distribución del poder no es equitativa?

Durante largo tiempo, hemos escuchado en Argentina que el Poder Ejecutivo parece acaparar en la práctica el control del Estado al no haber modificado en nada la figura del Jefe de Gabinete el corte presidencialista. A la par, el Poder Legislativo se limita a aprobar las leyes enviadas por el Presidente de turno y su rol de contrapeso político pasa a ocupar un segundo plano. No obstante, nadie parece cuestionar el inmenso rol que adquiere el Poder Judicial, no solo como órgano de control del poder, sino como órgano que interpreta y, de cierto modo, establece en última instancia las reglas de control.

A los fines de abordar esta problemática, este trabajo se propone como objetivos generales: a) analizar la modificación de la jurisprudencia de la CSJN en materia de control de reforma constitucional, y las posturas que surgen desde la doctrina y el derecho comparado; y b) proponer un modelo alternativo, como ejercicio académico, a partir del desarrollo teórico anterior.

De estos objetivos generales, se derivan cuatro objetivos específicos, que guiarán el desarrollo de cada uno de los capítulos que componen el trabajo:

- Analizar el sistema de supremacía y el de control de constitucionalidad, y la interacción entre ambos; y el sistema de reforma y los límites al poder constituyente derivado establecidos en la CNA.
- Analizar las modificaciones en la jurisprudencia de la CSJN en materia de control de reforma constitucional.
- Analizar las distintas posturas doctrinarias en torno a los límites y al control del poder constituyente derivado.
- Estudiar el derecho comparado y proponer una alternativa, como ejercicio académico, en materia de control de reforma constitucional.

Presentada la problemática y el objetivo principal, cabe hacer una mención al modo en que se llevará a cabo la investigación. Sin un desarrollo claro de la metodología será imposible llevar adelante un trabajo de grado organizado, que permita optimizar los recursos y lograr un estándar mínimo de científicidad. En tal orden, el estudio será eminentemente descriptivo, con una mínima fase exploratoria y explicativa en el desarrollo de las conclusiones parciales y finales.

Respecto a la estrategia metodológica, nos valdremos de las herramientas del enfoque cualitativo para estudiar, reflexionar y sistematizar la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado y, de este modo, establecer teorías y conclusiones a partir de una observación comprensiva.

Para todo el proceso, utilizaremos la técnica de investigación documental descrita por Yuni y Urbano (2006), a través de un intenso estudio de fuentes documentales primarias y secundarias para extraer datos que sean relevantes para la investigación. Finalmente, realizaremos reconstrucciones conceptuales que permitan encontrar una respuesta científica a las siguientes problemáticas de investigación: ¿cuáles han sido los cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en materia de control de reforma constitucional? ¿Cuáles son las principales posturas y críticas de la doctrina? ¿Qué sistemas alternativos sostiene el derecho comparado? ¿De qué manera puede armonizarse el control de las reformas constitucionales con los principios democráticos que imperan en las sociedades actuales?

Si bien nos centraremos en el campo de las ciencias jurídicas, irán surgiendo preguntas que inevitablemente nos derivarán a perspectivas políticas y filosóficas. Entre ellas, quizás la más importante, ¿cuál es la legitimidad del poder constituido para ponerse por encima del poder constituyente y revisar una reforma constitucional?

La búsqueda de respuestas a estos interrogantes no será sencilla ni las posibles respuestas libres de polémica; más allá de ello, será necesario realizar un abordaje previo de algunos conceptos que servirán de plataforma para lograr una comprensión acabada de la problemática. El control de constitucionalidad, el poder constituyente, los procesos de reforma constitucional, la democracia y el constitucionalismo serán solo algunos de los pilares fundamentales de este trabajo final.

En última instancia, se estudiarán diferentes modelos de control a partir del derecho comparado, especialmente del continente americano, para proponer alternativas al sistema argentino. Con esto, no pretendemos simplificar una problemática tan compleja ni descubrir e implantar soluciones mágicas de legislaciones extranjeras. Pero sí consideramos que el estudio de otras experiencias puede resultar muy enriquecedor a la hora de discutir opciones de control más congruentes a la cultura democrática actual.

A los fines de su comunicación, el presente trabajo final se estructura en cuatro capítulos. En el capítulo 1, daremos cuenta de algunos conceptos básicos del Derecho Constitucional, como el poder constituyente y su relación con la creación constitucional

y sus reformas. Asimismo, estudiaremos el vínculo entre la supremacía y el control constitucional, para luego abordar el eje central de nuestra investigación: los límites y el control del poder constituyente en la República Argentina.

En el capítulo 2, desarrollaremos la evolución de la jurisprudencia de la CSJN, a partir de los distintos fallos que ha emitido el máximo tribunal sobre la materia de investigación. Al finalizar, realizaremos una sistematización de las posturas y los criterios que ha considerado la Corte. Como continuación de este análisis, en el capítulo 3 serán estudiadas cronológicamente las distintas posiciones de la doctrina argentina que han surgido en torno al control del poder reformativo. Las cuestiones básicas que analizaremos serán, en primer orden, si es posible declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, y en base a ello, a quién le corresponde esta competencia de control. Veremos que el campo científico se encuentra dividido entre quienes habilitan al poder constituido a revisar el poder constituyente derivado, y quienes rechazan esta posibilidad porque atenta contra el equilibrio de poderes establecido por el mismo texto constitucional. Sobre el final, retomaremos algunas de las ideas de los juristas para desarrollar nuestra opinión sobre el asunto, en base al texto constitucional actual.

Por último, en el capítulo 4, centraremos la atención en el control de reforma constitucional a partir del derecho comparado y finalizaremos el trabajo con un ejercicio académico: una propuesta de reforma de la CNA, que, a nuestro parecer, es más coherente con los principios democráticos que imperan en el siglo XXI.

Capítulo 1. Conceptos constitucionales fundamentales e introducción al control de reforma constitucional

En este capítulo abordaremos, en un primer momento, algunos conceptos fundamentales necesarios para el desarrollo del eje central de este trabajo final: poder constituyente, supremacía y control constitucional, y control del poder constituyente. En un segundo momento, introduciremos el sistema de control de reforma constitucional en Argentina. En el segundo capítulo, continuaremos el análisis a través de la evolución de la jurisprudencia nacional.

1.1. Conceptos preliminares

1.1.1. Poder constituyente, creación y reforma constitucional

El origen del movimiento constitucionalista supuso un proceso político-jurídico que, a partir del siglo XVIII, buscó establecer en cada Estado un documento legal –la Constitución– con supremacía jurídica sobre el resto de las normas. La Constitución buscó estructurar el poder estatal, dividiéndolo en al menos tres órbitas –ejecutiva, legislativa y judicial– y reconoció a la par ciertos derechos personales, que en una primera instancia (constitucionalismo liberal o clásico) se relacionaron a los derechos civiles y políticos de corte individualista. Se creó así el gobierno de la ley, a partir del cual todo acto estatal para ser válido debía derivar de una competencia determinada por la Constitución (Sagües, 2012).

El reconocimiento definitivo del constitucionalismo clásico se inició principalmente en los Estados Unidos con la Constitución de Filadelfia de 1787. No obstante, y sin desvalorizar los debates ideológicos de Jefferson, Madison, Hamilton o Burke, fueron los teóricos de la Revolución Francesa quienes buscaron fundamentar racionalmente el movimiento y, así, afianzar el triunfo de la burguesía sobre el rey, la aristocracia y el clero, y frenar el avance del creciente movimiento proletario y del campesinado (Ekmekdjian, 2002).

Excede a los objetivos de este trabajo realizar una crítica profunda del constitucionalismo clásico; no obstante, nos interesa recordar, siguiendo a Sagües en su *Manual de Derecho Constitucional* (2012), que la igualdad constitucional no borró las desigualdades sociales, y que el reconocimiento de derechos no significó el efectivo goce y ejercicio de ellos por todas las clases sociales. La burguesía tomó el control del Estado y orientó su accionar para su beneficio y protección, y es trascendental destacar que ni en la creación constitucional ni en su contenido inicial se garantizó en los hechos

la idea de que todos “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”¹. Basta decir que la acumulación de desigualdades dio lugar al surgimiento del constitucionalismo social a comienzos del siglo XX. Este movimiento intentó resolver estas inequidades a través del reconocimiento de derechos sociales y culturales, lo que fue acompañado de la participación activa del Estado para lograr el goce efectivo de ellos.

Las críticas realizadas anteriormente no implican desconocer la importancia que tuvo para la humanidad el pensamiento constitucional clásico o liberal. Podemos afirmar que a través de este movimiento se consolidó la justificación y el fundamento principal del Estado moderno: el poder se origina y reside en la voluntad del pueblo. Para Sieyès (1789/1988), el poder constituyente es (el) soberano y no está vinculado a ninguna norma jurídica previa, por lo cual es un poder *prejurídico* que actúa libre de toda forma y control. En la actualidad, los conceptos desarrollados por este autor pueden resultar obvios, pero, en su momento, determinaron un quiebre definitivo en el pensamiento democrático moderno.

Según Sánchez Viamonte (1957, pág. 564), el poder constituyente “es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez”.

Para Ekmekdjian (2002), es la capacidad del pueblo (el único legitimado para ejercerla) para darse su propia Constitución, es decir, determinar de qué manera se ejercerá el poder y cuáles serán los límites y las relaciones entre los sujetos que detenten dicho poder y los destinatarios.

Según el momento en el que se ejerza esta capacidad, podemos clasificarla en poder constituyente originario, si se ejerce para sentar las bases fundacionales de la estructura y límites del poder, o en poder constituyente derivado, si lo que se busca es reformar una constitución previamente sancionada por un Estado. Este último puede ser ejercido de manera formal y *de jure*, cuando se sigue el proceso establecido por la Constitución, o formal y de facto, cuando un grupo se atribuye ese ejercicio, generalmente al invocar ser los representantes de los intereses del pueblo (así como

¹ Según el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

sucedió en la historia reciente de nuestro país, a través de los sucesivos golpes militares) (Sagües, 2012).

Como conclusión, podemos afirmar que el poder constituyente es el medio o vehículo a través del cual el pueblo de una nación promueve la creación o la reforma de su Constitución, a la par que constituye el fundamento que le otorga legitimidad.

1.1.2. Supremacía y control constitucional

Respecto a la supremacía constitucional, Bidart Campos considera que, ante todo, significa que la Constitución es la “*fuentes* primaria y fundante” (2003, pág. 334) del orden jurídico estatal. Recordemos que la Constitución es la expresión del poder constituyente originario, y representa la voluntad soberana del pueblo. Por ende, se la coloca en la cúspide del ordenamiento jurídico y es esta carta fundamental la que determina la gradación jerárquica de las demás normas. Una vez determinado este orden, las normas inferiores deben guardar una relación de coherencia y subordinación con las normas que se encuentran en un plano superior.

Ekmekdjian agrega que el concepto de supremacía constitucional está estrechamente relacionado a la distinción entre poder constituyente y poder constituido, y que significa que “la constitución formal, producto del poder constituyente, es la norma fundamental del sistema, esto es, una especie de ‘superley’ que impone limitaciones sustanciales a las atribuciones de los órganos constituidos que ejercen el poder político” (2002, pág. 40). Según este autor, considerar que la Constitución es la ley suprema tiene al menos dos significados:

- a) La constitución ocupa la cúspide del orden jurídico y, por ende, las demás normas que integran el sistema emanan de ella. La legitimidad de las normas dictadas por el poder constituido depende justamente de que se cumpla esta relación de subordinación.
- b) Esta misma relación de subordinación implica que las normas inferiores deben respetar el contenido de la ley fundamental para ser consideradas válidas, es decir, “deben estar enlazadas con una cadena ininterrumpida de normas válidas superiores (...) hasta llegar a la constitución” (2002, pág. 40). Esta validez debe pasar por un doble filtro: formal y material. La norma tendrá validez formal cuando haya cumplido con el procedimiento establecido por la Constitución para su dictado. En cambio, la norma será materialmente válida cuando su contenido no contradiga ninguno de los contenidos sostenidos por la carta magna o alguna ley superior (Ekmekdjian, 2002).

En este mismo sentido, Bidart Campos afirma que cuando la relación de coherencia entre una norma inferior y la Constitución se rompe, “hay un *vicio o defecto*, que llamamos ‘inconstitucionalidad’ o ‘anti-constitucionalidad’” (2003, pág. 334), y es, justamente, esta posibilidad de incoherencia normativa lo que da nacimiento y determina la necesidad de un control de constitucionalidad. En palabras de Sagües, “poco vale el principio de supremacía constitucional si no se planifica un aparato de control de esa supremacía” (2012, pág. 83).

Respecto al control constitucional, Ekmekdjian lo define como “un mecanismo procesal para controlar la validez constitucional de las normas y actos inferiores a la Constitución misma” (2002, pág. 42), y lo clasifica conforme a los siguientes aspectos:

- a) según el órgano que lo ejerce, puede ser político (cuyo origen proviene de Francia, a través del Parlamento) o judicial (como el sistema argentino, cuyo origen deriva del sistema estadounidense²). Este último, a su vez, puede ser concentrado o difuso, dependiendo de si el control es ejercido por un único órgano con competencia exclusiva en materia constitucional, o si tal competencia es otorgada a todos los jueces que conforman el Poder Judicial.
- b) Según el procedimiento, puede ser ejercido por vía de acción o de excepción.
- c) Según los efectos que produce el control, el sistema puede ser *erga omnes* (determina la invalidez de la norma o el acto con efectos generales) o *inter partes* (la norma o el acto son considerados inválidos solamente para el caso en particular).

1.1.3. Control del poder constituyente

Ya hemos explicado que el titular del poder constituyente, tanto originario como derivado, es el pueblo o nación. Ahora la cuestión que debemos analizar es cuáles son los límites (si los hay) a dicha potestad, y, en tal caso, cómo puede ejercerse dicho control.

En primer orden, debemos diferenciar entre control del poder constituyente originario y control sobre el poder constituyente derivado. Sobre el primero, Sieyès (1789/1988) considera que es inicial, autónomo e ilimitado. Es decir, a la hora de establecer el contenido constitucional, se tiene una libertad absoluta que no encuentra otra limitación que el respeto a la voluntad de la mayoría –postura democrática–, o que

² Un análisis más pormenorizado de este sistema recurriría al estudio del famoso caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “Marbury vs Madison”, resuelto en 1803. Este fallo abrió las puertas al control constitucional jurisdiccional y fue posteriormente imitado y asimilado por la mayoría de los países latinoamericanos.

prescinde incluso de tal cuestión, cuando es impuesta por un gobierno o grupo de facto –postura autocrática–. Para esta posición, no cabría hablar de derecho natural o derechos humanos básicos, ni de derecho internacional que pueda limitar el poder constituyente fundacional³.

Desde otra perspectiva, autores más contemporáneos como Linares Quintana (1978), Bidart Campos (2003), Ekmekdjian (2002) y Sagües (2012) consideran que sí existen límites a la conformación de una Constitución. Este último los clasifica en fácticos, normativos y axiológicos. Los topes fácticos son aquellos establecidos por las circunstancias políticas, económicas y sociales y sus respectivos actores, al momento de la creación constitucional (Sagües, 2012). Si reflexionamos una vez más sobre el constitucionalismo clásico y las razones por las cuales aseguró determinados derechos individuales, encontraremos justamente una muestra de ello en este tipo de límites.

Los topes normativos pueden operar también como condicionantes, en especial en lo referido al Derecho internacional. Como ejemplo, la Convención de Viena establece en su art. 27 que el Estado no puede desentenderse de sus compromisos internacionales –salvo determinadas excepciones⁴– en base a su legislación interna (Sagües, 2012). Si pensamos en el poder constituyente originario no solo como fundacional, sino también en la posibilidad del ejercicio de ese poder a través de una revolución, cabe preguntarse si tal refundación se vería obligada o no a respetar ese marco jurídico internacional.

Por último, Sagües nos habla de topes axiológicos basados en “principios jurídico-políticos que limitan la potestad de un poder constituyente originario (...) plasmados muchas veces en reglas y postulados de derecho natural, ‘previos y superiores a cualquier constitución positiva’, como los de dignidad del hombre, respeto a la vida, promoción de los más necesitados, entre otros” (2012, pág. 56). La justificación de la existencia de estos valores o principios universales preexistentes fue desarrollada originalmente por la corriente del iusnaturalismo clásico, y continuada posteriormente por el cristianismo y el iusnaturalismo moderno.

En lo que respecta al poder constituyente derivado, además de los límites ya mencionados, podemos agregar aquellos que son establecidos por la propia Constitución

³ Sieyès afirma en su obra *¿Qué es el Estado llano?*, que el poder constituyente todo lo puede y que no está de antemano bajo la sumisión de ninguna Constitución. De allí que, para ejercer su función debe estar libre de toda forma y control (1798/1988). Sin embargo, incluso en este autor, los derechos individuales representan una limitación y se imponen al propio poder constituyente.

⁴ Según los principios del Derecho internacional, el Estado debería previamente haber ratificado dicha Convención para que le sea aplicable.

de un Estado. Pueden estar referidos al contenido, cuando delimitan cláusulas pétreas o irreformables –que *a priori* no podrían ser alteradas o suprimidas– como así cuando establecen ciertos principios inderogables y que cualquier tipo de reforma debe respetar (por ejemplo, los principios republicanos o democráticos). Asimismo, las constituciones pueden determinar el procedimiento o la forma por la cual deben llevarse adelante las enmiendas constitucionales, inclusive autorizando al poder constituyente derivado o al poder preconstituyente (aquel que convoca al poder constituyente) a establecer tales reglas de procedimiento (Sagües, 2012).

Ahora bien, si consideramos que el poder constituyente derivado tiene límites de contenido y/o de forma, y que esos límites se controlan analizando la constitucionalidad de las reformas y su proceso, la pregunta que a continuación deberemos contestar es quién puede y quién debe controlar. La respuesta dependerá del ordenamiento jurídico que analicemos.

¿Quién puede controlar formalmente al poder constituyente? Algunas constituciones establecen específicamente cuál es el órgano encargado –e. g. Colombia, mientras que otras –e. g. Argentina– nada dicen sobre esta facultad. Podemos afirmar que hay dos sistemas mayoritarios: el político y el judicial.

El control político normalmente es llevado a cabo por el mismo poder constituyente, a través de una nueva reforma que anula o modifica la anterior, o a través de la herramienta de referéndum o consulta popular. Además, también puede ser ejercido por el poder constituido, a través del Parlamento (de modo directo o a través de su función preconstituyente), del Poder Ejecutivo (a través del Presidente o Monarca) o de algún otro órgano especial (asambleas populares, órganos revisores *ad hoc*, órganos de naturaleza mixta, entre otros).

Por su parte, el control judicial es aquel llevado adelante por el Poder Judicial en su misión de intérprete máximo de la Constitución. Quienes consideran que el control del poder constituyente derivado es una cuestión justiciable afirman que los jueces tienen –del mismo modo que cuando ejercen el control de la constitucionalidad de leyes, decretos o actos– la potestad y el deber de establecer si los procesos de reforma constitucional y sus enmiendas no resultan contradictorios con lo establecido por la ley suprema. Como ya vimos, este control puede ser realizado por cualquier juez que forma parte del Poder Judicial, sin importar su jerarquía ni competencia material o territorial, o por algún órgano específico, el cual normalmente se condice con la Corte Suprema de un Estado, o con una Corte Constitucional.

En resumen, encontramos ordenamientos jurídicos que habilitan el control de los procesos de reforma o creación constitucional –y especifican o no quién debe realizarlo–; ordenamientos que lo prohíben expresamente, y otros que no contienen previsiones de ningún tipo. A su vez, este control puede ser realizado por el órgano o mecanismo de control de constitucionalidad adoptado por el país, o por un órgano o mecanismo específico que establezca un procedimiento especial. En el capítulo 4, abordaremos en profundidad las distintas experiencias desde el derecho comparado.

1.2. La supremacía y el control de constitucionalidad en Argentina

La supremacía constitucional en Argentina se encuentra determinada explícitamente en el artículo 31 de la Constitución Nacional, el cual dice que “esta constitución, las leyes que en su consecuencia el Congreso dicte y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la nación”. Asimismo, este artículo se ve complementado tras la reforma constitucional de 1994, por el art. 75 inc. 22, que establece que determinados tratados de Derechos Humanos⁵, en las condiciones de su vigencia, gozarán de jerarquía constitucional, sin derogar artículo alguno de la primera parte de la CNA. Por ende, debe entenderse a estos instrumentos como complementarios a los derechos y garantías establecidos por la carta magna. La misma cláusula agrega a su vez que “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”⁶.

Por otra parte, nuestro país adopta un sistema de control constitucional que, según la clasificación brindada por Sagües (2012), es judicial, difuso, amplio y con efecto decisorio *inter partes*. Es decir, judicial debido a que el control es llevado a cabo por jueces que forman parte del Poder Judicial; difuso, ya que no es necesario que

⁵ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶ Los tratados incorporados a la fecha por tal procedimiento son: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

dichos magistrados posean una competencia especializada; amplio, ya que a tal control puede acceder quien tenga un derecho subjetivo o al menos un interés legítimo vulnerado; y finalmente, con efecto decisorio *inter partes*, ya que en lo que respecta a la inconstitucionalidad de la normativa declarada en la sentencia, solo afectará al *caso concreto*, sin ser derogada o abolida (Sagües, 2012)⁷. Tras el fallo de la CSJN en “Mill de Pereyra”⁸, en el año 2001, también podemos agregar como carácter a la posibilidad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de *oficio*, sin ser necesario el expreso pedido de parte.

Si bien la sentencia del fallo de la CSJN “Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros” ha puesto en duda el sistema de control de convencionalidad, podemos decir que en nuestro país los jueces están obligados a velar por el cumplimiento efectivo de los tratados e instrumentos internacionales, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). A su vez, es importante destacar que atento a la ratificación del Estado Argentino del Pacto de San José de Costa Rica, la CIDH, frente a un caso concreto (materialmente competente) en tal instancia, puede ejercer su jurisdicción y revisar sentencias emitidas por tribunales argentinos⁹.

1.3. Introducción al control del poder constituyente en Argentina

La CNA no especifica si es posible (y/o válido) un control del proceso de reforma constitucional y de su contenido. No hay un órgano designado a tal efecto, ni un procedimiento a seguir en caso de que se produzca alguna irregularidad ya sea material o formal. Por ello, ha sido la costumbre constitucional, acompañada de la jurisprudencia constitucional y la doctrina especializada, la que ha determinado la evolución del sistema de control del poder constituyente en Argentina.

A continuación, analizaremos brevemente la historia de las reformas constitucionales de nuestro país, para luego desarrollar el sistema y la regulación normativa del poder constituyente derivado. En los capítulos 2 y 3 la evolución de la jurisprudencia argentina y la respuesta de la doctrina en materia de control de reforma constitucional.

⁷ La CSJN ha dictado sentencias exhortativas, como en el caso “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, Fallos: 328:1146 (2005), en el que encomienda al Poder Legislativo a modificar o derogar una norma, o al Poder Ejecutivo, para que cese en la violación de Derechos Humanos fundamentales. Por otra parte, la mayoría de las constituciones provinciales otorgan efecto *erga omnes* a los decisorios de las acciones directas de inconstitucionalidad.

⁸ CSJN, “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa”, Fallos 324:3219 (2001).

⁹ Esta cuestión puede ampliarse en el trabajo de Juan Carlos Hitters (2009).

1.3.1. La reforma constitucional en Argentina

Siguiendo a Ekmekdjian (2002), podemos decir que la CNA fue enmendada efectivamente en los años 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994, más allá de los vicios que puedan haber invalidado algunas de esas reformas. No obstante, la lista se amplía considerablemente si consideramos las suspensiones y sustituciones constitucionales de los gobiernos de facto.

A continuación, ofrecemos un análisis sintético de cada una de las reformas y suspensiones de la CNA. Para ello, nos basamos en el *Manual de Derecho Constitucional* de Sagües (2012) y en el *Manual de la Constitución Argentina* de Ekmekdjian (2002).

Reforma de 1860

Como consecuencia de la victoria de las tropas nacionales en la batalla de Cepeda y de la posterior firma del Pacto de San José de Flores, la Constitución “de la Confederación Argentina” pasó a denominarse “de la Nación Argentina”. Pero más allá de esta simple modificación y de la incorporación de Buenos Aires al territorio nacional, supuso numerosas enmiendas a nuestra carta magna (Sagües, 2012).

Entre ellas, se incorporó el art. 33 de “derechos no enumerados”, se sentó la jurisdicción provincial para la aplicación de los códigos de fondo, se fijó que la Capital Federal se determinaría a criterio de una ley especial del Congreso de la Nación, y se determinaron las causales de intervención a las provincias. Ekmekdjian (2002) señala que esta reforma no respetó el plazo de inmutabilidad de 10 años que se había establecido con la sanción de la Constitución de 1853. Sin embargo, nunca fue impugnada y las modificaciones adquirieron validez.

Reforma de 1866

En un contexto político-económico de pleno crecimiento, enmarcado en los principios de orden y progreso, en la segunda mitad del siglo XIX el Estado nacional argentino comenzaba a organizar el tesoro nacional y sus fuentes de financiamiento. La reforma de 1866 autorizó a la Nación a cobrar derechos de exportación por tiempo ilimitado, lo cual en pleno auge de la exportación agropecuaria supuso la herramienta

para financiar la infraestructura básica del Estado (escuelas, transporte, hospitales, fuerzas de seguridad, entre otros).

Reforma de 1898

En 1898, se modificó la cantidad de ministerios del Poder Ejecutivo y la cifra para el cálculo de diputados nacionales por cantidad de habitantes. La doctrina (Sagües, 2012; Ekmekdjian, 2002) considera que esta fue la única reforma que no sufrió objeciones.

Suspensión constitucional de 1930

El golpe militar encabezado por Uriburu declaró disuelto el Congreso Nacional y se intervinieron varias provincias. Si bien la CNA fue jurada por el gobierno de facto, la competencia legislativa fue asumida por el Poder Ejecutivo, hasta el año 1932. Tal situación, en desmedro del respeto a los principios democráticos, fue convalidada por la CSJN a través de la Acordada del 10 de septiembre de 1930¹⁰, y también avaló los diez años siguientes (la denominada “década infame”) de continuos fraudes y proscripciones electorales.

Suspensión constitucional de 1943

Tras el golpe al gobierno de Castillo, el presidente del gobierno provisional Ramírez disolvió nuevamente el Congreso, y asumió las facultades legislativas, hasta el año 1946. Explica Sagües (2012) que la CSJN se opuso en varios fallos al ejercicio indiscriminado de tales facultades, en tanto no fuera “indispensable para el funcionamiento del Estado y para cumplir con los fines declarados por el movimiento militar”.

Reforma o sustitución constitucional de 1949

La doctrina discute si la modificación constitucional encabezada en 1949 por el gobierno de Juan Domingo Perón se trató de una reforma o de una sustitución. Compartimos con Sagües (2012) que se diagramó una nueva Constitución, la cual se

¹⁰ En su texto aclaraba “que esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho, que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razón de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no sería posible a éstos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones”.

inspiró en el principio de la justicia social. Representó en la historia del constitucionalismo la consagración de los derechos sociales, culturales y económicos, que se sumaron a los ya reconocidos políticos y civiles. Si bien se modificó completamente el orden constitucional, podemos mencionar entre las enmiendas, la incorporación de los derechos del trabajador y de la seguridad social (familia y ancianidad), del derecho a la educación y a la cultura, a la prestación por parte del Estado de servicios públicos, entre otros.

Asimismo, se modificó la función de la propiedad privada al establecer la utilidad social y no solamente individual de esta, y se determinó la propiedad estatal de los recursos naturales energéticos y de su explotación. A la par, se agregó la elección directa del Presidente de la Nación y de los senadores y se determinó la reelección indefinida del Poder Ejecutivo. A nivel judicial, se creó el *jury* de enjuiciamiento para magistrados inferiores a la CSJN, y se determinó la función de casación de esta última en materia de derecho de fondo, lo cual sentó las bases del recurso extraordinario.

Criticada y alabada por igual, esta reforma dividió al país entre quienes la consideraron una herramienta para alcanzar la justicia social y quienes vieron en ella un instrumento de centralización del poder en el Presidente de la Nación. A nivel procedimental, fue fuertemente cuestionada porque en la votación de la necesidad de reforma se computaron solo dos tercios de los miembros presentes –y no totales– del Congreso y porque la ley que declaró la necesidad de la reforma no determinó el contenido a enmendar¹¹. También fue cuestionada por la ausencia de representantes de algunas provincias del país, y del voto femenino en la elección de convencionales, a pesar de que se encontraba ya promulgada la Ley 13.010 del año 1947. Todas estas objeciones fueron discutidas y rechazadas en el seno mismo de la Convención.

Suspensión, anulación y restauración constitucional de 1955

El golpe militar del año 1955 disolvió, una vez más, el Congreso Nacional y suspendió la aplicación casi total de la Constitución de 1949. La denominada “revolución libertadora”, por primera vez en la historia institucional argentina, depuso a los miembros de la CSJN. En ejercicio de “poderes revolucionarios”, la Proclama del 27

¹¹ La Ley 13.233 que declaró la necesidad de reforma solo determinó textualmente en su art. 1: “Declarase necesaria la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación”. José I. López (2012) ofrece un análisis respecto de la legalidad y legitimidad de esta reforma que puede consultarse para un estudio más exhaustivo.

de abril de 1956 reinstauró la vigencia de la Constitución Nacional sancionada en 1853, con las reformas realizadas hasta el año 1898, siempre y cuando no se opusiera “a los fines de la Revolución”.

Reforma (in)constitucional de 1957

A través del Decreto N° 3838 del año 1957, el gobierno de facto declaró la necesidad de reforma constitucional. La Convención Constituyente, reunida en Santa Fe, dejó definitivamente sin efecto la Constitución de 1949, reinstauró formalmente la vigencia de la Constitución de 1853 e incorporó el actual art. 14 bis. A través de este último, se mantuvieron algunos de los derechos sociales incorporados en la Constitución de 1949. Tras la renuncia de numerosos representantes, la Convención fue disuelta por falta de *quorum*, y, así, su trabajo quedó inconcluso. A esta reforma se le cuestiona no haber sido habilitada por el Congreso de la Nación, tal como lo establece el art. 30 de la CNA¹². Asimismo, se le objeta el hecho de que la Convención se limitó a convalidar la denominada Proclama del 27 de abril de 1956, lo cual da la impresión de que el proceso fue una mera formalidad para otorgar legitimidad al gobierno militar. La proscripción del peronismo impidió la participación de este partido en la elección de convencionales, por lo cual se impuso como primera mayoría el voto en blanco. Si bien en su momento la reforma no fue cuestionada judicialmente, al igual que en 1949, se plantearon numerosas impugnaciones que fueron resueltas por la Convención Constituyente.

Suspensión constitucional de 1966

La denominada “Revolución Argentina”, que depuso al presidente constitucional Arturo Umberto Illia en 1966, modificó la pirámide jurídica del sistema normativo argentino. A través del Acta de la Revolución Argentina, disolvió al Congreso, destituyó a los miembros de la CSJN, y declaró la aplicación subsidiaria de la CNA, en tanto no se opusiera al “Estatuto de la Revolución Argentina”, a los “objetivos políticos de la Revolución Argentina” y al “mensaje de la Junta Revolucionaria al pueblo argentino”. Podríamos decir que, tras arrogarse el poder constituyente, las fuerzas armadas autoconvalidaron la creación de una Constitución semiescrita, dispersa e inorgánica, en palabras de Sagües (2012).

¹² Para profundizar el estudio de esta reforma puede consultarse el trabajo de A. Loianno (2015).

Reforma (in)constitucional de 1972

El 24 de agosto de 1972 la Junta de Comandantes en Jefe “en ejercicio del Poder Constituyente” sancionó el Estatuto Fundamental, de carácter transitorio, el cual reformó numerosos artículos de la parte orgánica de la CNA. Entre las modificaciones, se unificaron los plazos de mandatos de diputados, senadores y Presidente de la nación a cuatro años, habilitando la reelección de este último. Nuevamente, el gobierno de facto, sin legitimidad alguna, asumió el poder constituyente e impuso una serie de modificaciones que prácticamente no fueron aplicadas, hasta su eliminación de hecho, tras el golpe de 1976.

Suspensión constitucional de 1976

El 24 de marzo de 1976 dio inicio a la página más oscura de la historia argentina. La proclama de la Junta Militar, autodenominada “Proceso de Reorganización Nacional”, encabezada por Jorge Rafael Videla, destituyó a las autoridades máximas de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y dictó un nuevo estatuto, que estableció como órgano máximo a la Junta Militar. Si bien el Poder Judicial se mantuvo formalmente vigente, la presión del gobierno militar hacia los magistrados y demás funcionarios, sumada a la colaboración de muchos de ellos, hizo prácticamente imposible el cuestionamiento jurídico de los abusos y violaciones a los Derechos Humanos que se cometieron hasta el retorno de la democracia.

Restauración constitucional (democrática) de 1983

El 10 de diciembre de 1983, tras el retorno a la democracia y sin declaración expresa, recuperó plena vigencia la CNA de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898. Sagües (2012) afirma que este hecho se explica porque en nuestro país parece haberse configurado una costumbre constitucional por la cual si un gobierno de facto, en ejercicio del poder constituyente, dicta una normativa que impide la aplicación de la CNA, esta queda suspendida (y no derogada) hasta la finalización de su gestión.

Desde aquí sostenemos que esta visión, en parte, ha sido utilizada para convalidar y otorgar una especie de estructura jurídica a la inconstitucionalidad de lo normado durante los golpes militares. Que haya sucedido y que en muchos casos la justicia lo haya avalado no impide que repudiemos la ilegitimidad con la que se

reemplazó la voluntad del pueblo por la voluntad de las fuerzas armadas. Si bien nadie cuestiona la restauración de la CNA, y la alegría que significó en su momento la vuelta de la democracia en nuestro país, cabe pensar, o al menos dejar planteado, por qué no se consideró la reposición de la última constitución democrática, del año 1949. En nuestra opinión, el contexto político y la prioridad de dar una vuelta de página a la historia argentina evitaron este debate. Esto no significa creer que la opción elegida haya sido la más válida en sentido jurídico, sino, probablemente, la más eficiente y práctica en términos institucionales.

Reforma constitucional de 1994

El 14 de noviembre de 1993, impulsado por el gobierno del presidente Carlos Saúl Menem y el presidente de la Unión Cívica Radical (UCR), Raúl R. Alfonsín, se suscribió el Pacto de Olivos, acuerdo que sentó las bases del llamamiento para reformar la CNA. Un mes después, ambos políticos firmaron los Acuerdos para la Reforma de la Constitución Nacional, que establecieron un Núcleo de Coincidencias Básicas comprensivo de las disposiciones a modificar y del sentido que tendrían esas reformas. A los pocos días, la Ley N° 24.309 estableció la necesidad de reforma de la CNA y replicó, en gran parte, lo dispuesto por los acuerdos políticos. Sin embargo, el art. 3 de la ley dejó abierta la discusión de otras enmiendas.

Como explica Ekmekdjian (2002), la reforma de 1994 incorporó más de veinte artículos y enmendó o sustituyó más de treinta. En la parte primera de la CNA, se incorporaron los denominados derechos de “tercera generación”, referidos a los derechos de incidencia colectiva (tutela del medio ambiente, derechos del consumidor, entre otros). Al mismo tiempo, se ampliaron los derechos políticos, al incorporarse, entre otros, la consulta e iniciativa popular y el derecho a la resistencia a los gobiernos de facto. A su vez, la constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos, a través del art. 75 inciso 22, incorporó innumerables derechos y garantías –que en algunos casos ya estaban explícitamente contenidos en el texto constitucional anterior, o implícitos en el art. 33 de derechos no enumerados– y eliminó toda duda sobre su jerarquía constitucional.

La doctrina destaca también la regulación constitucional de la acción de amparo, que si bien se encontraba reconocida por la jurisprudencia¹³ y regulada por una ley nacional amplió su aplicación a los derechos de incidencia colectiva.

A nivel orgánico, mediante la reforma de la CNA se creó la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, en un intento –fallido, desde nuestro punto de vista– de limitar el poder del Presidente de la Nación; se constitucionalizó la figura del Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación; se determinó la elección popular y directa de los senadores; se garantizó la autonomía municipal, y se creó un estatus especial para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A su vez, se eliminó la competencia de la CSJN de administración y aplicación de sanciones disciplinarias a sus miembros, poder que se le transmitió al Consejo de la Magistratura.

El procedimiento de reforma fue duramente cuestionado por la doctrina, en particular, por haber dispuesto la Ley N° 24.309 la obligatoriedad a los convencionales de votar en bloque el Núcleo de Coincidencias Básicas. Ekmekdjian (2002) señala que también se introdujeron enmiendas que no habían sido votadas expresamente por los convencionales y que se omitió incorporar el art. 68 bis, que efectivamente había sido aprobado. Sobre este último error, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 24.430, con la cual se corrigieron errores de palabras y signos de puntuación y se incorporó el olvidado artículo como segunda parte del art. 77. Coincidimos con Sagües (2012) cuando señala la peligrosidad para la seguridad jurídica –más allá de las buenas intenciones del Poder Legislativo– de habilitar a un órgano que no ejerce el poder constituyente a realizar modificaciones constitucionales por más pequeñas que sean.

Para finalizar, dejamos planteados los siguientes interrogantes: ¿es válido que el poder preconstituyente determine el contenido a reformar en la ley de necesidad de reforma? En tal caso, ¿qué sucede si los convencionales deciden enmendar un punto no incluido en la ley? Estas cuestiones serán estudiadas en profundidad en el próximo capítulo. Como adelanto del análisis jurisprudencial que desarrollaremos, podemos decir que la modificación del art. 99 inciso 4 de la CNA, sobre la potestad del Poder Ejecutivo de ratificar o no a los magistrados que hayan cumplido los 75 años, fue el origen del primer control judicial efectivo de una reforma constitucional, a través del fallo “Fayt”.

¹³ CSJN, “Siri, Angel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Fallos 239:459 (1957) y CSJN, “Kot, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares”, Fallos 241:291 (1958).

A continuación, proponemos el siguiente cuadro en el que se sintetizan brevemente cada una de las reformas o suspensiones constitucionales analizadas anteriormente.

Cuadro 1. Reformas y suspensiones en la historia de la Constitución Nacional Argentina

CARACTERÍSTICAS						
AÑO	Tipo de gobierno	Poder Ejecutivo	Tipo	Modificaciones constitucionales	Objeciones de inconstitucionalidad	Impugnaciones formales
1860	Democrático sin sufragio universal	Santiago Derqui	Reforma parcial	Cambio de la denominación del Estado Argentino. Art. 33 de derechos no enumerados. Jurisdicción provincial para aplicación de códigos de fondo. Causales de intervención de las provincias. Fijación de Capital Federal a criterio de Ley Especial.	Temporal. No respetar el plazo de inmutabilidad de 10 años establecido por la CNA de 1853.	No
1866	Democrático sin sufragio universal	Bartolomé Mitre	Reforma parcial	Establecimiento definitivo de la competencia federal para el cobro de tributos relacionados a los derechos de exportación.	No	No
1898	Democrático sin sufragio universal	José Evaristo Uriburu	Reforma parcial	Cantidad de ministerios que conforman el Poder Ejecutivo. Cantidad de diputados nacionales por cada provincia.	No	No
1930	De facto	José Félix Uriburu	Suspensión	Se disolvió el Congreso y se facultó al Poder Ejecutivo de facto a asumir funciones legislativas. Se intervinieron numerosas provincias e instituciones.	Ilegitimidad absoluta. El golpe militar incumplió acabadamente con las disposiciones constitucionales que determinaban quiénes eran y cómo se elegían las autoridades de cada poder. Asimismo, ejerció de manera ilegítima la función constituyente.	No. Sin pedido alguno, la CSJN avaló por Acordada el accionar del gobierno de facto.
1943	De facto	Pedro Pablo Ramírez	Suspensión	Ídem a la suspensión de 1930.	Ídem a la suspensión de 1930.	No. La CSJN se opuso en algunos fallos al ejercicio ilimitado de poderes por el gobierno de facto.
1949	Democrático con sufragio universal	Juan Domingo Perón	Reforma total	Sustitución de la Constitución de 1853. Incorporación de derechos sociales, económicos y culturales. Utilidad social de la propiedad privada. Elección directa y reelección indefinida del Presidente. Jury de enjuiciamiento para magistrados inferiores.	Mayorías. Se planteó la inconstitucionalidad del proceso al haber sido aprobada la convocatoria por una mayoría de dos tercios de los miembros presentes. Contenido. También se objetó la legalidad de la ley que declaraba la necesidad de reforma por su vaguedad a la hora de establecer la materia a ser enmendada.	Sí. La impugnación fue realizada en el seno de la Convención Constituyente y fue rechazada por el mismo órgano.
1955	De facto	Eduardo Lonardi	Suspensión	Además de la disolución del Congreso, por primera vez en la historia institucional argentina se depusieron a los miembros de la CSJN. En 1956, se reinstauró de facto la Constitución de 1853, siempre que no se opusiera “a los fines de la revolución”. Se proscribió al peronismo de toda participación en la vida cívica.	Ídem a la suspensión de 1930.	No
1957	De facto	Pedro Eugenio Aramburu	Reforma parcial	Reinstauró formalmente la Constitución de 1853 e incorporó el actual art. 14 bis. Se disolvió por falta de <i>quorum</i> .	Ilegitimidad del órgano preconstituyente. Se objetó la inconstitucionalidad de que la necesidad de reforma fuera declarada por el	Sí. Durante la misma Asamblea, se trataron las impugnaciones planteadas por varios convencionales. En 1963, se presentó una

					Poder Ejecutivo de facto, y no por el Congreso de la Nación. Asimismo, se prohibió la participación del peronismo en las elecciones de convencionales, una de las fuerzas mayoritarias en ese entonces.	impugnación judicial que fue rechazada por cuestiones formales en el fallo "Soria de Guerrero".
1966	De facto	Juan Carlos Onganía	Suspensión	Se modificó la pirámide jurídica argentina. A través del Acta de la Revolución Argentina, la Junta disolvió al Congreso, destituyó a los miembros de la CSJN, y declaró la aplicación subsidiaria de la CNA, en tanto no se opusiera al "Estatuto de la Revolución Argentina", a los "objetivos políticos de la Revolución Argentina" y al "mensaje de la Junta Revolucionaria al pueblo argentino".	Ídem a la suspensión de 1930. Podemos agregar que se convalidó la creación de una Constitución semiescrita, dispersa e inorgánica, en palabras de Sagües (2012), por parte de las fuerzas armadas, tras arrojarse el poder constituyente.	No
1972	De facto	Alejandro Agustín Lanusse	Reforma parcial	La Junta Militar, "en ejercicio del poder constituyente", unificó los plazos de mandatos de diputados, senadores y Presidente de la Nación a cuatro años, habilitando la reelección de este último. Esta reforma no fue aplicada y fue derogada por la Junta Militar en 1976.	Ídem a la suspensión de 1930.	No
1976	De facto	Jorge Rafael Videla	Suspensión	El "Proceso de Reorganización Nacional" destituyó a las autoridades máximas de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y dictó un nuevo estatuto, que estableció como órgano máximo a la Junta Militar.	Ídem a la suspensión de 1930.	No
1983	Democrático con sufragio universal	Raúl Ricardo Alfonsín	Restauración	Se reinstauró la Constitución Nacional de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898.	Se ha objetado que no se haya restaurado la Constitución de 1949, al ser la última norma fundamental dictada en democracia.	No
1994	Democrático con sufragio universal	Carlos Saúl Menem	Reforma parcial	Se agregaron más de veinte artículos al texto constitucional y se enmendaron más de treinta. Se destaca la incorporación de los derechos de tercera generación; la ampliación de los derechos políticos; la <i>constitucionalización</i> de los Tratados de Derechos Humanos; la regulación constitucional de la Acción de Amparo y Habeas Data; la creación de la figura del Jefe de Gabinete, el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación; la elección popular y directa de los senadores y el Presidente de la República; la garantía de la autonomía municipal; la creación del Consejo de la Magistratura, entre otras cuestiones.	Se ha objetado la constitucionalidad de la Ley N° 24.309, por haber establecido la obligatoriedad a los convencionales de votar en bloque el Núcleo de Coincidencias Básicas. También se ha reprochado la inconstitucionalidad de algunas enmiendas por haberse sobreexcedido en su competencia la Convención Constituyente (en particular, el art. 99 inciso 4).	Sí. Se presentaron impugnaciones judiciales en los autos "Polino" y "Romero Feris", las cuales fueron rechazadas por cuestiones formales. Finalmente, en 1999, el fallo "Fayt" admitió por primera vez el control de constitucionalidad de una reforma constitucional y declaró la nulidad del art. 99 inciso 4.

Fuente: elaboración propia

1.3.2. Sistema y regulación normativa de la reforma constitucional en Argentina

El art. 30 de la CNA regula el instituto de reforma constitucional y determina que esta puede ser modificada en el todo o en cualquiera de sus partes. Para ello, prevé un sistema rígido a través de un órgano especial denominado Convención Constituyente. Previo a la conformación de esta Convención, es necesario que el Poder Legislativo ejerza lo que la doctrina –entre ellos, Sánchez Viamonte (1957)– ha denominado el *poder preconstituyente*, que consiste en la declaración de la necesidad de reforma con el voto de dos terceras partes, al menos, de los miembros del Congreso.

Compartimos con Ekmekdjian (2002) la afirmación de que la redacción actual del art. 30 da lugar a múltiples lagunas normativas y, por ello, la jurisprudencia y la costumbre constitucional se han visto obligadas a demarcar el camino en muchas de las reformas constitucionales de nuestra Nación.

En primer orden, la CNA no aclara a través de qué proceso debe el Congreso sancionar la necesidad de reforma. La costumbre constitucional ha determinado que se siga el trámite de una ley, con el voto por separado en cada una de las cámaras (que cumpla, claro está, con el requisito de las dos terceras partes de los votos). Ahora bien, Bidart Campos (2000) sostiene que si bien se siguen las formas, el resultado no es en sí una ley sino una declaración política. Para él, esta diferenciación es fundamental, ya que según el proceso de sanción de leyes en Argentina, el Poder Ejecutivo puede ejercer en determinadas circunstancias el poder de veto, y justamente esto no es posible en la declaración de la necesidad de reforma, al quedar enmarcada exclusivamente en la esfera del Poder Legislativo.

Asimismo, otro debate que ha surgido en la historia de las reformas constitucionales en Argentina se refiere a la posibilidad (o no) de determinar por parte del Poder Legislativo los artículos a ser reformados, y si tal cuestión es vinculante para la Convención Constituyente. Mucho ha debatido la doctrina especializada al respecto, y tal como analizaremos en profundidad en los capítulos 2 y 3, no hay a la fecha una resolución pacífica.

Respecto al ejercicio en sí del poder constituyente derivado, tampoco queda claro cómo debe conformarse la Convención Constituyente, para lo cual nuevamente ha sido la costumbre jurídica la que ha adoptado como regla un sistema representativo similar al utilizado para la elección de los diputados nacionales (sistema de d'Hondt). Tampoco indica nuestra carta magna cuál es la mayoría que debe obtener la votación en la Convención para que quede aprobada la reforma, para lo cual ha sido normalmente

este mismo órgano el que, en virtud de su poder reglamentario, ha ido determinando esta y otras reglas, como las referidas a cuestiones disciplinarias, de lugar y plazo del proceso de reforma. También es cierto que, en muchas otras ocasiones, ha sido el Poder Legislativo quien a través de la declaración de necesidad de reforma misma ha determinado estos aspectos, frente a lo cual también la doctrina discute sobre la validez o no del poder constituido para establecerlos.

Finalmente, si bien ya mencionamos que la CNA determina que para la declaración de reforma es necesario el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso, no especifica si se hace referencia a miembros presentes o conformantes de cada cámara. Un análisis de la historia constitucional argentina nos permite observar que los gobiernos de turno que propulsaron las distintas reformas aprovecharon esta laguna e hicieron prevalecer el criterio de miembros presentes. Bidart Campos (2000) sostiene que la Constitución cuando quiere referirse a miembros presentes, específicamente lo detalla, por lo cual, en el caso tratado, debe cumplirse el requisito de las dos terceras partes de los miembros totales. En los próximos capítulos, continuaremos el análisis del control de reforma constitucional en Argentina, a través de la evolución de la jurisprudencia nacional y las críticas que ha ido aportando la doctrina.

1.4. Conclusiones parciales

Consideramos que en este capítulo hemos cumplido acabadamente con el objetivo específico de analizar el sistema de control de constitucionalidad y de reforma constitucional en Argentina. Estos conceptos introductorios resultan fundamentales para poder entender el eje central de este trabajo final: el control del poder constituyente derivado.

Tras este desarrollo, podemos sostener las siguientes ideas preliminares sobre el sistema constitucional argentino y la problemática específica a investigar:

- a) la CNA consagra su supremacía por sobre el resto de las normas en el art. 31, al mismo nivel que los tratados internacionales que han adquirido jerarquía constitucional;
- b) para sostener esa supremacía, se ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad de carácter *judicial, difuso, amplio*, actualmente *de oficio* y con efecto decisorio *inter partes*;
- c) la CNA prevé en su art. 31, un sistema de reforma constitucional *rígido*, instado por un poder preconstituyente, a cargo del Congreso de la Nación, y desarrollado por una Convención o Asamblea Constituyente;

d) existe una estrecha relación entre los límites del poder constituyente y la posibilidad de llevar adelante un control de las reformas constitucionales. Del breve texto del art. 31, no se desprende la existencia de límites materiales a las reformas y surgen múltiples lagunas normativas que han sido resueltas en muchos casos por la costumbre y la jurisprudencia constitucional;

e) estas lagunas han generado intensos debates sobre la constitucionalidad de las distintas reformas que se han llevado adelante en la historia institucional de la CNA;

f) fundamentalmente, se han planteado diferencias sobre las mayorías necesarias para convocar la Asamblea Constituyente (e. g. reforma de 1949); sobre la posibilidad de que este órgano reformador sea convocado por el poder de facto (e. g. reforma de 1957), sobre la competencia del poder preconstituyente para limitar las facultades del poder constituyente (e. g. reforma de 1994); y, por sobre todas ellas, sobre quién puede controlar el proceso de reforma constitucional.

Como veremos en el capítulo siguiente, ha sido el Poder Judicial, a través de la jurisprudencia de la CSJN, el que ha brindado algunas respuestas a las problemáticas nombradas anteriormente en el punto f, en especial, sobre el control del poder constituyente derivado.

Capítulo 2. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En este capítulo nos proponemos analizar la modificación de la jurisprudencia de la CSJN en materia de control de reforma constitucional. Las lagunas normativas que derivan del art. 30 de la CNA habilitan los siguientes interrogantes: ¿Qué sucede si no se respeta el proceso de declaración de reforma constitucional? ¿Es válida la conformación de la Convención si no se eligen democráticamente sus miembros? ¿Puede determinar y limitar la declaración de necesidad de reforma el contenido de la reforma constitucional? ¿Puede establecer el poder preconstituyente un plazo, el lugar y hasta el procedimiento a seguir por los convencionales? En todos los casos, ¿cómo y quién debe resolver estos conflictos normativos?

El debate se encuentra dividido entre aquellos que consideran que el control del poder reformatorio es una cuestión política no justiciable y los que opinan que la Justicia, por ser el intérprete máximo de la Constitución, debe velar por el cumplimiento del procedimiento y/o el control de los contenidos de una reforma. A continuación, abordaremos estas posiciones a través del análisis de los fallos de la CSJN. Para ello, seguiremos un orden cronológico; sobre el final del capítulo 3 daremos cuenta de nuestra posición y nuestras conclusiones.

2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre control de reforma constitucional

Si bien la existencia y funcionamiento de la CSJN fue establecida por la Constitución Nacional Argentina de 1853, el órgano máximo del Poder Judicial recién comenzó a ejercer sus facultades en 1863. La Ley N° 27 estableció su conformación en cinco miembros, número que fue variando a través de los años¹⁴.

La CSJN tiene como función primordial el control de leyes, decretos, actos y hechos que puedan interferir con el principio de supremacía constitucional. Es importante destacar que no interviene en abstracto sino que, para ejercer su jurisdicción, es necesaria la presencia de un caso concreto. La competencia del tribunal puede ser originaria¹⁵, por recurso de apelación¹⁶, por recurso extraordinario¹⁷ o por recurso de revisión¹⁸.

¹⁴ Para el estudio en profundidad de la conformación de la CSJN, puede consultarse su sitio oficial: <http://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/listado-historico-de-ministros>.

¹⁵ Conforme al art. 117 de la CNA.

A continuación, analizaremos cronológicamente distintos fallos de la CSJN que han marcado el rumbo del control jurisdiccional del poder constituyente derivado. Para ello, en primer lugar, realizaremos un breve resumen de los hechos, de la conformación del máximo tribunal y del contexto histórico en el que se dictó la sentencia, para luego resumir y analizar los fundamentos.

Año 1893. Fallo “Cullen v. Llerena”¹⁹

El 28 de septiembre de 1893, la CSJN dejó sentado un precedente que, si bien no está referido directamente a la problemática en estudio, sostuvo la no *judiciabilidad* del control de las reformas constitucionales –más allá de las aclaraciones que hará en “Soria de Guerrero” – por más de 105 años.

El caso llegó al alto tribunal luego de que el apoderado del gobernador provisorio de la provincia de Santa Fe, Joaquín M. Cullen, nombrado por la revolución que derrocó en 1893 al gobierno establecido, inició una demanda contra la persona que lo depuso invocando una ley de intervención federal, a la que calificó de inconstitucional por haber sido sancionada en violación del procedimiento previsto a tal efecto en la CNA.

La CSJN, por el voto mayoritario de los ministros Benjamín Paz, Abel Bazán, Octavio Bunge, Juan E. Torrent y Luis V. Varela –este último en disidencia–, declaró que carecía de jurisdicción para entender en la demanda. A través de una sentencia estructurada al estilo de los fallos norteamericanos, el máximo tribunal basó su decisión en que la intervención federal de las provincias, conforme al procedimiento autorizado por la CNA, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación y, por ende, sus decisiones al respecto no pueden ser controvertidas por el Poder Judicial.

Asimismo, la CSJN agregó que cada uno de los tres poderes que forman el Gobierno nacional aplican e interpretan la Constitución por sí mismos cuando ejercitan las facultades que ella les confiere respectivamente, razón por la cual no le competía examinar –con relación, en el caso, a la pretendida inconstitucionalidad de una ley de

¹⁶ Conforme al art. 116 de la CNA, art. 6 de la Ley N° 4055 y art. 24 inciso 6 del Decreto-ley 1285/58.

¹⁷ Conforme al art. 14 de la Ley N° 48, y la jurisprudencia de la CSJN en la materia.

¹⁸ Conforme a los artículos 2 y 4 de la Ley N° 4055.

¹⁹ CSJN, “Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Doctor Baldomero Llerena s/ inconstitucionalidad de la ley nacional de intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad”, Fallos 53:420 (1893).

intervención federal— la interpretación y aplicación que las cámaras del Congreso habían dado al artículo 61 de la Constitución²⁰.

Finalmente, es importante señalar que el ministro Varela, en su disidencia, aclaró específicamente que si se pretendía invalidar constitucionalmente una ley de intervención federal por no haber sido sancionada con los requisitos constitucionales, la Corte no podía rechazar de plano la demanda con el solo argumento de que se trataba de una cuestión política, pues resolver si tales actos tenían o no el carácter de ley era una atribución eminentemente judicial y no política y, por tanto, correspondía a los tribunales federales.

Año 1963. Fallo “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”²¹

El 20 de septiembre de 1963, un mes antes de la asunción presidencial de Arturo Umberto Illia, la CSJN dictó la sentencia del caso “Soria de Guerrero”. Más de 100 años de ejercicio jurisdiccional de la Corte debieron transcurrir para que se plantee, por primera vez en la historia del tribunal, la competencia del Poder Judicial para decidir sobre la constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente derivado (Ferreyra, 2006).

El Sr. Soria de Guerrero había sido despedido por la empresa Bodegas y Viñedos Pulenta SA, tras su participación en una huelga convocada por la Federación de Obreros y Empleados Vitivinícolas y Afines. En tal orden, el trabajador inició una acción judicial para solicitar que se declare arbitrario su despido, demanda que fue aceptada en primera instancia, y luego confirmada por la Cámara del Trabajo. La demandada planteó un recurso extraordinario que fue rechazado por la Cámara; tras lo cual, presentó un recurso de queja ante la CSJN, basado en la inconstitucionalidad del proceso de reforma que incorporó el art. 14 bis a la CNA.

Conformada por los ministros Pedro Aberastury, José Bidau, Luis M. Boffi Boggero —único voto en disidencia—, Ricardo Colombres, Esteban Imaz, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid y Benjamín Villegas Basavilbaso, la CSJN determinó que no era pertinente su intervención para decidir si “el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional fue sancionado de conformidad con el reglamento interno de la Convención

²⁰ CSJN, Fallos 53:420 (1893), Sumario del Fallo N°2.

²¹ CSJN, “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”, Fallos 256:556 (1963).

Constituyente”²². Para justificar tal decisorio, la Corte se basó en fallos anteriores²³ en los que había determinado que “las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzan como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales”²⁴, atento a la exigencia institucional de preservar la separación de los poderes del Estado.

En tal orden, determinó que si no era una cuestión justiciable el modo en el que el Poder Legislativo cumplía con las prescripciones constitucionales relacionadas al procedimiento de sanción de leyes, menos aún podía establecerse dicho control sobre el poder constituyente y el procedimiento de reforma. Como excepción, dejó planteado que “tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”²⁵, y consideró que en el caso puntual, la pretensión de que se había incumplido con el reglamento interno dictado por la Convención Constituyente de 1957 no se encontraba comprendida en tal excepción. En tal orden, denegó el recurso de queja.

Es importante destacar la disidencia del Dr. Boggero, quien en su fallo manifestó expresamente la competencia del Poder Judicial para intervenir en el fondo de la cuestión. El magistrado expresó que

si por parte legítimamente interesada se niega la existencia válida de un precepto constitucional a mérito de no haberse guardado el procedimiento establecido por la Convención Constituyente, o se sienta como necesaria la convocatoria de una nueva Convención que, al declarar existente la norma, en rigor la crearía en su misión específica, que no es de juzgar sino de constituir; o bien el juzgamiento de la materia correspondería –no en violación, sino a la inversa, en auténtico uso del principio de ‘separación de los poderes’– a la justicia, por haberle la Convención Constituyente, como se dijo, atribuido esa misión a ella y no al Poder Ejecutivo ni al Poder Legislativo²⁶.

En tal orden, consideró que la cuestión examinada era “claramente justiciable” y aceptó tratar el recurso.

²² CSJN, “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”, Fallos 256:556 (1963), consid. 4.

²³ CSJN, “Cullen c/ Llerena”, Fallos 53:420 (1893); CSJN, “Compañía Azucarera Tucumán S.A. c/ Provincia de Tucumán”, Fallos 141:271 (1924); CSJN, “Compañía Azucarera Concepción c/ Provincia de Tucumán”, Fallos 143:131 (1925); CSJN, “Petrus S.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 210:855 (1948).

²⁴ CSJN, “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”, Fallos 256:556 (1963), consid. 1.

²⁵ CSJN, “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”, Fallos 256:556 (1963), consid. 3.

²⁶ CSJN, “Soria de Guerrero, Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”, Fallos 256:556 (1963), juez Boggiano, por su voto, consid. 10.

Año 1990. Fallo “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”²⁷

El 6 de julio de 1990, la CSJN volvió a emitir un nuevo fallo relacionado al control judicial del poder constituyente, en esta oportunidad, relacionado a una reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires. Tras la ampliación a nueve miembros, determinada por la Ley N° 23.774, la CSJN se encontraba integrada por los ministros Carlos Santiago Fayt, Enrique Petracchi, Rodolfo Barra, Julio Nazareno, Augusto César Belluscio, Ricardo Levene, Julio Oyhanarte y Mariano Augusto Cavagna Martínez – quien no votó²⁸.

El caso en análisis llegó a la CSJN a través de un recurso de queja, tras haber sido denegada la demanda deducida ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Un grupo de electores pretendía que se declarara la inconstitucionalidad de la Ley N° 10.859, por la cual se había dispuesto reformar la Constitución provincial y posteriormente convocar a un plebiscito para que el pueblo diera su opinión. Según los actores, no se había respetado el trámite previsto en la ley fundamental de la provincia de Buenos Aires.

Si bien el voto mayoritario de la Corte compartió los argumentos brindados por el máximo tribunal de Buenos Aires para su rechazo –la ausencia de legitimación procesal de los actores–, los ministros Belluscio, Levene y Oyhanarte brindaron sus propios argumentos, al igual que Fayt, quien fue el único que votó en disidencia.

Entre los argumentos de Levene y Oyhanarte, se destacó que “la validez o invalidez del procedimiento de reforma de la Constitución debe ser considerada como una cuestión política que corresponde a los departamentos políticos y se halla sujeta a la autoridad final del Congreso y al ejercicio por este de sus facultades de control de la promulgación de la enmienda aprobada”²⁹. En tal aspecto, se sostuvo lo ya expresado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el fallo “Coleman vs Miller” de 1939.

Para respaldar su postura, estos jueces sostuvieron que “el deber de no interferencia de la Corte adquiere particular intensidad en el caso en el que el acto que se pretende impedir en sede federal, la reforma de la Constitución de una provincia, tiene en su favor una explícita manifestación de voluntad expresada por los poderes

²⁷ CSJN, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, Fallos 313:594 (1990).

²⁸ Un par de semanas después de la sentencia, se incorporó Eduardo Moliné O’Connor.

²⁹ CSJN, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, Fallos 313:594 (1990), jueces Levene (h) y Oyhanarte, por su voto, consid. 10.

políticos locales, esto es, por más de las dos terceras partes de la Legislatura y por el Poder Ejecutivo, que promulgó la ley respectiva”³⁰.

Por su parte, el ministro Fayt consideró que el contenido de la pretensión era justiciable y destacó que el control judicial “no avasalla las autonomías provinciales. sino que procura la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional”³¹.

El magistrado aclaró que no correspondía a la Corte “indagar sobre el mérito, oportunidad o conveniencia de lo decidido por la Legislatura de Buenos Aires respecto de la reforma de la Constitución provincial, pero sí es deber suyo, como lo es de todos los jueces del país, asegurar el acatamiento del art. 31 de la Constitución nacional, en el caso de la Corte, mediante el instrumento que el legislador ha establecido: el recurso extraordinario”³². En tal orden de ideas, consideró que debía aceptarse el recurso de queja y dejar sin efecto la sentencia apelada.

Ese mismo día, la CSJN también resolvió los autos “Pablo González Bergés y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859”³³, cuya plataforma fáctica y jurídica era idéntica a “Cotti”, y, por ende, se remitió a lo resuelto en este último.

Año 1993. Fallo “Ríos, Antonio Jesús plantea nulidad de reforma constitucional”³⁴

Con el voto unánime de siete de sus nueve jueces, la sentencia del caso “Ríos, Antonio” denegó un recurso de queja relacionado al control del poder constituyente. En esta oportunidad, se trató de una demanda interpuesta por Antonio Jesús Ríos con el fin de que se declarase la nulidad parcial de la reforma de la Constitución de Corrientes, en lo relativo a la creación de los cargos de viceintendente y convencionales constituyentes municipales y de los actos eleccionarios consiguientes, en base a haberse sobrepasado el temario de puntos sujetos a modificación establecido por la Ley Provincial N° 4593 – normativa que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución–.

El Tribunal Superior de la provincia de Corrientes consideró que dicha norma había autorizado expresamente la enmienda de los artículos relacionados al gobierno

³⁰ CSJN, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, Fallos 313:594 (1990), jueces Levene (h) y Oyhanarte, por su voto, consid. 5.

³¹ CSJN, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, Fallos 313:594 (1990), juez Fayt, en disidencia, consid. 9.

³² CSJN, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, Fallos 313:594 (1990), juez Fayt, en disidencia, consid. 9.

³³ CSJN, “Pablo González Bergés y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859”, Fallos, 313:588 (1990).

³⁴ CSJN, “Ríos, Antonio Jesús plantea nulidad de reforma constitucional”, Fallos, 316:2743 (1993).

municipal, por lo tanto, no importaba un apartamiento de la materia determinada en tales disposiciones. En consonancia con tales ideas, la Corte, sin inmiscuirse específicamente en el control del poder constituyente, consideró que el Tribunal Superior no había fallado con arbitrariedad y, por ende, desestimó la queja sobre el recurso extraordinario.

No obstante, lo destacable del fallo surge del considerando 4º, en el cual, con expresa cita al jurista Manuel de Gorostiaga, la Corte nuevamente dejó sentado que “de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia”³⁵. En este punto, coincidimos con Raúl Ferreyra (2006), en que la CSJN dejó entrever por primera vez en su historia la posibilidad de atribuirse la competencia en materia de control del poder constituyente derivado.

Año 1994. Fallo “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ amparo”³⁶

En 1994, Héctor T. Polino y Alfredo P. Bravo, en su carácter de ciudadanos y diputados nacionales, presentaron un recurso extraordinario a los fines de que se declarase la nulidad del proceso legislativo que concluyó con el dictado de la Ley 24.309, norma que había declarado la necesidad de reforma de la CNA. Fundaron su pretensión en la inconstitucionalidad del art. 5 de la ley, el cual imponía la obligatoriedad de votar los temas indicados en el art. 2 de manera conjunta³⁷. A la par, cuestionaron que se había transgredido el trámite previsto en el art. 71 de la CNA, referido al proceso de sanción de leyes. Específicamente, plantearon que al haberse realizado modificaciones al proyecto de declaración de reforma en el Senado de la Nación, el documento debería haber vuelto a la Cámara de Diputados, ya que a esta última, como cámara de origen, le correspondía realizar una nueva votación para aprobar o desechar las modificaciones³⁸. Sin embargo, tras ser votada en la Cámara de

³⁵ CSJN, “Ríos, Antonio Jesús plantea nulidad de reforma constitucional”, Fallos, 316:2743 (1993), consid. 4.

³⁶ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994).

³⁷ Es importante destacar que la Ley 24.309 en su art. 6 establecía la nulidad absoluta de las modificaciones, derogaciones y agregados realizados por la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2 y 3.

³⁸ Al respecto, la Cámara de Diputados incluyó entre los puntos de reforma la duración del mandato de los senadores nacionales, cuestión que no fue aprobada por estos últimos en su votación.

Senadores, la ley fue derivada directamente al Poder Ejecutivo, quien la promulgó unos días más tarde a través del Decreto 2700/93.

El voto mayoritario de la CSJN denegó el recurso extraordinario basado en la falta de legitimación procesal de los actores, y, en particular, en la falta de contenido sustancial del interés propio invocado. Por su parte, los ministros Nazareno y Moliné O'Connor fundamentaron individualmente su voto por el rechazo, mientras que el Dr. Fayt y el Dr. Boggiano hicieron lo propio en disidencia.

Nazareno, a pesar de sostener la falta de legitimación procesal de los actores, afirmó que “por la sola denominación de una cuestión como ‘política’, o la mera atribución de esta característica al tema debatido, no [cabía] determinar la intervención o exclusión del Poder Judicial”³⁹. Para ello, explicó la evolución de la jurisprudencia de la CSJN en la materia, y expuso incluso que, si en los autos hubiera existido un “caso concreto”, podría haber intervenido en el fondo de la cuestión.

Como argumentos también destacables, el ministro Nazareno restó importancia a la supuesta transgresión del art. 71 de la CNA, al determinar que, si bien a lo largo de la historia de nuestra República la declaración de la necesidad de reforma “se instrumentó mediante la forma de leyes, aquella declaración es (...) un acto *prima facie* específicamente político”, y que lo importante “es si, al producir aquella declaración, se ha respetado el derecho vigente, o sea, el art. 30 de la Constitución”⁴⁰. En su opinión, no hubo duda de que con el método utilizado, el Congreso Nacional se mantuvo dentro del marco exigido en la disposición.

Por su parte, el ministro Moliné O'Connor sobre este último argumento afirmó, que “el hecho de que el Congreso de la Nación haya exteriorizado el ejercicio de la función constituyente bajo la forma de una ley, no asimila ese acto, sin más, a los de índole legislativa que el mismo organismo dicta en ejercicio de sus funciones como poder constituido”⁴¹, y que, por ende, la pretensión de los actores perseguía “la declaración de nulidad e invalidez del proceso constituyente por el incumplimiento de una exigencia” que el art. 30 de la CNA no contenía.

³⁹ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Nazareno, por su voto, consid. 6.

⁴⁰ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Nazareno, por su voto, consid. 9.

⁴¹ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Moliné O'Connor, por su voto, consid. 9.

Según el ministro, correspondía al órgano que ejerce el poder constituyente determinar bajo qué pautas “se perfecciona la emisión de la declaración de voluntad”⁴² que exige la CNA, y que, en tal orden de ideas, ninguna de las dos cámaras manifestó “oportunamente cuestionamiento u observación alguna con respecto a la regularidad del procedimiento adoptado reivindicando así su autoridad institucional, de modo que con el acto emanado del presidente de la Nación, se agotó el ciclo previsto por el órgano constituyente”⁴³.

Respecto a los votos en disidencia, Fayt y Boggiano consideraron que correspondía a la CSJN realizar un control judicial sobre el ejercicio del poder preconstituyente. En su fundamentación, el ministro Boggiano opinó que efectivamente “no se alcanzaron en la sanción de la ley 24.309 las mayorías exigidas por la Constitución en su artículo 30”⁴⁴, ya que senadores y diputados aprobaron cosas distintas. En tal sentido, acogió parcialmente el recurso extraordinario, al determinar que no correspondía otro remedio que declarar la inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley 24.309. No obstante, respecto a la inconstitucionalidad del art. 5°, juzgó que el recurrente carecía de legitimación para impugnarla en su carácter de diputado de la Nación.

Por otro lado, el juez Carlos Fayt brindó un argumento similar referido a la inconstitucionalidad del proceso de sanción de la Ley 24.309 y consideró de dudosa constitucionalidad las disposiciones de los artículos 5 y 6. Según el ministro, si bien la CSJN sostuvo en el fallo “Ríos” que “los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse limitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia”⁴⁵, no obsta a que “los condicionamientos que resultan de las referidas normas, en cuanto imponen la aceptación o el rechazo total de una cantidad de disposiciones y la sanción de nulidad para el supuesto en que ello no ocurra, parecen exceder en mucho las

⁴² CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Moliné O’Connor, por su voto, consid. 9.

⁴³ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Moliné O’Connor, por su voto, consid. 10.

⁴⁴ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Boggiano, voto en disidencia, consid. 5.

⁴⁵ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. FERIA 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Fayt, voto en disidencia, consid. 16.

facultades que al Congreso le corresponden en la materia, para entrar a sustituir lo que es atribución exclusiva de la Convención Constituyente”⁴⁶.

De tal modo, juzgó oportuno aceptar el recurso extraordinario y declarar sin efecto la sentencia apelada.

Año 1994. Fallo “Romero Feris, Antonio José c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo”⁴⁷

José Antonio Romero Feris, en su carácter de convencional de la Convención Constituyente, electo en el proceso electoral derivado de la declaración de necesidad de la reforma de la Constitución Nacional dispuesta por la Ley 24.309, presentó una acción de amparo basada en la inconstitucionalidad del art. 5 de dicha ley. Recordemos que esta disponía acerca de la modalidad con que debían ser votados por la Convención los temas indicados en su art. 2. Tras ser rechazada la apelación en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, el actor presentó recurso extraordinario, el cual fue concedido.

La mayoría de la CSJN denegó el recurso, sin manifestarse sobre el fondo de la cuestión, por considerar que la Convención Constituyente ya había regulado específicamente la materia sobre la que versaba la impugnación señalada en el art. 127, primer párrafo de su reglamento. En tal orden, en base a la “doctrina invariable” de la CSJN referida a los requisitos de admisibilidad de la apelación prevista en el art. 14 de la Ley 48, consideró que la cuestión había devenido en inoficiosa por resultar abstracta la materia de agravios.

Por último, el juez Carlos Fayt, nuevamente en disidencia, aprovechó su voto para ampliar los argumentos brindados en el caso “Polino”. En el inicio de su fundamentación, realizó una reconstrucción filosófica del término “pueblo” para concluir indefectiblemente que este era el único depositario de la soberanía y que su voluntad se manifestaba mediante el sufragio de los electores.

Tras ello, desarrolló un análisis histórico de cómo fue mutando el sistema representativo, desde el mandato imperativo hasta su desplazamiento por la representación libre. A partir de tal razonamiento, según Fayt, la noción de “representación política” involucró inevitablemente en su definición la libertad del

⁴⁶ CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ amparo”, Fallos, 317:335 (1994), juez Fayt, voto en disidencia, consid. 16.

⁴⁷ CSJN, “Romero Feris, Antonio José c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo”, Fallos, 317:716 (1994).

representante, es decir, la ausencia de restricciones, y, por ese motivo, sostuvo que si se afectara la libertad del representante se lesionaría la sustancia de la representación política. En sus palabras, “cualquier limitación material dentro del campo conferido por la Constitución a quien ha investido con el poder de obligar a la Nación, debe ser considerada contraria al espíritu de la norma fundamental”⁴⁸.

Finalmente, clausuró su voto recordando la doctrina de la CSJN en “Ríos”, y afirmó que “los poderes conferidos a la Convención Constituyente no pueden reputarse de ilimitados”⁴⁹, al encontrarse circunscriptos por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.

Año 1999. Fallo “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”⁵⁰

Como ya analizamos, la reforma constitucional del año 1994 modificó sustancialmente la CNA. Entre las modificaciones relacionadas al Poder Judicial, se destaca la creación del Consejo de la Magistratura como órgano encargado, entre otras materias, de juzgar y sancionar las faltas cometidas por los jueces inferiores⁵¹.

Asimismo, si bien se mantuvo intacto el entonces art. 96 que determina actualmente, en el art. 110, la garantía de inamovilidad de los magistrados⁵², se incorporó dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, en el art. 99 inc. 4, la potestad de requerir un nuevo nombramiento, precedido del acuerdo del Senado, para aquellos magistrados una vez que cumplan la edad de 75 años, por un periodo de cinco años renovable indefinidamente. La normativa fue complementada por la Disposición Transitoria Undécima, que determinó que la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inc. 4º entrarían en vigencia a los cinco años de la sanción de la reforma de 1994. Esta modificación fue el objeto normativo central del caso.

⁴⁸ CSJN, “Romero Feris, Antonio José c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo”, Fallos, 317:716 (1994), juez Fayt, voto en disidencia, consid. 16.

⁴⁹ CSJN, “Romero Feris, Antonio José c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo”, Fallos, 317:716 (1994), juez Fayt, voto en disidencia, consid. 16.

⁵⁰ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos, 322:1616 (1999).

⁵¹ La CNA mantuvo tras la reforma el juicio político para juzgar y apartar a los ministros de la CSJN.

⁵² El art. 96 de la Constitución Nacional Argentina de 1853, disponía: “Artículo 96.- Los Jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley y que no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permaneciesen en sus funciones”. Actualmente, el mismo texto se encuentra en el art. 110.

Carlos Santiago Fayt nació el 1 de febrero 1918 y fue elegido ministro de la Corte Suprema de la Nación en el año 1983 durante el gobierno del presidente Raúl Alfonsín. A la fecha de la reforma, el juez ya superaba el límite impuesto por el art. 99 inc. 4., con 76 años. Al aproximarse el plazo estipulado por la Disposición Transitoria Undécima, en 1997 interpuso una acción meramente declarativa, prevista por el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el caso puntual, el Dr. Fayt solicitó que se declare la nulidad, en los términos de la Ley 24.309, de la reforma introducida en los artículos antes mencionados, por considerar que la enmienda constituía una restricción no habilitada a la garantía de inamovilidad. En tal orden de ideas, el magistrado puntualizó que la Convención Constituyente había transgredido las competencias otorgadas por el Congreso de la Nación y se había extralimitado en su función reformadora.

El planteo tuvo acogida favorable en el tribunal de primera instancia, quien declaró la invalidez parcial de la reforma. El fallo fue apelado por el Estado nacional y recayó en la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. El 19 de noviembre de 1998, esta última revocó la sentencia del *a quo* y expresó que las enmiendas en discusión no habían alterado la garantía de inamovilidad del juez Fayt, en razón de que la designación de este último se había producido bajo el régimen anterior a la reforma constitucional de 1994. En clara discrepancia con lo resuelto por la Cámara, el Estado nacional interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue declarado admisible formalmente y elevado a la CSJN⁵³.

En un fallo sin precedentes, el máximo tribunal revocó la sentencia apelada e hizo lugar a la acción declarativa. La sentencia fue suscrita por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, Vázquez (según su voto), con la disidencia parcial del juez Bossert. El ministro Fayt, por cuestiones evidentes, no participó del fallo, mientras que el juez Santiago Petracchi fue el único que aceptó el pedido de

⁵³ Al respecto, el Estado nacional argumentó que era errónea la línea divisoria entre magistrados federales designados bajo el régimen anterior a la reforma y los magistrados nombrados por el nuevo régimen, atento que no existían derechos adquiridos frente a la modificación de la norma. Asimismo, consideró que el nuevo texto constitucional no afectaba la garantía de inamovilidad de los jueces, ya que la exigencia del art. 99 inc. 4 era de carácter objetivo e impersonal. Finalmente, además de argüir la arbitrariedad e incongruencia de la sentencia de la Cámara, sostuvo que la reforma constitucional en el punto en discusión resultaba válida ya que efectivamente respondía a los términos de la norma que la convocó y que le atribuyó competencia.

excusación solicitado por el Procurador General⁵⁴, al considerar que existía conflicto de interés.

Ya en el 5^o considerando, el tribunal supremo dejó en claro que estaba habilitado, a la luz de la CNA, para juzgar en los casos que se le plantearan, si el acto impugnado había sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a que estaba sujeto, aun si el contenido de una reforma constitucional había sido atribuido a un poder distinto al judicial. En el mismo sentido, recordó que el mandato de la CNA que pesa sobre el Poder Judicial es el de descalificar todo acto que se oponga a ella, y que “no hay otro poder por encima [de la] Corte para resolver acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los otros poderes”⁵⁵, sin admitir excepciones al principio reiteradamente sostenido por el tribunal en cuanto a que “es el intérprete final de la Constitución (Fallos 1:340)”⁵⁶.

Si bien en “Soria de Guerrero” la CSJN ya había adelantado su postura sobre el control judicial del poder constituyente derivado, en “Fayt” por primera vez resolvió el fondo de la cuestión. En el 6^o considerando citó este precedente al recordar que la regla general sobre las cuestiones políticas no justiciables referidas a la formación y sanción de las leyes solo podía ceder si se demostraba la falta de concurrencia de los “requisitos mínimos e indispensables” que condicionan la sanción de la norma constitucional.

Según la Corte, incluso sin ser necesario, el Congreso de la Nación al emitir la ley que declaró la necesidad de la reforma expresó la aceptación del carácter justiciable de los límites del poder reformador y estableció, en el art. 6 de la Ley 24.309, la sanción de nulidad para aquellas “modificaciones, derogaciones y agregados” que realizara la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida.

En sus argumentos centrales, el máximo tribunal afirmó que la facultad de reformar la CNA no puede exceder el marco de la regulación constitucional en que descansa. Apoyándose en el fallo “Ríos”, reafirmó que las facultades atribuidas por

⁵⁴ CSJN, Fallos, 322:1613-1614. El ministro Petracchi compartió los argumentos del Procurador General de la Nación, quien había manifestado en la solicitud de recusación que “es evidente que el tema de fondo a decidir en 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”. Agregó a la par que de manera similar a lo resuelto en Fallos, 311:1946 y 2788; 318:249, no debían ser los miembros del propio Tribunal quienes resolvieran el litigio.

⁵⁵ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos, 322:1616 (1999), consid. 5.

⁵⁶ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos, 322:1616 (1999), consid. 5.

nuestro sistema constitucional al poder constituyente derivado se encuentran limitadas. Tal restricción también debía derivarse del art. 30 de la CNA, cláusula que habilita únicamente al Congreso de la Nación a declarar la necesidad de la reforma y posteriormente llevar adelante una Convención Constituyente convocada al efecto.

Según la CSJN, la expresión “al efecto” pone de manifiesto que la Convención se reúne con el objetivo de modificar solo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso determine que pueden ser reformadas en la necesidad de reforma y que, al fin, son las únicas sobre las que el pueblo de la Nación tiene la oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales. En la adecuación o en el exceso de los límites impuestos por el Congreso en ejercicio de su función preconstituyente residía, según el máximo tribunal, la cuestión a resolver en “Fayt”.

En definitiva, según la Corte, lo conducente para la resolución del caso era efectuar un examen de los puntos habilitados para la reforma constitucional y un análisis de la intención de quienes los fijaron, y no, como postulaba el Procurador General en su dictamen, de la intención de los convencionales. Tras analizar la Ley 24.309 y los antecedentes que llevaron a su dictado⁵⁷, la Corte consideró que bajo ninguna circunstancia podía derivarse la autorización explícita ni implícita a la Convención Constituyente de reformar la garantía de inamovilidad de los jueces.

En su opinión, no solo no se encontraba incluida dentro de los arts. 2 y 3 de la ley –que detallaban los puntos susceptibles de ser discutidos y reformados– sino que tampoco podía derivarse racionalmente de la intención del poder preconstituyente. Al respecto, agregó que si bien se había habilitado a modificar el art. 99 (numeración anterior), referido a la naturaleza del Poder Judicial, según el “Núcleo de Coincidencias Básicas”, tal voluntad se encontraba referida a la creación del Consejo de la Magistratura.

Más aún, tampoco admitió que, con motivo de la reforma de una enmienda expresamente habilitada relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo, la convención reformadora incorporara una “cláusula nítidamente extraña” cuya competencia era “inherente a la naturaleza del Poder Judicial de la Nación”⁵⁸ al configurar uno de los principios estructurales del sistema republicano. Por último, negó también la posibilidad

⁵⁷ El Núcleo de Coincidencias Básicas, incluido en el art. 2 de la ley; el Acuerdo para la Reforma de la Constitución Nacional del 13 de diciembre de 1993, también llamado “Pacto de Olivos”; y los Diarios de Sesiones de la Cámara de Diputados y de Senadores, donde constan los detalles del debate parlamentario previo al dictado de la ley.

⁵⁸ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos, 322:1616 (1999), consid. 14.

de que pudiera surgir de las facultades implícitas de la Convención, al predicar que “la presencia de poderes de dicha naturaleza es únicamente reconocer ciertas atribuciones que son imprescindibles para el ejercicio de las expresamente concedidas (...) pero que no son sustantivas ni independientes (...) sino auxiliares y subordinadas”⁵⁹.

Concluyó, entonces, que “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 dificultades que las que le hayan sido expresamente conferidas”⁶⁰. Según la Corte, lo contrario no tardaría en echar por tierra el equilibrio de la Constitución.

Finalmente, el tribunal supremo recordó la sanción de nulidad contenida en el art. 6 de la Ley 24.309, para todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado a la competencia establecida en los artículos 2 y 3 de ese cuerpo normativo. En tal sentido, consideró que por vicio de nulidad absoluta no podía aplicarse al actor lo establecido en el art. 99 inciso 4 de la CNA, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades que disponía la convención. Aclaró a continuación que la sentencia no importaba un pronunciamiento sobre cuestiones de conveniencia u oportunidad de la norma impugnada, sino en la comprobación de que aquella era fruto del ejercicio incompetente de la convención reformadora.

De manera inédita, la cláusula resolutive de la sentencia declaró la nulidad –y no la inaplicabilidad– de la reforma introducida en el artículo impugnado y en la cláusula transitoria undécima, lo cual determinó un fuerte cuestionamiento de la doctrina, que, a la luz de los objetivos del presente trabajo, será analizado en profundidad en el apartado de críticas de la doctrina –especialmente en las críticas de Antonio M. Hernández (2001) y Juan V. Solá (2001)–.

El voto del ministro Vázquez prácticamente no difirió de los argumentos ya analizados, mientras que el juez Bossert consideró que la limitación del artículo cuestionado, si bien alcanzaba a los jueces nombrados con anterioridad y posterioridad a la reforma, fue solo establecida para quienes después de la sanción cumplieran la edad de 75 años. Conforme a ello, tal limitación no afectaba la inamovilidad del juez Fayt, quien ya había cumplido dicha edad, y, en tal orden, hizo lugar a la acción declarativa y confirmó lo resuelto por el *a quo*.

⁵⁹ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos, 322:1616 (1999), consid. 9.

⁶⁰ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos, 322:1616 (1999), consid. 9.

Año 2017. Fallo “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”⁶¹

Tras 17 años, la doctrina utilizada en el caso “Fayt” fue abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, “deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo”, en palabras de la CSJN. Con el voto mayoritario de los jueces Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti, y el ministro Carlos Rosenkrantz⁶², en disidencia, el máximo tribunal, si bien afirmó que era deseable y conveniente que los pronunciamientos de la Corte sean “debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica”⁶³, señaló que esa regla “no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida”⁶⁴.

La plataforma fáctica del caso implicó como actor al camarista Leopoldo Héctor Schiffrin, quien al momento del fallo tenía 80 años, y había presentado una acción declarativa en los mismos términos que la interpuesta por el ministro Fayt, años atrás. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta, y declaró la nulidad e inaplicabilidad del tercer párrafo introducido por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99, inciso 4°. El fallo fue apelado por el Estado nacional y derivó en la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, la cual confirmó lo decidido por el *a quo*. Además de sostener los argumentos brindados por el voto mayoritario en “Fayt”, la Cámara también puntualizó a modo de *obiter dictum* que los jueces designados al amparo del régimen anterior a la reforma no podían ser alcanzados por la norma impugnada pues ello implicaría afectar sus derechos adquiridos. El Estado nacional interpuso entonces recurso extraordinario federal, el cual fue concedido formalmente por tratarse de una cuestión federal simple (art. 14 inc. 3 de la Ley 48).

⁶¹ CSJN, “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017).

⁶² La jueza Elena Highton de Nolasco no votó. Si bien no se apartó formalmente, entendemos que evitó la polémica por un claro conflicto de interés: pronta a cumplir los 75 años, había interpuesto acción de amparo para que se declare la nulidad del art. 99 inc 4, párrafo tercer de la CNA. El 10 de febrero de 2017, el juez federal de primera instancia en lo Contencioso Administrativo, Enrique Lavié Pico, hizo lugar a la acción, y a la par, el Gobierno Nacional decidió no apelar la decisión. Por lo tanto, la sentencia quedó firme, y de esta forma, la jueza no fue alcanzada por la resolución de la Corte (Causa 83656/2016, Highton de Nolasco, Elena Inés c/ en s/amparo Ley 16.986).

⁶³ CSJN, “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017), consid. 9.

⁶⁴ CSJN, “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017), consid. 9.

Entre los argumentos del recurso, podemos señalar:

- a) la violación al principio de división de poderes y el de supremacía establecidos por la CNA, al declarar la nulidad de una norma dictada por la Convención Reformadora;
- b) la existencia de autorización expresa en la Ley 24.309 para modificar el artículo 86, inciso 5° de la CNA, en el punto 1 del “Núcleo de Coincidencias Básicas”, titulado “designación de los magistrados federales”; y en el art. 3 punto e, referido a la actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo;
- c) la afirmación de que la reforma de 1994 solamente había alterado la vigencia del plazo de duración del mandato judicial para adecuarlo a la realidad de las exigencias que el cargo de juez importa, sin que ello afecte la garantía de inamovilidad de los jueces;
- d) la afirmación de que la limitación por razones de edad del nombramiento de los magistrados no equivale ni puede ser asimilada a la remoción, sino que es límite objetivo e impersonal aplicable a todos los jueces por igual, sin discriminación.

Ante esta argumentación, cabe preguntarnos cuál fue la fundamentación brindada por la CSJN para apartarse del precedente “Fayt”. Podemos resumirla, en palabras de la propia Corte⁶⁵, en los siguientes puntos:

- a) por razones de seguridad jurídica, *cuando la Corte deja sin efecto un precedente, tiene el deber de explicar fundadamente por qué habría de modificarlo*. Esta facultad es excepcional y de ejercicio restrictivo ya que los precedentes tienen un valor que obliga a ser seguidos y respetados;
- b) *el caso “Fayt” se trató del único caso en que la Reforma Constitucional no fue aplicada, y atendió a una situación transitoria*, ya que estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo de una norma sobre la estabilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio. Tras 22 años de la reforma de 1994, no se puede sostener la amenaza de un derecho concreto, ya que el límite de edad se refiere al carácter vitalicio del cargo y no a la inamovilidad, que es una garantía institucional de la independencia judicial;
- c) *la interpretación de la Corte Suprema sobre el juzgamiento del procedimiento de las reformas constitucionales no puede ser restrictiva*, como se desprende del caso “Fayt”, que limitó severamente la soberanía de la Convención Constituyente. En tal precedente,

⁶⁵ Cabe advertir que la sistematización que se ofrece ha sido elaborada a partir de los considerandos del voto mayoritario de la CSJN en el fallo “Schiffirin”. Algunos pasajes han sido tomados literalmente del texto del fallo, mientras que otros presentan modificaciones propias de la paráfrasis. La cursiva, que es nuestra, busca destacar los puntos centrales de cada argumento.

la Corte entendió que el Congreso podía establecer no solo la necesidad de la reforma, sino también su contenido y que la Convención Constituyente no podía apartarse de ello porque acarrearía la nulidad;

d) *este criterio hermenéutico restrictivo no puede sostenerse en los principios que estructuran la división de poderes sobre la que se asienta la forma republicana de gobierno vigente, porque implica un alto riesgo de interferir en el proceso democrático, alterando el equilibrio que la CNA. El poder constituido no debe dejar sin efecto la voluntad soberana del pueblo. Llevado al extremo, este criterio permitiría que el Congreso de la Nación dictara una ley de necesidad de reforma constitucional, estableciendo el contenido de modo preciso, y la Convención solo tendría la facultad de aceptarlo o no. Como consecuencia de todo lo expresado, no es procedente en esta materia aplicar un criterio de interpretación restrictivo sino amplio y extensivo respecto de las facultades de la Convención Constituyente;*

e) *el control judicial debe limitarse únicamente a corroborar la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada. El Poder Judicial no puede analizar la conveniencia de las decisiones de los constituyentes, y si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos debe ser considerada de *última ratio*, mucha más rigurosidad debe ser aplicada cuando se ha puesto en cuestión la validez de una norma de la Constitución sancionada por una Convención Reformadora elegida por el pueblo;*

f) *el respeto hacia la actividad de la Convención Constituyente tiene sustento en un hecho de singular importancia: se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de una Asamblea que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia. No obstante, en un estado constitucional de derecho, está siempre limitada por lo que se denomina el “Contenido Pétreo de la Constitución Nacional”. Esto es, la estructura básica del sistema del poder constitucional y de Derechos Humanos;*

g) *resulta necesario abandonar la doctrina del caso “Fayt”, y adoptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como *última ratio* de la más marcada rigurosidad, descalificarlas. Solo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos:*

i. cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente;

ii. cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución.

h) la CNA no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. En tales casos, siguiendo las enseñanzas de John Rawls en *Teoría de la justicia* (1995), la Corte considera justo introducir y proteger desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde a los grupos minoritarios menos favorecidos. Existen derechos “fundantes y anteriores al Estado de Derecho” (Fallos 328:2056), y que no pueden ser avasallados. Es el fundamento que da origen y sostiene al contrato social;

i) corresponde entonces verificar en el caso puntual si la norma impugnada encuadra en alguno de los dos supuestos de revisión admitidos por la Corte. Respecto a la competencia de la Convención, al examinar la Ley 24.309, es claro que la normativa incluyó el artículo referido a la actualización de las atribuciones del Poder Ejecutivo como uno de los temas habilitados para ser tratado; es igualmente inocultable que, entre esas atribuciones, se encontraba la imprescindible intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de designación de jueces federales. Esto no constituye una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente;

j) en lo relativo al control sustancial, corresponde examinar si el límite de 75 años de edad para la inamovilidad de los jueces federales, incorporado por la reforma, afectó alguno de los principios fundantes del Estado de Derecho que integran el contenido pétreo de nuestra ley fundamental; en particular, si vulneró el principio de independencia del Poder Judicial que constituye un pilar básico del sistema republicano de gobierno. La garantía de inamovilidad consiste en asegurar a los magistrados que su permanencia en el cargo no estará condicionada a la exclusiva voluntad discrecional de otros poderes; pues ello los colocaría en un estado precario, de debilidad y dependencia frente a aquellos que tienen en sus manos la decisión sobre la

permanencia en funciones. *Lo expuesto no significa que la única forma de asegurar la estabilidad, para resguardar su independencia, sea establecer que el cargo de juez tiene que ser vitalicio;*

k) desde tal perspectiva, *no cabe sino concluir que el límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 no ha afectado la sustancia de la garantía de inamovilidad ni, por ende, el principio arquitectónico de independencia judicial.* En efecto, *se trata de una regulación admisible y legítima,* que no coloca a los jueces en una situación de dependencia y precariedad, sino que simplemente establece un límite previsible y objetivo a la duración del cargo. Es una definición que el legislador constitucional adopta de modo general, *a priori,* aplicable a una clase de sujetos de modo igualitario: se trata de una limitación objetiva e impersonal;

l) la intención de la Convención Constituyente también refuerza que no se buscó con la cláusula alterar el principio de división de poderes sino, en palabras del convencional Alfonsín, “incorporarla a fin de no tener que llegar al juicio político cuando se producen determinadas situaciones de decadencia”. Para salvar todo tipo de dudas al respecto, justamente se incluyó la Disposición Transitoria Undécima, que estableció la vigencia cinco años después de la sanción de la reforma;

m) *lo dicho no implica sostener que la técnica utilizada por los convencionales sea la que mejor garantiza la independencia judicial. Simplemente, es una más dentro de las alternativas posibles y razonables,* tal como lo demuestra el derecho comparado; y como ya se afirmó, no compete a la Corte indicar la conveniencia o inconveniencia del sistema elegido;

n) finalmente, *corresponde desestimar la afirmación realizada por la Cámara de que no es aplicable la reforma impugnada a los magistrados que fueron designados, por haberse producido con posterioridad a su nombramiento.* La Corte ya ha afirmado en numerosos precedentes que *no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad;* menos aún, si se trata de una reforma constitucional.

Si bien la sentencias en Argentina tienen efecto *inter partes,* la modificación de este precedente debería tornar en los hechos operativa la cláusula del art. 99 inc. 4 párrafo 3. De hecho, al igual que en el fallo “Verbitsky”, la Corte realizó una

exhortación, en este caso al Consejo de la Magistratura, para “que adopte las medidas que considere necesarias para asegurar la plena vigencia del artículo”⁶⁶.

Por último, resta analizar el voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz. En sus palabras, su voto no es “sino una exposición enriquecida y más desarrollada del fundamento central en que se apoyó [la] Corte para pronunciarse”⁶⁷ en el precedente “Fayt”. El ministro realizó una construcción de la costumbre constitucional a través de las distintas reformas. Su conclusión deriva en que todas las convenciones constituyentes han respetado la competencia establecida por la ley que declaró la necesidad de reforma, y que, de esta manera, debería interpretarse lo dispuesto por el art. 30 de la CNA.

Siempre, según el ministro, surge de la inteligencia misma de la cláusula adoptar un mecanismo que permita que el pueblo de la Nación “participe dos veces en el proceso de reforma: primero, a través de sus representantes legislativos en el Congreso (...) y luego a través de los convencionales constituyentes que el pueblo decida elegir, consagrando la reforma que estos le propongan en sus respectivas campañas electorales”⁶⁸.

Resulta llamativo el argumento utilizado por el magistrado, en el cual señala que la “habilitación para reformar un artículo de la Constitución permite su enmienda, pero solo para regular en su nueva redacción cuestiones que antes ya se encontraban reguladas por él”⁶⁹. En caso contrario, según Rosenkrantz “se traicionaría el ponderado sistema de reforma ideado por nuestros constituyentes, convirtiéndolo en una ‘caja de Pandora’ incapaz de prevenir que quienes resulten electos como convencionales ignoren los acuerdos previos necesarios para reformar la Constitución”⁷⁰. Tras realizar un análisis del texto de la Ley 24.309, concluyó finalmente que dicha normativa no habilitó a la Convención para reducir la duración del mandato de los jueces, por lo cual, confirmó la sentencia apelada.

⁶⁶ CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017), consid. 26.

⁶⁷ CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017), juez Rosenkrantz, voto en disidencia, consid. 28.

⁶⁸ CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017), juez Rosenkrantz, voto en disidencia, consid. 11.

⁶⁹ CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017), juez Rosenkrantz, voto en disidencia, consid. 22.

⁷⁰ CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017), juez Rosenkrantz, voto en disidencia, consid. 22.

2.2. Conclusiones parciales

Tras el análisis de los fallos, podemos distinguir cuatro etapas en la evolución de la jurisprudencia de la CSJN en materia de control del poder constituyente derivado:

Etapa 1. Desde “Cullen” hasta el fallo “Soria de Guerrero” (1863-1963): esta etapa se caracterizó por la negación absoluta por parte de la CSJN del carácter justiciable del control de reforma constitucional, al considerarlo una cuestión *política*. Si bien hubo reformas constitucionales en tal período, los planteos de inconstitucionalidad realizados por la doctrina –que ya hemos resumido en el apartado 1.3.1– no derivaron en casos judiciales.

Etapa 2. Desde “Soria de Guerrero” hasta el fallo “Fayt” (1963 a 1999): a partir de “Soria de Guerrero”, la CSJN reconoció la posibilidad de un eventual control del proceso de reforma constitucional, de carácter excepcionalísimo, siempre y cuando se demostrase que no se hubiera cumplido con los requisitos mínimos e indispensables que condicionaban la creación de la ley. Hablamos en términos eventuales porque tanto en “Soria de Guerrero”, como en los fallos “Cotti”, “Ríos”, “Polino” y “Romero Feris”, por distintas circunstancias, la CSJN no aplicó efectivamente este control. Sin embargo, cada una de estas sentencias aportaron argumentos trascendentales, tanto a favor como en contra de la competencia de la CSJN para controlar el poder constituyente derivado, y fueron despejando el camino para la aplicación efectiva de dicha facultad, finalmente en el año 1999, a partir del caso “Fayt”.

Etapa 3. Desde “Fayt” al fallo “Schiffirin”: “Fayt” representó un quiebre en la historia institucional de la CSJN y, probablemente también, en la historia del Derecho Constitucional argentino. Fue la primera sentencia del máximo tribunal que ejerció en concreto el control de un proceso de reforma constitucional –la reforma de 1994– y, así, el poder constituido por primera vez desde el establecimiento de la CNA *anuló* lo sancionado por el poder constituyente –el art. 99 inc. 4 párrafo tercero y la cláusula transitoria undécima–. Recalamos el término *anuló*, porque como ya analizamos en el estudio del caso, la Corte no se limitó a declarar la inaplicabilidad de los artículos de la reforma que consideró repulsivos a la carta magna, sino a disponer directamente su nulidad. Ello derivó en un sin fin de críticas de la doctrina, que unidas a otras argumentaciones, analizaremos en el apartado correspondiente a la doctrina. Por lo pronto, podemos concluir que el precedente no fue cuestionado por los tribunales inferiores y, en lo sucesivo, no fue aplicado el procedimiento de ratificación para aquellos jueces que cumplieran los 75 años, hasta el fallo “Schiffirin”.

Etapa 4. Desde “Schiffrin” a la actualidad (2017 a la fecha): el abandono del precedente sentado en “Fayt” respondió necesariamente a varios factores, pero consideramos que dos de ellos fueron trascendentales: en primer término, la crítica generalizada de la doctrina constitucional; y, en segundo orden, los cambios en la conformación de la CSJN –tanto en la cantidad de miembros, como en los ministros que la integran–. Como se afirma en los fundamentos del fallo “Schiffrin”, “Fayt” significó una excepción a un precedente que la Corte había sostenido por más de 140 años. Sin decirlo expresamente, en la sentencia se receptan los fundamentos brindados por la doctrina especializada, y, entre ellos, la fundamental necesidad de que el poder constituido respete lo decidido por el poder soberano: el pueblo. La Corte parece inclinarse hacia un camino más respetuoso de las decisiones democráticas, sin dejar de lado su misión de máximo intérprete de la CNA. Asume la posibilidad –y el deber– de controlar las reformas constitucionales, pero con un criterio de revisión restringido –en sus facultades–, y de interpretación amplia de la competencia de la Convención Constituyente.

Podemos resumir estas etapas en el cuadro que a continuación presentamos.

Cuadro 2. Evolución de la jurisprudencia de la CSJN en materia de control de reforma constitucional

CARACTERÍSTICAS						
ETAPAS	Período cronológico	Precedentes de la CSJN	Posibilidad y tipo de control de constitucionalidad de reformas de la CNA	Órgano o poder competente para controlar la constitucionalidad de reformas de la CNA	Facultades preconstituyentes del Congreso, según criterio de la CSJN	Facultades de la Convención Constituyente, según criterio de la CSJN
Etapa 1	1863-1963	“Cullen”	Tesis negativa por considerar la CSJN que era una cuestión política no justiciable.	Poder Político	-	Amplias: podemos deducirlo del hecho de que la CSJN haya considerado al control de la reforma un asunto político.
Etapa 2	1963-1999	“Soria de Guerrero”, “Cotti”, “Ríos”, “Polino”, “Romero Ferris”	Tesis positiva de control con carácter excepcional: la CSJN habilita el control formal del proceso de reforma cuando no se cumplan con los requisitos mínimos e indispensables.	Poder Político y Poder Judicial	-	Restringidas: en el fallo “Ríos”, la CSJN afirmó que los poderes conferidos a la Convención Constituyente se encontraban limitados por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.
Etapa 3	1999-2017	“Fayt”	Tesis positiva de control, de carácter formal: la CSJN tiene el deber de controlar el proceso de reforma constitucional y, en especial, la competencia asignada por el Congreso a la Convención Constituyente. No afirma ni descarta la posibilidad de un control material.	Poder Judicial	Amplias: el Congreso puede determinar expresa y literalmente el contenido a tratar por la Convención, y esta última solo tiene la posibilidad de votarlo, sin realizar cambios. Si se detalla solo el artículo o tema a ser reformado, se debe analizar cuál fue la intención del órgano que convocó la reforma.	Restringidas: en “Fayt” la CSJN profundiza lo afirmado en “Ríos”, y manifiesta expresamente que la Convención debe respetar la competencia atribuida por la normativa que la convoca. No puede tratar artículos o temas que no estén habilitados, o modificar la intención con la que se habilitó una reforma en particular.
Etapa 4	2017- a la fecha	“Schiffirin”	Tesis positiva de control con carácter amplio: la CSJN habilita tanto el control formal como material de una reforma constitucional, siempre de <i>última ratio</i> . La CSJN adopta un nuevo estándar de control, más deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo.	Poder Judicial	Restringidas: en “Schiffirin” la CSJN limita la función preconstituyente del Congreso a convocar la reforma y determinar la materia a ser enmendada, pero de modo que no limite severamente la soberanía de la Convención Constituyente.	Amplias: solo ceden cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente.

Fuente: elaboración propia

A modo de cierre, adelantamos nuestro apoyo parcial a la sentencia dictada por la CSJN en “Schiffrin”. Consideramos que, a través de este precedente, el máximo tribunal apunta a buscar un punto de equilibrio, al menos con la redacción actual de nuestra CNA, entre el necesario control judicial de constitucionalidad de las reformas y el legítimo respeto que defiere la voluntad del pueblo. Profundizaremos este análisis en las conclusiones parciales del próximo capítulo, tras analizar las distintas ideas de la doctrina.

Capítulo 3. Análisis de la doctrina

Corresponde en este capítulo dar cuenta y analizar las opiniones de los autores sobre la materia en estudio. Del mismo modo en que estudiamos la jurisprudencia, resumiremos aquí en orden cronológico las más relevantes posturas doctrinarias⁷¹. Para ello, nos hemos guiado en la selección de autores presentada en la vasta obra del constitucionalista Raúl Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad* (2007), la que hemos ampliado con otros juristas. Al finalizar, daremos cuenta en las conclusiones parciales del capítulo de nuestra perspectiva sobre la problemática, en base a los recursos que surgen de la CNA vigente. Para ello, intentaremos armonizar dos conceptos fundamentales, que apelan *a priori* a principios opuestos: *democracia* y *constitucionalismo*.

3.1. Ideas preconstitucionales y contemporáneas a la creación de la Constitución Nacional Argentina

Juan Bautista Alberdi (1810-1884), padre intelectual de la CNA

Señala Ferreyra (2007) que la concepción de Alberdi sobre reforma constitucional penetró inicialmente en el texto de la CNA de 1853, y se mantiene en él. Sostiene este autor que, si bien no es posible señalar que el creador intelectual de nuestra carta magna se haya planteado expresamente el problema de la inconstitucionalidad de las reformas, sí se manifestó en contra de la perpetuidad de las constituciones. En sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (1852/2017), deja sentado que no se puede aspirar a que las normas supremas expresen eternamente las necesidades del pueblo, ya que así “como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servir en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de construcción” (Alberdi, 1852/2017, pág. 80).

No obstante, Alberdi consideraba que el mejor método para afianzar el respeto por la Constitución era evitar su reforma, y resolver los anacronismos por vía de la interpretación constitucional –a través de la jurisprudencia y la doctrina– (Ferreyra, 2007). Para Alberdi, las reformas constitucionales, y más en la situación en la que se encontraba la República Argentina en 1852 (aún era la Confederación Argentina),

⁷¹ Vale aclarar que esto no implica desmerecer los trabajos de otros autores que no abordaremos y que han investigado profundamente sobre la materia. Atento a los objetivos de este trabajo final, nos centraremos en los estudios que la misma doctrina considera más representativos.

constituían una crisis pública que era necesario evitar a todo costo (Alberdi, 1852/2017, pág. 213). Lo importante era la sanción y el respeto fundamental de la Constitución, para así consolidar la organización y el progreso del Estado nacional. Este respeto, para Alberdi, estaba asociado a la idea de la duración de la ley:

Conservar la constitución es el secreto de tener constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva. La novedad de la ley es una falta que no se compensa por ninguna perfección; porque la novedad excluye el respeto y la costumbre, y una ley sin estas bases es un pedazo de papel, un trozo literario (Alberdi, 1852/2017, pág. 214).

Sobre el poder constituyente, el autor deja entrever que, ya sea por obra de una persona o por un Congreso Constituyente, tal facultad no se encuentra limitada más que por el contexto histórico y político (Alberdi, 1852/2017, pág. 191). Alberdi era consciente de esta amplia libertad, pero evidentemente buscó a través de su obra influir en el tipo de Constitución que debía sancionar nuestro país. Sabido es que la Constitución de 1853 replicó las ideas de este jurista, y que Argentina optó por un modelo similar al de la Constitución de Estados Unidos de 1787. Con fuertes críticas, Alberdi (1852/2017) rechazó los modelos que se habían adoptado en Bolivia, Chile, Colombia, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

3.2. Comienzos del siglo XX: algunas ideas previas

El estudio del control judicial de las reformas constitucionales no fue desarrollado específicamente por la doctrina hasta el año 1944. Hasta entonces, la mayoría de los juristas había estudiado la cuestión de la reforma constitucional pero no se había planteado la posibilidad de su inconstitucionalidad (Ferreira, 2007). Nos arriesgamos a deducir que, atento a lo fallado por la CSJN en el caso “Cullen”, la doctrina mayoritaria sostenía que el control de las reformas constitucionales era una cuestión política no justiciable.

Joaquín V. González

Joaquín Víctor González, en su *Manual de la Constitución Argentina* (1940, págs. 720-721), afirma que nuestra CNA es perpetua, inviolable e indestructible, pero que al no ser una obra perfecta está sujeta a las leyes de renovación y cambio de los ciudadanos a quienes rige. Por ende, para este autor se encuentra habilitada la reforma

constitucional, siempre que no sea por medios violentos o distintos a los fijados por la misma CNA.

González (1940) considera que el método más democrático –o más perfecto, en sus términos– para reformar la Constitución es el referéndum, sistema en el que el pueblo mismo aprueba o rechaza lo que decide la Asamblea Legislativa. Señala a su vez que, por su forma y propósitos, es más propio de comunidades pequeñas, y por tal motivo, nuestro país opta por un régimen representativo.

Sin sostener opinión alguna sobre el control del poder constituyente derivado, creemos que Joaquín V. González habilita la revisión judicial –al menos formal– de los procesos de reforma. Sostiene esta hipótesis el hecho de que el jurista afirma que la CSJN es la “intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes” (González, 1940, pág. 728) que contiene nuestra CNA.

3.2.1. Primeras expresiones concretas sobre el control de reforma constitucional

Postura iusnaturalista de Segundo Víctor Linares Quintana

Segundo V. Linares Quintana plantea en 1944 la posibilidad de que una reforma de la CNA pueda ser inconstitucional. En su artículo “¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?” (1944), el autor inicia el estudio del problema a partir de las enseñanzas del jurista alemán Carl Schmitt, quien afirma que si bien la competencia para reformar la Constitución es una facultad extraordinaria del Estado, esto no significa que sea ilimitada (Schmitt, 1934 como está citado en Linares Quintana, 1944, pág. 1153), ya que tales límites resultan del concepto mismo de reforma constitucional.

El jurista alemán sostiene al respecto que la “facultad de ‘reformar la Constitución’, atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser substituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo” (Schmitt, 1934 como está citado en Linares Quintana, 1944, pág. 1154).

En tal orden de ideas, según Linares Quintana (1944), en Schmitt las enmiendas se encuentran limitadas a modificaciones o sustituciones que no alteran la sustancia de la Constitución ni modifican los principios fundamentales que sostiene.

Posteriormente, Linares Quintana (1944) realiza un análisis de la jurisprudencia de los Estados Unidos –tanto de las cortes supremas estatales como de la Suprema Corte

Federal– y distingue en primer lugar dos tipos de objeciones posibles. Uno referido a la forma o procedimiento a seguir para la reforma –*matters of procedure* o control formal–, otro a la substancia o contenido de esta –*matters of sustance* o control material–. El autor concluye que la regla en las cortes estatales ha sido la de declarar la justiciabilidad del control de las enmiendas, mientras que en la Suprema Corte estadounidense, ha sido la de considerar el asunto una cuestión política no justiciable, aunque con algunas excepciones según sus últimos fallos.

Por último, el jurista argentino deja sentada su posición sobre la problemática y destaca que nuestra CNA “se encuentra trasuntada en todas y cada una de las disposiciones (...) así como en el pensamiento de nuestros prohombres y en la tradición constitucional del país” por la existencia del Derecho Natural (Linares Quintana, 1944, pág. 1157). Sostiene la idea de que este Derecho Natural se encuentra incluso por encima de nuestra ley suprema, y lo sustenta a través del pensamiento de Domingo F. Sarmiento, Dalmacio Vélez Sarsfield, Juan B. Alberdi y Joaquín V. González.

De lo dicho, compartimos con Ferreyra (2007) que Linares Quintana al redactar el artículo ya apoyaba la revisión material por parte del Poder Judicial de las enmiendas constitucionales, siempre que las últimas resultaran contrarias a los principios universales, superiores y anteriores establecidos por el Derecho Natural. Posteriormente, en su *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional* (1978), Linares Quintana profundiza su posición, y deja sentado que los jueces tienen la potestad de revisar si las reformas constitucionales han sido sancionadas de acuerdo al procedimiento estipulado por el texto vigente de la CNA, como así también, de verificar que el contenido de las enmiendas no altere el alma o espíritu de ley suprema.

Respuesta positivista de Julio César Cueto Rúa

Unos meses después de la publicación del artículo recién estudiado, Julio Cueto Rúa presenta un trabajo titulado “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana” (1944). Desde una postura positivista, Cueto Rúa (1944) brinda sus propios argumentos sobre la cuestión y critica la visión iusnaturalista sostenida por Linares Quintana.

A partir de las ideas de Hans Kelsen y Carlos Cossio, Cueto Rúa (1944) afirma que una norma jurídica carece de validez si no se produce de acuerdo a las formas que señala la superior, o si contradice el contenido de esta última. Es decir, la validez normativa está asociada a la adecuación formal y material con la norma superior.

Consecuentemente, descarta a los derechos naturales como normas válidas y vigentes, los cuales, sin embargo, tienen un rol fundamental como fuente del Derecho Positivo.

Argumenta el autor que

si el ordenamiento jurídico positivo faculta a los jueces a declarar la invalidez de las normas que no se ajustan en la forma o el contenido, a lo que prescribe la superior, es evidente que si en cualquier estrato de la gradación jurídica se observa esa alteración lógica en la dinámica de la producción de normas, pueda declararse, aún en el supuesto de normas que se inserten en el estrato constitucional, su inconstitucionalidad (Cueto Rúa, 1944, pág. 1104).

En el mismo orden de ideas, el jurista señala que hay casos en que la CNA estipula perpetuamente la prohibición de reformar determinadas cláusulas, y en tales casos, las reformas que contradicen tal cuestión deben ser declaradas inconstitucionales (Cueto Rúa, 1944).

En sus conclusiones, Cueto Rúa (1944) asevera que:

- a) es posible la declaración judicial de inconstitucionalidad de una reforma que no ha seguido el procedimiento establecido por la CNA;
- b) también es factible la declaración judicial de inconstitucionalidad si la reforma constitucional ha enmendado algún contenido que la norma fundamental ha prohibido para siempre modificar;
- c) son válidas las enmiendas constitucionales aunque alteren, sustituyan o afecten los principios fundamentales que sustentan la CNA, aunque provengan del Derecho Natural, salvo que del mismo texto normativo se haya prohibido su reforma.

Cueto Rúa se adelanta a las posibles críticas de sus tesis y señala que es consciente de la posibilidad de que, de este modo, los constituyentes puedan establecer el ordenamiento jurídico que se les antoje. No obstante, considera que tal recelo es injustificado ya que “la voluntad del constituyente no existe aislada. Vive un momento histórico determinado participando de las valoraciones positivas colectivas (...) [y] aquí es donde juega su verdadero papel el Derecho Natural” (Cueto Rúa, 1944, pág. 1107).

3.3. Postura de la doctrina a partir de la segunda mitad del siglo XX

Carlos Sánchez Viamonte y sus ideas sobre el poder constituyente

En 1957, Carlos Sánchez Viamonte publica *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Destaca Ferreyra

(2007) que no existía hasta el momento en Argentina una obra que se dedicara íntegra y profundamente a tratar el tema.

En su libro, señala Sánchez Viamonte (1957) que pueden distinguirse dos etapas en ejercicio del poder constituyente. La primera, *primigenia*, es aquella que “abarca el doble carácter de acto constituyente y de elaboración de una Constitución” (Sánchez Viamonte, 1957, pág. 575-576) y que, por su carácter originario, no se encuentra atada a limitación alguna. Mientras tanto, la segunda etapa es la referida a la *continuidad*, y es cuando se ejercita el poder constituyente para reformar una Constitución vigente, a la cual se encuentra circunscrita y debe respetar.

Sobre la existencia de una Constitución, Sánchez Viamonte plantea dos posibles análisis: el de la legitimidad y el de la validez. En su opinión, el primero es una cuestión política que requiere remontarse a la naturaleza del acto constituyente, el cual necesariamente debe surgir de una voluntad popular mayoritaria (Sánchez Viamonte, 1957, pág. 591). Con respecto a la validez, señala que como problema jurídico formal, depende de las circunstancias en que se ejercita el poder constituyente, por lo cual, en la *etapa de primigeneidad*, es incondicionado. Por su parte, en la *etapa de continuidad*, la validez de una reforma depende de lo que disponga la Constitución vigente a ser enmendada: “la vigencia de la Constitución anterior subsiste y sus preceptos deben ser aplicados para juzgar la validez de la nueva” (Sánchez Viamonte, 1957, pág. 592).

Sus críticas sobre la reforma constitucional de la provincia de Santa Fe en 1921⁷² nos permiten profundizar algunas ideas del constitucionalista sobre la cuestión estudiada. Al respecto, sostiene que es inconstitucional que el Poder Legislativo se haya arrogado atribuciones que no le correspondían, como fijar el término del mandato de la Convención y limitar materialmente las facultades de la Asamblea, al prohibir alterar el mandato de las autoridades entonces constituidas (Sánchez Viamonte, 1957, págs. 536-537). Para Sánchez Viamonte (1957), la Constitución santafesina solo habilitaba al Congreso o Legislatura a señalar los artículos susceptibles de ser reformados, pero nunca podía aceptarse que el poder constituido se impusiera sobre el poder constituyente. Sobre la posterior anulación de la reforma por parte del Gobernador de Santa Fe, Sánchez Viamonte es concluyente: “cabe hacer notar el absurdo en que incurre el Poder Ejecutivo santafesino al anular una Constitución, después de sentar el principio doctrinario de que todas las atribuciones son limitadas en el gobierno

⁷² En esta reforma provincial tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo local, asumieron facultades constituyentes.

republicano. ¿De dónde saca el gobernador de Santa Fe la atribución de anular constituciones?” (Sánchez Viamonte, 1957, pág. 541).

Antes de realizar sus conclusiones finales, el autor sostiene que el Poder Judicial puede declarar la nulidad de una reforma que sea sancionada sin respetar el texto constitucional vigente. Sin mencionarlo expresamente en su obra, podemos deducir que Sánchez Viamonte era partidario –al menos– de un control judicial formal sobre las reformas constitucionales.

Opinión de Germán J. Bidart Campos

En 1963, Germán Bidart Campos publica *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional*. En esta obra, el constitucionalista deja asentada expresamente su posición sobre la problemática en estudio, al contestar la siguiente pregunta: “¿Puede una reforma introducida a la constitución ser atacada de inconstitucionalidad?” (Bidart Campos, 1968, pág. 190). A los fines de entender su enfoque, creemos necesario realizar una breve reseña sobre su visión sobre el poder constituyente.

Bidart Campos (1968) reafirma las enseñanzas de Sieyès y señala que el único titular legítimo para ejercer el poder constituyente es el pueblo. Sin embargo, para el autor también hay actos constitucionales ejercidos por otros órganos que no han sido investidos de modo legítimo y formal pero efectivamente ejercen actividad constituyente. Distingue entre titulares *de facto o reales*, cuando en uso de un poder ordinario válido pero sin gozar de atribución formal alguna –como el Poder Ejecutivo–, ejercen actividad constituyente; y titulares *válidos*, a quienes lo ejercen en uso de competencias legítimas –como el juez que interpreta la Constitución o el Parlamento que sanciona una ley que reglamenta la Constitución–, no obstante estar fuera del poder constituyente formal. Sostiene que este ejercicio real del poder constituyente material será legítimo, dependiendo de si se quebranta, o no, lo dispuesto por la Constitución escrita (Bidart Campos, 1968, pág.170).

Sobre los límites del poder constituyente, Bidart Campos (1968) afirma que en su *etapa originaria* no existe límite alguno que se derive del orden positivo. No obstante, para el jurista existen *criterios de justicia* del derecho natural que ciñen las posibilidades de constitución normativa y le marcan pautas en aquellas materias que resultan relevantes. En contraste, la etapa de continuación –o poder constituyente derivado– se encuentra limitada por la misma Constitución, principalmente de dos

modos⁷³: a) fijando un *procedimiento necesario* para habilitar la instancia de reforma, b) excluyendo determinadas materias o artículos de tal reforma, al determinar su inmutabilidad, ya sea expresamente o que surja implícitamente de los principios y sustrato ideológico de la ley suprema (Bidart Campos, 1968, pág. 173-174).

Concluye de este modo que las reformas constitucionales en las constituciones escritas están siempre limitadas por “aquellos principios básicos, en aquellas normas y en determinados conceptos que sustentan la existencia de una comunidad concreta, confiriéndole[s] a través del tiempo una fisonomía peculiar y un estilo político definitivos (...) hay algo indestructible, sólidamente afincado, que no puede ser suprimido, cambiado o tergiversado válidamente” (Bidart Campos, 1968, págs. 174-175). Para el autor, tal es el caso de nuestra CNA, la cual si bien habilita en su art. 30 la posibilidad de una *reforma total*, reviste ciertas características fundacionales que en su opinión son inmodificables –entre ellas, el federalismo, la libertad y la forma republicana–.

Volvemos entonces a la pregunta realizada al inicio de este apartado. ¿Puede una reforma introducida a la constitución ser atacada de inconstitucionalidad? La respuesta para Bidart Campos es afirmativa. En su opinión, habrá inconstitucionalidad en el caso de enmiendas que violen el procedimiento establecido por la Constitución –*defecto de forma*–, cuando la reforma afecte temas o artículos que han sido expresamente prohibidos de modificar –como sostiene Cueto Rúa (1944)–, o implícitamente, cuando afectan principios que se derivan del Derecho Natural y son inderogables –*defecto material*– (Bidart Campos, 1968, pág. 191).

Ahora bien, ¿a qué órgano o poder le corresponde controlar la constitucionalidad de una reforma constitucional? Para el autor tal competencia corresponde naturalmente al Poder Judicial. Repasa brevemente la jurisprudencia de los Estados Unidos –tanto estatal como federal–, antecedentes del Derecho Público Provincial, y finalmente, resume el entonces reciente fallo, “Soria de Guerrero”, donde destaca la excepción que en sus considerandos deja sentada la CSJN (Bidart Campos, 1968).

Bidart Campos reafirma esta posición en su obra *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional* (1988). En *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (1995) agrega que ante una afectación o violación

⁷³ Bidart Campos afirma luego en la misma obra (1968, pág. 176), que existe una tercera forma de limitación al poder constituyente derivado, referida al tiempo en que puede ejercerse dicho poder. En nuestra opinión, la limitación temporal puede ser encuadrada dentro del control formal de las reformas constitucionales.

de un derecho subjetivo consolidado producto de una reforma constitucional, lo más adecuado para garantizar su reparación es el control judicial de constitucionalidad (Bidart Campos, 1995 como está citado en Ferreyra, 2007, págs. 139-140).

Finalmente, en su *Tratado elemental de Derecho Constitucional* (2000), vuelve a reafirmar la importancia del control judicial, y señala que los tratados internacionales incorporados tras la reforma constitucional de 1994 imponen un límite externo y colateral al poder constituyente derivado, y que en caso de quebrantarse alguna de sus disposiciones, debe calificarse de inconstitucional (Bidart Campos, 2000, págs. 140-141).

Postura de Alberto A. Spota

En su obra *Lo político, lo jurídico, el Derecho y el poder constituyente*, publicada originalmente en 1971, Alberto Spota destaca que es posible que una reforma constitucional sea inconstitucional, en particular, si se han violado aspectos procesales o formales, como cuando la Convención Constituyente se excede en las facultades otorgadas en su convocatoria. Entonces, según el jurista el problema es determinar a quién le corresponde juzgar la constitucionalidad.

¿Debe ser realizado por el poder constituido, y en particular, por el Poder Judicial? Para Spota (1993), una respuesta afirmativa implica la ruptura de la división de poderes constituidos y de la subordinación de estos últimos con el poder constituyente. De esta manera, según el autor, la actividad del poder constituyente originario o derivado solo puede ser revisada o invalidada por el mismo poder político. No obstante, Spota (1993) establece como excepción aquellos casos en que la transgresión aparece como “formal y objetivamente comprobable con neutralidad manifiesta y fácil (...) y cuando al mismo tiempo acaece que el quehacer a revisar no integra la norma básica del Estado” (Spota, 1993 como está citado en Ferreyra, 2007, págs. 142-143).

Ideas de Jorge R. Vanossi

Jorge Vanossi publica en 1975 la obra *Teoría constitucional*. Entre los temas tratados, desarrolla la teoría constituyente y repasa las posturas de los distintos autores sobre el poder constituyente. Dada la imposibilidad de abordar aquí la totalidad del planteo del autor, nos limitamos a resumir sus ideas principales, que serán

fundamentales para comprender la visión del jurista sobre el control de reforma constitucional.

Ante todo, Vanossi (1975) considera que es necesario aclarar el problema de las etapas o clases del poder constituyente. Sobre el poder constituyente originario –o etapa de *primigeneidad*– considera que su estudio pertenece a la ciencia política, a la filosofía y a la sociología, ya que se trata de una cuestión metajurídica o extrajurídica. Está referida a una fuerza política y social que, si bien puede ser un objeto de consideración del Derecho, no ha sido creada ni se ajusta a límites impuestos por las ciencias jurídicas. Sobre las funciones de este poder originario, distingue entre poder fundacional –en la creación de un Estado– y poder revolucionario –cuando se produce la ruptura de la lógica normativa de creación regular del Derecho (Vanossi, 1975, págs. 144, 173-174).

En contraste, el autor señala que el estudio de poder constituyente derivado o reformador sí se encuentra en el ámbito de la normatividad, y que por su ubicación conceptual, las limitaciones que lo afectan son de naturaleza jurídica –más allá de que existan condicionamientos extrajurídicos, como los ideológicos y estructurales–. Clasifica a los límites en: *heterónomos*, si derivan de normas jurídicas ajenas a la ley suprema, y *autónomos*, si provienen de la misma Constitución positiva; y a estos últimos, en *procesales*, cuando refieren al trámite o recaudos que deben cumplirse en cuanto al procedimiento de reforma, y en *sustanciales*, cuando limitan los contenidos o la materia susceptible de ser enmendada (Vanossi, 1975, págs. 173-179).

Vanossi (1975) afirma que los límites de contenido –que algunos autores denominan “cláusulas pétreas”– pueden derivar expresamente de la Constitución, o inferirse implícitamente de su contenido. En su opinión, “tanto la excesiva *rigidez* (...) como la pretendida ‘eternidad’ de ciertas cláusulas, vienen a servir al extremo opuesto de su original finalidad: no evitan los cambios, sino que favorecen la consumación de esos cambios por vías revolucionarias” (Vanossi, 1975, pág. 188). Como argumentos en contra de establecer materias o artículos irreformables, el jurista sostiene que

- a) las prohibiciones privan al poder constituyente reformador de su función esencial, que es evitar el poder constituyente revolucionario;
- b) en su “soberbia eternidad”, fracasan en su finalidad en tiempos de crisis que no pudieron prever;
- c) su sustento ideológico no es más que subordinar al derecho positivo al derecho natural;

d) por esto último, antes que un problema jurídico, se transforma en un debate ideológico, en el que no parece lógico el fundamento de atar eternamente el pensamiento de las generaciones actuales a las creencias de los constituyentes originarios;

e) así como se habilita jurídicamente a un Estado a decidir sobre su extinción, parece incomprensible que no se permita modificar sustancialmente su norma fundamental (Vanossi, 1975, págs. 188-190).

Por lo dicho, el autor se pronuncia por la inexistencia de las cláusulas pétreas implícitas –aquellas que afectan el espíritu de la Constitución escrita–, incluso si eso implica, siempre en el ámbito del Derecho vigente, que se modifique la misma forma del Estado; y por la “inutilidad y relatividad jurídica de cláusulas pétreas expresas”, atento a la posibilidad de su violación, quebrantamiento o superación revolucionaria, o la derogación misma de la Constitución siguiendo el procedimiento de reforma estipulada, para proceder luego, a reformar la materia prohibida (Vanossi, 1975, pág. 191).

De este modo, para Vanossi es evidente que existe la posibilidad jurídica de llevar adelante una reforma total de la CNA –siempre que se siga lo dispuesto por el Derecho vigente–, sin que ello pueda implicar un cuestionamiento sobre su constitucionalidad. Esto lo posiciona en franca disidencia –amistosa y respetuosa, dice el jurista– a autores como Bidart Campos, quienes desde una postura iusnaturalista, según su opinión, no hallarán “garantía de intocabilidad en sistema constitucional alguno, desde el momento que toda afirmación dogmática (que no tolera refutación) y axiomática (que no admite comprobación) de eternidad de contenidos (...) choca o entra en colisión con una dinámica general de la cual es parte la dinámica del proceso político-constitucional” (Vanossi, 1975, pág. 206).

¿Cuál es entonces la solución para Vanossi? No establecer contenidos pétreos explícitos ni defender la existencia implícita de estos. En contraste, sostiene que lo que debe hacer el constituyente es establecer no una sino varias formas de rigidez, y categorizar las normas de modo que algunas resulten más sencillas de revisar y otras queden más protegidas de eventuales cambios (Vanossi, 1975, pág. 207).

Finalmente, Vanossi dice que para poder concretar su posición en el debate sobre la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional, es fundamental desarrollar previamente la construcción argumental de lo que denomina la *norma de habilitación*. Tal concepto ha sido tomado por el autor de la obra de Fritz Schreier,

titulada *Conceptos y formas fundamentales del trabajo*, en la cual trata sobre los problemas que surgen entre la positividad de las normas y los conflictos de significaciones opuestas entre normas de distinta jerarquía (Schreier, 1942 como está citado en Vanossi, 1975, pág. 228).

Sobre la positividad de la norma, el jurista argentino explica que existen dos perspectivas a analizar: su significación y el portador. La primera es la que interesa en el análisis de la problemática, y está referida a “que la significación de grado inferior no puede rebasar los límites que le impone la de grado superior”, so pena de carecer de validez (Schreier, 1942 como está citado en Vanossi, 1975, pág. 229). En esto se funda el principio de supremacía constitucional⁷⁴. ¿Qué sucede cuando hay una extralimitación de grados? Vanossi (1975) explica que el mecanismo a utilizar es la sanción, vía por la cual se elimina la validez jurídica formal de la norma que ha traspasado los límites.

Sin embargo, dice el autor (Vanossi, 1975) que existen casos en los que, a pesar de esta extralimitación, la norma mantiene su significación a consecuencia de lo que Schreier denomina *norma de habilitación*. Consideramos que la forma más clara de explicar este concepto es transcribir las ideas del jurista alemán:

Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación de grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas en la norma nula. De este modo y mediante un rodeo –a través de la norma de habilitación– el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido (Schreier, 1942 como está citado en Vanossi, 1975, pág. 230).

¿Cómo puede darse la habilitación en el caso de una reforma constitucional? Para Vanossi, la respuesta es producto de la falta de un recurso o la imposibilidad de impugnación que quite validez a la norma de significación: “la habilitación equivale a la no impugnación” (Vanossi, 1975, pág. 230). Siempre recordando que la obra fue escrita en 1975, esta imposibilidad surge para el autor de la jurisprudencia de la CSJN, casos “Cullen” y “Soria de Guerrero”, que ya hemos analizado. De este modo, la posibilidad de una irregularidad constitucional queda purgada por la norma de habilitación –la CNA– y su órgano *convalidante* –la CSJN– (Vanossi, 1975, págs. 230-231).

En el final de su exposición, Vanossi (1975, págs. 234-235) realiza las siguientes conclusiones:

⁷⁴ Schreier (1942 como está citado en Vanossi, 1975) denomina “hecho jurídico fundamental” a los límites de significación impuestos por la Constitución o norma fundamental.

- a) carece de sentido, atento a la posición asumida sobre la existencia de cláusulas *pétreas* implícitas –y la inutilidad de las explícitas–, sostener la posibilidad de un control judicial material de una reforma constitucional;
- b) si se busca modificar la jurisprudencia –de ese momento– de no justiciabilidad formal o de procedimiento del poder reformador sostenida por la CSJN, es menester neutralizarla asignando en la CNA expresamente tal competencia al máximo tribunal⁷⁵. Igualmente, la CSJN, como máximo y último interprete de la CNA, podría seguir cumpliendo la función de habilitación, pero por la vía de la justiciabilidad.

Control judicial y democracia, según las ideas de Humberto Quiroga Lavié

En 1978, Humberto Quiroga Lavié examina en su obra *Derecho Constitucional* la posibilidad de revisar la constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente derivado. En primer orden, el jurista realiza un análisis fáctico de la problemática y afirma que según los precedentes de la CSJN, es decir, al año 1978, no es posible, ni probable, que se declare la inconstitucionalidad de un proceso de reforma. Eventualmente, en caso de habilitarse tal cuestión, el autor sostiene que el control debería ser realizado por el Poder Judicial, a nivel difuso, y siempre con efecto *inter partes*. En su opinión, a pesar de que la validez general de la reforma no quedaría afectada, la cuestión transformaría a la CSJN –como tribunal de última instancia– en un “poder constituyente en sesión permanente”, y generaría una descompensación en la relación poder constituyente-poder constituido (Quiroga Lavié, 1978, pág. 614).

En tal orden de ideas, para Quiroga Lavié (1978) resulta fundamental definir un sistema de revisión de constitucionalidad del poder constituyente derivado más congruente con los principios democráticos actuales, y sostiene al mecanismo del referéndum constitucional como una alternativa posible. En opinión del autor, tal vía debería ser promovida por el Congreso de la Nación, y, de tal modo, el pueblo sería quien determinaría si la Convención Constituyente se ha excedido o no en sus facultades. Esta opción determinaría la incompatibilidad con un sistema de control judicial –realizado por el Poder Judicial– o político indirecto –realizado por el Congreso de la Nación mismo– (Quiroga Lavié, 1978, págs. 614-615).

⁷⁵ El autor sugiere agregar al art. 30 de la CNA el siguiente texto: “La regularidad del procedimiento de la reforma queda comprendida en los alcances del control de constitucionalidad de normas”.

Breve exposición de Carlos E. Colautti

En el trabajo denominado *Límites al poder constituyente instituido o derivado*, presentado en 1987 en la ciudad de Mar del Plata durante el VIII Encuentro de profesores de Derecho Constitucional, Carlos E. Colautti rechaza el criterio jurisprudencial asumido hasta entonces por la CSJN –“Soria de Guerrero” – y expresa que corresponde a los jueces realizar una revisión de constitucionalidad sobre las reformas a la Constitución. Sobre la norma que declara la necesidad de reforma, el autor sostiene que debe especificar cuáles serán los artículos susceptibles de ser enmendados. En torno a la posibilidad de un control sustancial o material, considera que existen límites autónomos –cláusulas pétreas impuestas por la misma CNA– y heterónomos –impuestos por los pactos federales preexistentes y el Derecho Internacional– que toda Asamblea Constituyente debe respetar (Colautti, 1987 como está citado en Ekmekdjian, 1995, págs.176-177).

Perspectiva de Néstor P. Sagües

Ya hemos analizado en el punto 1.1.3 que para Néstor P. Sagües (2012), existen topes a la actuación del poder constituyente constituido o derivado. Recordemos que el autor sostiene la presencia de cuatro tipos de límites: de contenido, de tiempo, de lugar y de procedimiento. Sobre el origen del control material o de contenido, manifiesta que puede surgir de fuentes externas –aludiendo al Derecho Público Internacional– o internas –cuando la misma Constitución prohíbe alterar ciertos artículos o principios fundamentales–. En su obra, *Elementos de derecho constitucional*, cuya primera edición es de 1993⁷⁶, afirma que la petrificación de la norma fundamental por un lapso prolongado carece de legitimidad, atento a que una generación no puede imponerse eternamente a las posteriores e impedir así la posibilidad de cambios.

Sobre los límites de procedimiento, Sagües (2003, pág. 128) explica que estos pueden derivar de distintos orígenes: de las propias prescripciones constitucionales, como el caso de la Constitución del Paraguay, en su art. 229; de las prescripciones dictadas por el propio poder constituyente, que tiene como facultad implícita dictar su reglamento interno; y de aquellas reglas dictadas por el poder *preconstituyente*, las cuales deben ser razonables y constitucionales.

⁷⁶ La obra a la que hemos accedido para el estudio del autor es la 3.ª edición actualizada y ampliada, del año 2003. No obstante, las ideas publicadas por Sagües en 1993 se mantienen intactas en la edición consultada.

Sobre la posibilidad concreta de revisar constitucionalmente una reforma, el autor se pregunta: “¿Es discutible en tribunales, o ante el órgano de control de constitucionalidad que posea un país, la inconstitucionalidad de una reforma constitucional por violación a límites de contenido (*matters of substance*) o de forma (*matters of procedure*: tiempo, lugar y procedimiento)?” (Sagües, 2003, pág. 128). Sagües parece inclinarse por la afirmativa, al manifestar que “si una reforma constitucional es inválida por infracción a topes normativos y axiológicos de contenido, de tiempo, lugar o procedimiento, ese defecto es *cuestión jurídica justiciable*, sin perjuicio de importar, al mismo tiempo, una cuestión política” (Sagües, 2003, pág. 129).

En 2016, el jurista publica el artículo “La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia argentina (1997-1999)”, en el cual analiza la problemática después del precedente “Fayt”. En este trabajo, sostiene su postura a favor de declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma constitucional pero aclara que “el destino y la subsistencia de esta doctrina dependerá de la prudencia y legitimidad con que sea manejada por los tribunales. Si éstos la practican irreflexiva o espúreamente (sic), es muy probable que las circunstancias exijan abandonarla” (Sagües, 2016, pág. 468).

Como conclusión, Sagües (2016) argumenta que, atento a los intereses que se enfrentaron en “Fayt”, no es impensable que una futura Asamblea Constituyente sea convocada para modificar el texto constitucional e impedir expresamente el control judicial de una reforma constitucional. Por último, tras el cambio jurisprudencial producido “Schiffirin”, el jurista ha publicado en 2017, en la *Revista Argentina Jurídica La Ley*, un artículo titulado “La justiciabilidad de una reforma constitucional”, en el que manifiesta que se ha corregido explícitamente y con razones adecuadas la tesis del fallo “Fayt”.

Análisis de Miguel A. Ekmekdjian

Miguel Ekmekdjian publica en el año 1995 su *Tratado de Derecho Constitucional*, y en tal obra deja plasmada su posición respecto a la problemática en estudio. Para el autor, el tema del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales se encuentra íntimamente ligado a los límites del poder constituyente reformador, y por ende, consideramos prudente analizar este último en primer lugar.

A diferencia del poder constituyente originario, para Ekmekdjian (1995) el poder constituyente derivado o reformador, como toda competencia estatal, posee límites

jurídicos, y agrega que estos pueden ser de tres tipos: temporales, formales y de fondo. Sobre los límites materiales, recuerda que en la doctrina encontramos dos posiciones: quienes consideran que existen cláusulas *pétreas* basadas en principios irreformables – con fundamento en el Derecho Natural o en el racionalismo– y quienes sostienen la inexistencia de ellos –desde una postura positivista– (Ekmekdjian, 1995, págs. 161-162).

El jurista se posiciona en el primer grupo –desde una perspectiva normativa racionalista–, y opina que una Constitución, para ser tal, no debe ser una simple compilación normativa: “debe tener contenidos mínimos que la caractericen como un instrumento de la libertad para frenar los abusos del poder” (Ekmekdjian, 1995, pág. 161). Por consiguiente, Ekmekdjian (1995) rechaza la postura jurisprudencial y doctrinaria que sostiene que todas las normas constitucionales gozan de la misma jerarquía, y postula que existen, tanto en las cláusulas que organizan el Estado como en las referidas a los derechos y garantías, diferentes rangos o categorías –de máxima jerarquía, gravitantes y superfluas⁷⁷–.

Si bien sobre la materia en investigación manifiesta haber apoyado la posición de Cueto Rúa (1944), el autor ha reconsiderado su postura tras la reforma constitucional Argentina de 1994, al descreer que los convencionales puedan interpretar con absoluta libertad –y facilidad– los requerimientos de la sociedad en la que están inmersos. De este modo, concluye que existen –o deben existir– límites *metajurídicos*, “cuya violación quita legitimidad al ejercicio del poder constituyente” (Ekmekdjian, 1995, págs. 164-165). Para Ekmekdjian son infranqueables el reconocimiento de los Derechos Humanos y la existencia de un sistema de separación de poderes, que evite su concentración.

En conclusión, ¿pueden ser para el autor las cláusulas incorporadas a la Constitución a través de una reforma violatorias de otras normas constitucionales, ya sea por su contenido o por el proceso en que se incorporan? Tras reconocer que existen argumentos serios para ambas posiciones, el jurista se inclina por admitir el control de constitucionalidad, aunque sujeto a las siguientes observaciones (Ekmekdjian, 1995, pág. 178):

⁷⁷ Al respecto, cita como ejemplo el art. 26 de la CNA, el cual, a pesar de no ser cumplido en la realidad, en su opinión no determina o hace peligrar la organización estatal. En el mismo nivel posiciona a los arts. 15, 21, 24, 34, entre otros (Ekmekdjian, 1995).

- a) no hay duda de que es posible efectuar un *control formal* en lo que respecta al procedimiento que se debe seguir para efectuar una reforma;
- b) existen contenidos mal llamados “pétreos”, que la CNA ha considerado inderogables expresamente, como la prohibición de la pena de muerte por razones políticas, y que por ende, cualquier modificación o supresión de ellos, sería inconstitucional;
- c) los tratados internacionales incorporados a la CNA, llamados por el autor, derechos de integración humanitaria, también imponen materias que resultan irreformables. Tal es el caso del Pacto de San José de Costa Rica, el cual puede habilitar eventualmente un control de convencionalidad por parte de la CIDH;
- d) existen ciertos contenidos, la libertad y la separación de los poderes, que no pueden ser alterados, bajo pena de eliminar la esencia misma que convierte a un texto normativo en una Constitución.

Finalmente, ¿cuál es para Ekmekdjian el órgano que debe realizar un control de constitucionalidad sobre el poder constituyente derivado? A pesar de no pasar inadvertida para el jurista la contradicción que genera que tal revisión la realice el Poder Judicial –un poder constituido–, sostiene que este órgano es el único que puede en nuestro sistema institucional actual poner un freno a los eventuales abusos del poder constituyente reformador. Sin control alguno, afirma que se produciría un quebrantamiento lógico aun mayor que el anterior, al verse eliminada la diferencia entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado. En tal orden, postula la creación de un órgano específico de control cuando fuera cuestionada la constitucionalidad de una reforma por vía judicial, con la posibilidad de someter sus decisiones a un referéndum o a una ratificación por las legislaturas provinciales (Ekmekdjian, 1995, págs. 178-179).

Opinión de Gregorio Badeni

En su obra *Instituciones de Derecho Constitucional*, publicada en 1997, Gregorio Badeni se expresa a favor de la revisión judicial de las reformas constitucionales, aunque establece que deben diferenciarse dos situaciones (Ferreyra, 2007)⁷⁸. Para el autor, una cuestión es el control sobre el acto preconstituyente realizado por el Congreso de la Nación, y otra, el control sobre el acto constituyente en sí, que hace efectiva una

⁷⁸ La obra a la que hemos accedido para el estudio del autor es el *Tratado de Derecho Constitucional*, 2.^{da} edición actualizada y ampliada, publicada en el año 2006. El jurista mantiene la posición desarrollada en *Instituciones de Derecho Constitucional* (1997), por lo cual no creemos necesario modificar el orden que le hemos asignado al autor en la sistematización de la doctrina ofrecida.

reforma constitucional, aquella que hace efectiva una reforma constitucional (Badeni, 2006, pág. 232).

Para el jurista, la ley declaratoria de la necesidad de reforma es susceptible de revisión judicial, y en tal orden, puede –y debe– ser contrastada con los requisitos establecidos en el art. 30 de la CNA. Entre tales exigencias, menciona al control de la actuación separada de las cámaras del Congreso, del *quorum* y de las mayorías necesarias, según su opinión, reconocidas por los fallos de la CSJN “Polino” y “Romero Feris”. No obstante, afirma que es incontrolable el juicio de valor –la oportunidad, la conveniencia y la necesidad– realizado por el Congreso a la hora de convocar una reforma. En el mismo sentido, se expresa respecto a las sugerencias que pueda hacer el órgano preconstituyente sobre la materia a ser reformada, atento a no ser vinculantes para la Convención Constituyente (Badeni, 2006).

Por último, Badeni (2006) sostiene que es posible cuestionar judicialmente el acto constituyente, solo en los siguientes casos:

- a) si no se verifican los requisitos formales establecidos a tal efecto;
- b) si se modifican cláusulas pétreas expresamente establecidas por el poder constituyente originario, en consonancia con la postura de Cueto Rúa (1994);
- c) si las cláusulas modificadas no hubieran sido incluidas en el temario establecido por el poder preconstituyente.

3.4. Posiciones doctrinarias a partir del siglo XXI

A continuación, desarrollaremos las posturas asumidas por diversos juristas a partir del comienzo del siglo XXI. Esta división cronológica no responde solamente a facilitar el estudio de la problemática, sino también a reconocer la importancia del sisma jurisprudencial que significó el fallo “Fayt” (1999) en el ámbito del Derecho Constitucional argentino. Como hemos adelantado en la Introducción, esta sentencia de la CSJN fue el origen de interminables comentarios y debates de la doctrina especializada; y en rigor de la verdad, constituyó el punto de partida de nuestro interés en la problemática de esta investigación.

Más allá de todas las críticas que se han hecho a esta jurisprudencia, es indudable el efecto positivo que ha generado en el ámbito académico. Ahora bien, dado el alcance y extensión del presente trabajo final, escapa a sus objetivos la posibilidad de explayarnos sobre todas las opiniones. En tal orden, recomendamos especialmente atender la nota a pie de la página 152 de *Reforma Constitucional y control de*

constitucionalidad, de Raúl Ferreyra (2007), en la que el autor da cuenta de un listado exhaustivo de la vasta literatura sobre el tema en cuestión⁷⁹.

Ideas de Daniel A. Sabsay

Si bien el trabajo “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina” fue publicado por Daniel Sabsay en 1999, consideramos que debe tratarse en este apartado, atento a ser posterior, y de hecho, una crítica directa al fallo “Fayt”. En primer orden, el autor sostiene que bajo ninguna circunstancia puede considerarse que la garantía de inamovilidad de los jueces, establecida por el art. 116 de nuestra CNA, constituya un aspecto fundamental del sistema republicano de gobierno. En tal orden, afirma, en coincidencia con Bidart Campos (2000) y en disidencia con Ekmekdjian (2002), que la inamovilidad vitalicia se trata de una posibilidad, entre varias alternativas posibles, de organización democrática del Poder, al punto de que otras naciones han adoptado mecanismos diferentes para garantizar la independencia del Poder Judicial (Sabsay, 1999).

Puntualmente sobre la problemática, el jurista no niega la posibilidad de que de “manera absolutamente extraordinaria y cuando no existiera otra solución plausible”, pueda intervenir el Poder Judicial para verificar que la tarea de la Convención Constituyente se haya desarrollado conforme a las pautas formales preestablecidas por el poder preconstituyente. No obstante, considera que en el precedente “Fayt”, el máximo tribunal de justicia no se limitó a realizar una revisión formal, sino también del contenido de la reforma, y en tal orden de ideas, optó por una tesitura amplia de control que se contradice con sus pronunciamientos anteriores (Sabsay, 1999).

Sabsay (1999) parece adelantarse a lo fallado por la CSJN en “Schiffirin”, cuando dice que no duda de que la materia en discusión en “Fayt” –art. 99 inc. 4 de la

⁷⁹ Asimismo, recomendamos a quienes deseen ampliar sobre la problemática en estudio los siguientes artículos: “El control judicial de una reforma constitucional. El caso ‘Colegio de Abogados de Tucumán’”, de María A. Gelli (2008); “Acerca del poder constituyente. De Sieyès al caso ‘Schiffirin’”, de Alfredo S. Gusman (2017); “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional y la aplicación efectiva del art. 99.4 de la Constitución Argentina”, de Andrés Gil Domínguez (2017); “Overruling en la Corte o los dilemas del control judicial de una reforma constitucional”, de Jorge A. Amaya (2017); “Reflexiones en torno a la reforma de la justicia en el marco de la transición a la democracia”, de Daniel A. Sabsay (2014); “La admisibilidad de límites al poder constituyente derivado, en ocasión del fallo ‘Schiffirin’”, de Pablo A. Cardozo García (2017); “La inamovilidad de los jueces y los excesos de una convención reformadora”, de Gregorio Badeni (2017); “¿Habrán ‘jueces mantenidos en sus cargos’?”, de Emilio A. Ibarlucía (2017); “Control judicial de una reforma constitucional”, de Carmen Fontán (2008); “¿Cambió la jurisprudencia o la cuestión sigue abierta?”, de Alberto R. Dalla Via (2017); “La doctrina de la Corte de ‘máxima deferencia’ para la revisión judicial de reformas constitucionales”, de Gustavo Arballo (2017); “¿Democracia vs. Constitución? Cuando los jueces vienen marchando”, de Jorge A. Amaya (2008).

CNA– fue incluida por la declaración de reforma de manera implícita, y que la interpretación del alto tribunal debería haber contemplado una postura amplia y no restringida al respecto. En conclusión, para el autor la actitud asumida por la CSJN “no puede dejar de relacionarse con una suerte de *corporativísimo* judicial, importando, asimismo, una manifestación de fortalecimiento de los elementos personalistas que tanto afectan al sistema político argentino” (Sabsay, 1999, pág. 443).

María Angélica Gelli y su visión política de la reforma constitucional

En el año 2001, se publica la *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* de la constitucionalista María A. Gelli. En primer orden, la autora afirma que el preámbulo mismo de la CNA establece cuáles son los 3 sujetos que componen el poder constituyente originario argentino: el pueblo de la Nación Argentina, las provincias y el Congreso General Constituyente. Por otra parte, recuerda que el poder constituyente derivado se encuentra regulado en el art. 30 de la CNA y señala que, por su redacción, posee múltiples problemas interpretativos que han llevado a la doctrina constitucional a diversos debates jurídicos. Más allá de esta cuestión, para la jurista todas las reformas constitucionales constituyen acciones eminentemente políticas, a pesar de que sean instrumentadas a través de normas. Justamente por ello, aporta al estudio de la cuestión enfoques extrajurídicos que, como veremos, resultan ciertamente reveladores (Gelli, 2005, págs. 340-341).

Para la autora, el hecho de que el art. 30 de la CNA autorice la reforma de la norma suprema en el todo o en cualquiera de sus partes resulta jurídicamente incoherente con el sostenimiento de algunos juristas de la existencia implícita de cláusulas pétreas o irreformables. Para ella, esto no es más que “el intento de una generación por condicionar a las futuras y, desde el exclusivo punto de vista jurídico, un vano intento por detener las transformaciones sociales, sean éstas positivas o negativas”. En síntesis, dice Gelli, “no se trata de sostener un relativismo valorativo sino de señalar que los contenidos pétreos son siempre *metajurídicos*” (Gelli, 2005, pág. 342).

En opinión de la autora, los únicos contenidos que podrían ser considerados inmodificables son aquellos que la CNA ha reconocido expresamente “para siempre”, como la prohibición de la confiscación de bienes y de la pena de muerte por razones políticas –art. 18 de la CNA–, o la nulidad insanable establecida para todos aquellos actos que atenten contra el orden institucional –art. 36 de la CNA, incluida por la reforma de 1994–. No obstante, sostiene que, si bien es necesario y esperable, es

insuficiente e ineficaz pretender resguardar contenidos tan fundamentales solo a través del control jurídico (Gelli, 2005).

En torno a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma a la ley suprema, Gelli realiza las siguientes preguntas: 1) “¿es admisible el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, sin que ello recorte hasta límites intolerables para la soberanía popular, las atribuciones reformadoras?; 2) en caso afirmativo, ¿qué aspectos resultan revisables?; 3) ¿qué tipo de controles –jurídicos, políticos, sociales– serían compatibles con el sistema de la república democrática y hasta donde podrían aplicarse?; 4) ¿qué sujeto estaría legitimado para solicitar el control?, y 5) ¿qué fundamentación jurídico-política avalaría el control de una reforma constitucional y su alcance?” (2005, pág. 348).

En respuesta a estos interrogantes, la autora sostiene que deben surgir muy buenas razones del orden político para poder aceptar la admisibilidad del control de constitucionalidad del poder constituyente reformador por un poder constituido. En tal caso, deben establecerse límites muy claros a tal facultad, para así no reemplazar la voluntad reformadora –la cual goza de la soberanía y legitimidad popular– por la de los ministros que integran la CSJN.

Sobre los aspectos revisables, de más está decir que para Gelli (2005, pág. 349) se encuentra desechada como regla una posible revisión judicial del contenido de una reforma. Para la autora, el control material “no tiene arreglo jurídico” y los límites debe provenir de valores *metajurídicos* compartidos por la sociedad, especialmente a través del poder del voto.

Finalmente, afirma que las únicas excepciones posibles referidas al control del procedimiento de la reforma que podrían habilitar la intervención de la CSJN, –como guardiana del proceso democrático– son: a) que la Convención se extralimite en la competencia asignada por el poder preconstituyente, y b) cuando el proceso reformador impida o elimine las “reglas del juego político dispuesto por la Constitución”, solo hasta donde sea necesario para restablecerlas (Gelli, 2005, pág. 349).

Postura de Juan Vicente Sola

Juan Vicente Sola es especialmente crítico del precedente “Fayt” y así lo deja sentado en su obra de 2001, *Control judicial de constitucionalidad*. En este sentido, rechaza enérgicamente la facultad asumida por el Poder Judicial en esta sentencia, en

tanto excede al ejercicio del control sobre la legitimidad de origen de la norma y se introduce en una revisión material de la CNA.

Para este jurista, el art. 30 de la CNA no establece limitación alguna respecto al contenido susceptible de ser reformado por el poder constituyente derivado, y solamente impone ciertos topes formales, relacionados a la mayoría calificada que debe obtenerse para declarar la necesidad de reforma y cuál es el órgano que posteriormente la debe llevar adelante. Por tal motivo, Sola concluye que “Fayt” representa para la Corte una decisión *autorreferencial* y en beneficio propio, que colisiona directamente con la voluntad popular expresada por el electorado, con el debate realizado por los constituyentes, y en particular, con el respaldo mayoritario brindado por los partidos y bloques políticos que promovieron la reforma de 1994. Por último, si bien no niega la posibilidad de una revisión judicial sobre cuestiones de procedimiento, considera que debe efectuarse con un cuidado aún mayor que el control de las leyes (Sola, 2001).

Postura de Antonio María Hernández

Antonio M. Hernández es uno de los principales críticos de la jurisprudencia sentada por la CSJN en “Fayt”. En el año 2001, publica el trabajo “El caso Fayt y sus implicancias constitucionales”, y sostiene sin rodeos que el fallo “es inconstitucional y se inscribe entre los precedentes más erróneos y graves de toda la historia jurisprudencial del Alto Tribunal” (Hernández, 2001, pág. 466).

Para el autor, el desconocimiento de la CSJN de la naturaleza del poder constituyente derivado, de su titularidad y de su diferencia con el poder constituido ha devenido en un avasallamiento de los principios básicos de la democracia y del Estado de Derecho. El jurista sostiene, a través de las ideas de Konrad Hesse, que el resultado de una Convención Constituyente solo puede ser revisado por otra Convención Constituyente, y por ende, niega rotundamente tal facultad a los poderes constituidos, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad, incluido el Poder Judicial y su máximo representante, la CSJN, ante el poder constituyente.

Por otro lado, Hernández (2001) también argumenta que el máximo tribunal ha desconocido otro principio fundamental de la teoría constitucional: la supremacía constitucional. En su opinión, el alto tribunal, al declarar la nulidad de dos de sus cláusulas, ha olvidado que su primera y máxima misión institucional es ser el protector y custodio final de la CNA.

Tras estas afirmaciones, nos preguntamos: ¿puede ser para el autor inconstitucional una reforma constitucional? Su respuesta es afirmativa y encuentra justificación cuando se violentan los topes establecidos para el ejercicio del poder constituyente derivado. Al respecto, comparte la clasificación propuesta por Vanossi (1975) sobre los límites, y habilita de este modo, un control amplio –material y formal– que puede surgir tanto de fuentes autónomas como heterónomas. Sin embargo, como ya hemos indicado, para Hernández esta tarea jamás podrá estar a cargo de un poder constituido, so pena de lesionar al sistema republicano y al régimen democrático, politizar la justicia y judicializar la política, y quebrantar los principios básicos que sustentan el orden constitucional (Hernández, 2001, págs. 511-515).

Postura de Alberto B. Bianchi

En su obra *Control de constitucionalidad*, reeditada y actualizada en el año 2002, Alberto Bianchi señala que nuestra CSJN, siguiendo a la jurisprudencia de los Estados Unidos, ha excluido pronunciarse de una determinada serie de actos que ha denominado “cuestiones políticas no justiciables”. Afirma, tras realizar un minucioso estudio de los fallos y la doctrina sobre el asunto, que es posible clasificarlas en: “a) cuestiones naturales o constitucionalmente políticas; b) cuestiones funcionalmente políticas; c) cuestiones que el Congreso dice que son políticas; d) cuestiones que los jueces dicen que son políticas; y e) cuestiones políticas encubiertas” (Bianchi, 2002, pág. 285).

Para Bianchi, entre las cuestiones que por su naturaleza (a) la CSJN había evitado emitir opinión, se encontraba la revisión del contenido y el proceso para reformar la Constitución. No obstante, esto parece haberse modificado, *asombrosamente*, tras el fallo “Fayt”, y en su opinión, a través de este precedente la CSJN ha abierto una brecha de consecuencias impredecibles al declarar la nulidad de dos cláusulas incluidas por la reforma constitucional de 1994 (Bianchi, 2002).

En sus conclusiones, si bien el jurista no expresa directamente su punto de vista sobre la problemática investigada, observa como positivo lo que a simple vista –tras sucesivos hitos jurisprudenciales– pareciera ser un repliegue o retroceso de las cuestiones políticas y, como contrapartida, una tendencia hacia una mayor *justiciabilidad* (Bianchi, 2002).

Posición de Ricardo Haro

En “El control de constitucionalidad de una reforma constitucional: reflexiones sobre su procedencia” (2016), Ricardo Haro expresa su postura sobre la temática de investigación. Al respecto, indica que existen tanto límites formales como materiales que delimitan la competencia del poder constituyente derivado. Señala así que “es inconstitucional una reforma si se ha violado el procedimiento que la CNA ha prescripto para el ejercicio constitucional del poder constituyente derivado, pues no sólo se viola el principio de supremacía constitucional, sino que además —según Ekmekdjian— se rompe la lógica de los antecedentes” (Haro, 2016, Apartado 24). Asimismo, considera que por regla es revisable el contenido sustancial de una reforma, siempre que en él se violen material y gravemente los Derechos Humanos o los principios del régimen republicano, representativo y federal, atento a que en tal situación estaríamos ante una *destrucción* —en términos de Carl Schmitt— y no de una reforma de la Constitución. Para el autor, de tal modo, se violan principios que determina como “no negociables” del orden público constitucional argentino (Haro, 2016).

En resumen, Haro considera que el poder constituyente derivado es un poder constituido por el poder constituyente originario, y en tal orden, debe ajustarse formal y sustancialmente a lo establecido por los constituyentes originarios, “pues en caso contrario estaría obrando inconstitucionalmente y, por lo tanto, esa inconstitucionalidad debe ser declarada por el máximo órgano que en el Estado es el intérprete final de la Constitución y cabeza de su control jurisdiccional, como lo es la Corte Suprema” (Haro, 2016, Apartado 14).

Análisis de Raúl G. Ferreyra

En el año 2006, Raúl G. Ferreyra recibe el título de Doctor en Derecho tras presentar su tesis titulada *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Dicha investigación es publicada al año siguiente por la Editorial Ediar, y se constituye, en nuestra opinión, en el estudio doctrinario más detallado y exhaustivo sobre la problemática en cuestión.

En la obra, el autor afirma que “el hecho de que la Constitución no sea eterna y de que se la pueda modificar, parcial o totalmente, no quiere decir que carezca de límites, que el ejercicio del poder de reforma pueda desposeerse de la propia observancia de la regla democrática” (Ferreyra, 2007, pág. 340) y, por ende, habilita la tesis de una posible inconstitucionalidad en el ejercicio del poder constituyente

derivado. Para el jurista, este quebrantamiento de la unidad del sistema normativo, resulta de la inobservancia de aquellas reglas que estipulan quienes están facultados y/o qué actos se deben cumplir para que las enmiendas sean válidas constitucionalmente (Ferreyra, 2007).

Entre los límites formales, Ferreyra señala que deben observarse estrictamente las siguientes cuestiones (2007, págs. 433-435):

- a) Etapa de iniciación
 - i. Declaración de la necesidad de reforma por parte del Congreso de la Nación.
 - ii. Voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros efectivos –totales– de cada Cámara, las cuales deben funcionar por separado.
 - iii. Específica fijación de la materia constitucional a ser reformada.
 - iv. Llamado a convocatoria a una Convención General Constituyente.
- b) Debate público y elecciones
 - i. Libertad absoluta de deliberación previa a los comicios para elegir los constituyentes.
 - ii. Elecciones deben ser realizadas inmediatamente después de la declaración de necesidad realizada por el Congreso.
- c) Creación constitucional
 - i. La Convención Constituyente debe abstenerse de tratar cuestiones que no hayan sido habilitadas expresamente por el poder preconstituyente. Esto permite al electorado poder elegir a los convencionales en base a su postura sobre las cuestiones a debatir.
 - ii. La Convención no se encuentra necesariamente obligada a debatir todos los puntos sujetos a revisión.

Por otra parte, Ferreyra considera que la invalidez constitucional de una reforma también puede provenir del incumplimiento “de un límite material implícito y las irradiaciones de éste en la Ley Mayor” (2007, pág. 340). A tal efecto, considera que tras la reforma de 1994, la incorporación del art. 36 de la CNA –la *constitucionalización* de la democracia como forma de gobierno– determina un límite infranqueable para futuras enmiendas o modificaciones, ya sean por medios pacíficos y jurídicos, o a través del uso de la violencia y la fuerza⁸⁰.

⁸⁰ También analiza el autor la factibilidad de la modificación del mismo proceso de reforma, establecido por el art. 30 de la CNA. En su opinión, tras analizar la postura de diversos autores, llega a la conclusión

Por ende, para el autor existe siempre un límite sustancial implícito que ningún poder constituyente reformador puede obviar: el respeto a la democracia constitucional, en el marco de un sistema republicano de gobierno.

Analizada la posibilidad de Ferreyra de sostener la inconstitucionalidad, tanto material como formal, de una reforma constitucional, resta desarrollar a quién le corresponde según el autor declararla. Para el jurista, existe una clara laguna normativa –de naturaleza impropia– en nuestra CNA, que impide desarrollar un juicio objetivo de a quien le compete adjudicarse la potestad de control. Del análisis e interpretación de la *constitutione lata*, Ferreyra señala que existen múltiples opciones para resolver la cuestión, entre las que se encuentra la revisión judicial. Sin embargo, para el jurista, esta última alternativa pareciera no ser lógica ni jurídicamente posible, al manifestar que

aceptar que la norma producida por un poder de jerarquía superior (poder constituyente) pueda ser declarada inconstitucional, y por ende inaplicable, por el Poder Judicial (poder constituido) genera un conflicto que, al violentar la supraordenación lógica, quiebra la coherencia del sistema (Ferreyra, 200, pág. 565).

¿Cuál es entonces la propuesta de Raúl Ferreyra? Tras analizar el debate sobre la justificación democrática o no del control judicial de constitucionalidad, el autor sostiene plantear una reforma constitucional que modifique, o mejor dicho, establezca un sistema de control constitucional del poder constituyente derivado. Para ello, propone un control judicial condicionado a varios filtros: a) limitar la legitimación para solicitar la declaración de inconstitucionalidad en sede judicial a ciertos sujetos representativos del poder político; b) en caso de determinarse judicialmente la inconstitucionalidad, remitir la decisión al Congreso de la Nación a los fines de que, si tal órgano lo aprueba por mayoría absoluta de sus miembros, sea sometida a una consulta popular vinculante que confirme o anule tal decisión (Ferreyra, 2007, págs. 581-583).

3.5. Recapitulación

Tras haber resumido las posiciones que ha tomado la doctrina en materia de control del poder constituyente derivado, intentaremos ahora sistematizar los conceptos

de que nada impide que, por el mismo procedimiento establecido por el artículo, pueda alterarse el sistema de reforma. Sin embargo, cualquiera sea el sistema que se adopte, debería respetar lo establecido por el art. 36, y sostener los principios republicanos de limitación del poder (Ferreyra, 2007, págs. 445-450).

e ideas de las distintas posturas. Consideramos que pueden realizarse progresivamente tres niveles de análisis, basados en los siguientes parámetros:

Nivel 1. Los límites al poder constituyente derivado y sus distintas manifestaciones

Nivel 2. La posibilidad de controlar y de determinar las consecuencias que genera la violación de estos límites

Nivel 3. El órgano al que le corresponde realizar el control de esos límites y, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad

Respecto al *primer nivel* es posible identificar las siguientes tesis:

a) *Poder constituyente derivado ilimitado*: esta postura equipara las facultades del poder reformativo a las del poder constituyente originario. Al no estar atada a límite normativo alguno, las reformas se encontrarían habilitadas a modificar o reemplazar todo el sistema constitucional vigente, e implicaría la libertad absoluta para determinar desde el sistema de limitación del poder al reconocimiento o no de derechos y garantías. Atento a los graves peligros que representa, ninguno de los juristas analizados adhiere a esta posición. Sin embargo, consideramos cercanas a esta postura las sucesivas intromisiones en la CNA realizadas por los distintos gobiernos de facto –1955, 1966, 1972, 1976– que, basadas en el ejercicio de “poderes revolucionarios”, alteraron el sistema normativo argentino, sin límite alguno más que los objetivos, absolutamente subjetivos, de las distintas proclamas militares. Recordemos que, como señala Sánchez Viamonte (1957), la línea que diferencia al ejercicio del poder constituyente derivado del ejercicio del poder constituyente revolucionario es extremadamente delgada.

b) *Poder constituyente derivado limitado*: ya sea desde una postura que considera al poder reformador como constituyente pero subordinado al poder fundacional, o por sostener que es un poder constituido más, quienes adscriben a esta tesis entienden que existen topes jurídicos –además de metajurídicos– que limitan las facultades reformativas. Dentro de esta perspectiva, podemos distinguir a aquellos que sostienen la existencia de:

-*solo límites formales o de procedimiento*: aquellos determinados por el art. 30 de la CNA y por la costumbre y la interpretación constitucional, relativos al procedimiento que se debe realizar para reformar la Constitución (entre ellos, Spota, 1993; Sola, 2001; Gelli, 2005).

-*Tanto límites formales como sustanciales*: además de los anteriores, la CNA determina límites materiales que establecen topes a los contenidos susceptibles de ser reformados, ya sea porque se derivan del texto constitucional

i) expresamente: la CNA establece en determinadas cláusulas la prohibición de innovar o modificar lo establecido en ellas, como la abolición perpetua de la pena de muerte y las prácticas de tortura del art. 18 (entre ellos, Cueto Rúa, 1944; Vanossi, 1975; Badeni, 2006; Ferreyra, 2007),

ii) tanto expresa como implícitamente: además de las explícitas, existen cláusulas pétreas, inderogables o de mayor jerarquía que surgen implícitamente de los principios constitucionales que sostiene la CNA (entre ellos, Linares Quintana, 1944; Bidart Campos, 1968; Ekmekdjian, 1995; Sagües, 2012; Haro, 2016).

Atento a la progresividad de cada nivel, se presume la existencia de límites al poder constituyente derivado –nivel uno– para analizar la segunda cuestión. Así, podemos distinguir entre las posibilidades y consecuencias de control (*nivel 2*):

a) *la imposibilidad de control de constitucionalidad*: cuando, si bien pueden existir incongruencias entre lo que dispone la CNA y la reforma, no existe ningún mecanismo de revisión de esta última establecido por la norma suprema, y el órgano a cargo de la interpretación constitucional en nuestro país –el Poder Judicial– no asume tales facultades. Tal cuestión se deriva de la jurisprudencia de la CSJN al menos hasta el fallo “Soria de Guerrero”, y es desarrollada por Vanossi (1975), en su teoría de la “norma de habilitación”⁸¹.

b) *La declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional*: se busca invalidar el ejercicio del poder constituyente derivado, a través de un control

- *formal*: por violar las normas de procedimiento y competencia establecidas por la CNA (entre ellos, los autores citados que sostienen la existencia de límites formales).

- *amplio*: por violar, además de las anteriores, límites materiales establecidos expresa o implícitamente por la CNA (entre ellos, los autores citados que sostienen la existencia tanto de límites formales como sustanciales).

Por último, resta determinar a qué órgano le compete declarar la eventual inconstitucionalidad de una reforma constitucional (*nivel 3*). Identificamos autores que sostienen que se encuentra facultado⁸²:

a) *el Poder Judicial (control judicial)*: la mayoría de la doctrina que hemos estudiado sostiene esta postura (Linares Quintana, 1978; Cueto Rúa, 1944; Sánchez Viamonte,

⁸¹ Vale aclarar que esta postura es una descripción de la realidad normativa, por lo cual, no implica para Vanossi (1975) valoración alguna, ni que deba permanecer de este modo indefinidamente.

⁸² Si bien algunos autores consideran que debe ser otro órgano distinto al Poder Judicial quien realice el control, entienden que, al no estar estipulado otro mecanismo por la CNA, y hasta tanto no se modifique esta última, corresponde la revisión a este poder, siempre de manera excepcional y de última ratio.

1957; Bidart Campos, 1968; Quiroga Lavié, 1978; Sagües, 2003; Ekmekdjian⁸³, 1995; Badeni, 2006, entre otros). Ya hemos dicho que compete a los jueces interpretar la Constitución y sostener su supremacía sobre las demás normas del sistema jurídico (control difuso), y para quienes adhieren a esta postura, las reformas constitucionales no se encuentran exentas a tal revisión. Sin embargo, es generalizada la opinión de que al controlar el poder constituyente derivado –e incluso la sostiene la CSJN en “Soria de Guerrero” y “Schiffrin”–, los magistrados deben obrar con máxima rigurosidad y prudencia. Dentro de esta misma posición, encontramos autores que sostienen un control:

- *difuso*: en cabeza de cualquier juez del Poder Judicial (entre ellos, Linares Quintana, 1978; Cueto Rúa, 1944; Sánchez Viamonte, 1957; Bidart Campos, 1968; Quiroga Lavié, 1978; Sagües, 2003; Ekmekdjian, 1995),

- *concentrado*: el examen debe ser realizado por la máxima autoridad judicial en Argentina, la CSJN (Gelli, 2005; Haro, 2016).

b) El poder político (control político): corresponde a este, en última instancia, controlar, y en tal caso, modificar, derogar, o ratificar las reformas constitucionales anteriores (entre ellos, Spota, 1993; Hernández, 2001; Ekmekdjian, 1995). Entramos aquí sin duda en terreno de *constitutione ferenda* y, así, hemos leído como algunos juristas sostienen que la revisión debería ser realizada por:

- la Convención Constituyente (Hernández, 2001),

- el pueblo, a través de un referéndum o consulta popular vinculante (Ekmekdjian, 1995, Quiroga Lavié, 1978),

las legislaturas provinciales, a través de una ratificación de la reforma constitucional (Ekmekdjian, 1995).

c) Control mixto: la revisión es realizada por etapas, a través de distintos órganos o poderes. Ferreyra (2007) propone un sistema en el que convergen el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Poder Político.

Podemos resumir este análisis en el siguiente cuadro.

⁸³ Este autor tiene preferencias por el control político, pero atento a que no está estipulado por la CNA, sostiene al control judicial como única alternativa vigente.

Cuadro 3. El control de reformas constitucionales en Argentina

NIVEL 1		NIVEL 2	NIVEL 3	
Existencia de límites jurídicos al poder constituyente derivado		Posibilidad de control de límites y su consecuencia	Órgano competente para ejercer el control	
Tesis afirmativa	Límites formales	Control formal de constitucionalidad	Control judicial	Difuso
				Concentrado
	Límites formales y materiales	Control amplio de constitucionalidad	Control político	Referéndum
				Convención Constituyente
Legislaturas provinciales				
Tesis negativa		Imposibilidad fáctica de control de constitucionalidad	Control mixto	Sistema mixto judicial-político

Fuente: elaboración propia

3.6. Conclusiones parciales del capítulo: nuestra opinión sobre la cuestión

Tras plantear la evolución de la jurisprudencia de la CSJN en el capítulo 2 y las ideas más relevantes de la doctrina especializada en el capítulo 3, corresponde a continuación dar cuenta de nuestra postura sobre la problemática en cuestión. Previo a ello, consideramos fundamental desarrollar aquella relación, *a priori* antagónica, con la que introdujimos el presente capítulo: democracia y constitucionalismo.

En *Teoría y crítica del Derecho Constitucional* (2009, pág. 23), Gargarella explica que puede resultar extraño plantear estas ideas como conflictivas entre sí. ¿Por qué deberían ser antagónicas democracia y constitucionalismo, cuando es tan común escuchar –y estudiar en las ciencias jurídicas– el concepto de “democracia constitucional”?

Afirma el jurista que mientras

nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente (...), por otro lado, ideas tales como las de Constitución (...) nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables, capaces de resistir la presión

de cualquier grupo, y aun, y especialmente, las presiones de un grupo mayoritario (Gargarella, 2009, pág. 23).

Gargarella sostiene entonces que el conflicto proviene del hecho de que *democracia y constitucionalismo* apelan a principios opuestos y que, en tal sentido, esto repercute directamente en nuestro modo de pensar y en la postura que adoptamos a la hora de opinar y discutir públicamente⁸⁴.

En tal orden de ideas, sostenemos que las posiciones que ha adoptado la jurisprudencia y la doctrina sobre el control de reforma constitucional se encuentran determinadas por la perspectiva ideológica asumida en el debate anterior. Si bien, como señala Gargarella (2009), la cuestión no tiene una obvia resolución, consideramos que la búsqueda de alternativas debe alejarse de los extremos y enfocarse en encontrar los puntos en común entre la vida en democracia pero en el marco de un orden constitucional.

De este modo, podemos sostener las siguientes consideraciones sobre la evolución de la jurisprudencia de la CSJN:

a) es insostenible –y de hecho, ya no se sostiene– la postura adoptada por la Corte en “Cullen”, que determina que el control del poder constituyente derivado es una cuestión política no justiciable. Esta negativa ha permitido en numerosas oportunidades –a través de las reformas convocadas o realizadas directamente por los gobiernos militares–, el desamparo absoluto del principio que busca proteger con no inmiscuirse: el respeto a las decisiones democráticas. En tal sentido, hasta que no se modifique la CNA y se introduzca un mecanismo de control específico, consideramos que el control judicial no puede ser inexistente;

b) en el fallo “Soria de Guerrero” el máximo tribunal habilita en el plano teórico –por primera vez– la posibilidad de controlar el proceso de reforma constitucional. Este precedente deja en claro que ni siquiera el poder constituyente derivado se encuentra exento del control constitucional, al menos a nivel formal. No obstante, aclara una cuestión que consideramos fundamental: la revisión del proceso debe ser siempre de

⁸⁴ Gargarella (2009) explica que los orígenes de tal tensión provienen de la discusión entre Thomas Paine, jurista *anticonservador* estadounidense, y Edmund Burke. Mientras Paine reclamaba por el “derecho de los que están vivos”, es decir, la idea de que “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que lo precedieron” (Payne, 1995, como está citado en Gargarella, 2009, pág. 24), Burke sostenía la idea de que las tradiciones de la comunidad tenían mayor valor que las ambiciones de cualquier generación. Esta disputa fue retomada posteriormente entre Thomas Jefferson, defensor del autogobierno y partidario de los controles exógenos del poder, y James Madison, defensor del constitucionalismo e impulsor del sistema endógeno de pesos y contrapesos.

última *ratio* y de carácter excepcional⁸⁵. Este criterio ha sido sostenido –con algunos agregados y aclaraciones– por la CSJN en los fallos “Cotti”, “Ríos”, “Polino” y “Romero Feris”, y ha sido restituido y complementado más recientemente en “Schiffrin”;

c) la postura asumida por la CSJN en “Fayt” representa el otro extremo del debate entre democracia y constitucionalismo. Más allá de los reproches de subjetividad⁸⁶, el fallo, que pretende proteger el principio de garantía de independencia del Poder Judicial –y en última instancia la separación de los poderes–, logra el efecto contrario: crea un *superpoder* capaz de cambiar y crear las reglas de juego, sin estar supeditado a control alguno. En tal sentido, “Fayt” fracasa en ambos extremos: desoye el respeto a la voluntad popular y destruye el sistema republicano constitucional;

d) más allá de la gravedad institucional que representa un cambio de precedente, en “Schiffrin” la Corte aparenta alejarse una vez más de los extremos ideológicos, y expresa su voluntad de ejercer un control *deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo*, siempre “de *última ratio* y con la más marcada rigurosidad”. Consideramos positivo el hecho de que el máximo tribunal exprese detalladamente cuáles son los escenarios –excepcionales– susceptibles de control judicial;

e) ahora bien, a pesar de que la CSJN en su último fallo determina dos reglas que contribuyen a restringir la interpretación judicial, es evidente que esta limitación se ve disminuida cuando el tribunal sostiene la posibilidad de un control material basado en la existencia de contenidos *pétreos implícitos*. Si bien aclara que deben tratarse de afectaciones graves y sustanciales, cabe preguntarse si esta intromisión puede ser sostenida bajo el solo fundamento de proteger la existencia de normas *supraconstitucionales* derivadas del Derecho Natural;

f) en este escenario, como sostiene Ekmekdjian (1995), cabe indefectiblemente cuestionarse sobre cuáles son estos derechos inderogables, si tienen todos la misma jerarquía y, en definitiva, a quién le corresponde determinar estas cuestiones. Más aún, ¿es acaso el sistema de pesos y contrapesos la única vía de control del poder que garantiza el respeto a las garantías básicas de las personas? Aquí entra nuevamente el conflicto entre *democracia y constitucionalismo*, y la Corte parece reservarse una

⁸⁵ Evidentemente, rechazamos que en base a este criterio la CSJN no haya puesto efectivamente un límite a las modificaciones y derogaciones constitucionales realizadas por los gobiernos militares. Sin embargo, esta cuestión no es motivo de estudio del presente trabajo final ya que su análisis trasciende el estudio de las ciencias jurídicas.

⁸⁶ Nos referimos al hecho de no haberse apartado los ministros por tratarse de una cuestión que los afectaba directamente, ya que tarde o temprano iban a sobrepasar el límite impuesto por el art. 99 inc. 4.

competencia que es imposible de legitimar, al menos en los términos planteados. Volveremos sobre este tema al desarrollar nuestra postura.

De manera análoga, tras el estudio de la doctrina, postulamos las siguientes reflexiones:

a) al igual que la jurisprudencia de la CSJN, podemos clasificar las posturas doctrinarias entre aquellas que priorizan los principios democráticos (Cueto Rúa, 1944; Quiroga Lavié, 1975; Solá, 2001; Hernández, 2001; Gelli, 2005; Ferreyra, 2007, entre otros) y quienes sostienen una postura más enfocada en los principios del constitucionalismo (Linares Quintana, 1944; Bidart Campos, 1968; Sagües, 2003; Ekmekdjian, 1995; Haro, 2016, entre otros);

b) posicionarse en el primer grupo –postura democrática– implica sostener un control judicial (o no sostener directamente esta posibilidad) limitado (formal, en casi todos los casos) y absolutamente excepcional, asociado normalmente al deseo de que se cree un sistema de control más respetuoso de la voluntad popular (referéndum, llamado a otra Convención, sistemas mixtos, etc.). Por el contrario, la pertenencia al segundo grupo –postura constitucionalista– se relaciona habitualmente a un control judicial amplio, tanto de las formas como del contenido de una reforma constitucional;

c) al igual que lo resuelto por algunos fallos de la CSJN, disentimos con determinadas posturas asumidas por algunos juristas. Con el debido respeto al autor, rechazamos la posición de Hernández (2001) –en el extremo democrático– ya que la experiencia y la historia constitucional argentina han demostrado que es insuficiente el mero deseo de que solo el poder político sea quien controle los posibles abusos del poder constituyente derivado. Esta crítica toma más sentido cuando, en consonancia con las ideas de Gargarella (2009), sostenemos que el sistema político actual, a través de los órganos de gobierno, resulta incapaz de escuchar y plasmar en medidas concretas las necesidades reales que le reclama la sociedad y sus diversos actores;

d) desde el extremo constitucional, tampoco coincidimos con la idea sostenida principalmente por Linares Quintana (1944) y Bidart Campos (1968), a favor de la existencia implícita de un núcleo constitucional irreformable o “pétreo”, cuyo contenido y justificación se atribuye a la existencia y vigencia del Derecho Natural. Por más noble que sea el pensamiento de los autores, cuestión de la que no dudamos, tal postura termina desvirtuando el sistema de contrapesos establecido en la CNA al dejar en manos de los jueces un nivel de discrecionalidad, y en efecto, de poder, imposible de contener y controlar, y lo que es más grave, de legitimar a nivel democrático. Se suman, además,

las mismas críticas que hemos realizado al fallo “Schiffirin” y que nos llevan a pensar sobre la validez de sustentar esta competencia de competencias en la existencia del Derecho Natural, como así también en los reparos aportados por Vanossi (1975) en torno a la inutilidad de las cláusulas pétreas expresas y, en particular, sobre la inexistencia de cláusulas pétreas implícitas, a las cuales nos remitimos;

e) en conclusión, nuestra posición se encuentra cercana a las posturas asumidas por Vanossi (1975), Gelli (2005) y Ferreyra (2007). Consideramos que estos autores, si bien tienen una preferencia por la postura democrática, encuentran sentido a muchas de las cuestiones planteadas desde el constitucionalismo y, de este modo, proponen alternativas e ideas que buscan armonizar este debate ideológico.

Pasando en limpio todas estas aclaraciones podemos sostener que, dada la normativa constitucional vigente, entendemos necesaria la intervención del Poder Judicial para establecer ciertos límites al poder constituyente derivado. Entre estos límites, no nos queda duda alguna de que los jueces deben realizar un *control formal* del proceso establecido por el art. 30 de la CNA, lo cual implica que:

a) la convocatoria haya sido realizada, sin excepción, por el Congreso de la Nación, por el voto de al menos dos tercios de los miembros totales de cada Cámara,

b) más allá de la forma que se adopte para realizar el acto anterior, el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra vedado de ejercer el derecho de veto,

c) la ley que establece la necesidad de reforma constitucional debe determinar algunas cuestiones básicas para que la convocatoria sea válida. Entre ellas:

- la determinación precisa de los artículos a ser reformados, o en su defecto, de las materias que se pretenden introducir al texto constitucional. En base al sistema vigente, creemos que es insostenible democráticamente habilitar una reforma total sin dar precisiones o en base a consignas vagas o imprecisas, ya que de tal modo resulta imposible para el electorado poder elegir a los convencionales en base a sus posiciones;

- un marco que garantice la libertad de expresión, discusión y acción de los convencionales. En tal sentido, disentimos con la práctica realizada en la Ley 24.309, a través de la cual se determinó la obligatoriedad de votar por la afirmativa o negativa un determinado bloque de reforma, sin poder introducir cambios;

- en caso de establecerse un plazo y lugar, este debe ser acorde a la labor que debe llevar adelante la Asamblea Constituyente (vale recordar lo sucedido durante la reforma provincial de Santa Fe, en 1921). En caso contrario, la Convención puede establecer estas cuestiones por pertenecer a su órbita reglamentaria.

d) Los convencionales deben ser elegidos por el voto directo del pueblo y por Sistema d'Hondt. Si bien esto no se encuentra establecido expresamente en la CNA, opinamos que se desprende del hecho de que la voluntad del poder constituyente recaerá necesariamente en el pueblo. Respecto al sistema de elección, consideramos que la práctica constitucional ha demostrado que el Sistema d'Hondt tiende a favorecer una mayor diversidad en la representación y, de este modo, se contribuye al fortalecimiento de la participación y el debate democrático,

e) elegidos y reunidos, los convencionales no tienen la obligación de tratar todos los puntos establecidos en la ley declaratoria de la necesidad de reforma. Sin embargo, la competencia de los constituyentes se encuentra expresamente limitada por los puntos que se hayan habilitado por el poder preconstituyente, lo cual implica distinguir:

- si se habilitó la reforma de algún artículo o materia en particular y el poder preconstituyente dejó expresamente sentado el sentido u objetivo de la revisión a ser discutida, los convencionales tienen prohibido utilizar esa autorización de modo que “constituyan una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial” (acorde con “Schiffirin”) absolutamente incompatible entre la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente.

- la prohibición de introducir artículos o materias sobre los cuales el electorado no ha tenido la posibilidad de prever a la hora de elegir a sus representantes convencionales.

f) El criterio de la CSJN a la hora de analizar las facultades de la Convención debe ser restrictivo, lo cual implica que en caso de duda sobre la habilitación o no de alguna cuestión por el poder preconstituyente, debe apoyarse la validez de lo decidido por el poder constituyente derivado.

Aclarada nuestra postura sobre las cuestiones de procedimiento, a continuación corresponde analizar si le compete al Poder Judicial establecer y controlar determinados límites materiales a las reformas constitucionales. Es aquí donde el debate ideológico entre *democracia* y *constitucionalismo* parece no encontrar una salida.

Sostenemos junto a Ekmekdjian (1995) que tras la *constitucionalización* de los diversos tratados de Derechos Humanos incorporados en el art. 75 inc.22 de la CNA, estos instrumentos resultan un límite infranqueable para toda reforma, al menos hasta tanto se cumplan los procedimientos establecidos por el Derecho local e internacional para denunciarlos.

Por otro lado, si bien existen algunas determinaciones expresas en nuestra CNA (y en otras normativas, como el Código Penal) que eliminan o impiden innovar *ad*

eternum sobre determinadas circunstancias (tal el caso de la prohibición de la pena de muerte por razones políticas), no consideramos que sean irreformables por el solo hecho de que el poder constituyente originario les haya agregado el término “para siempre”⁸⁷. Pensemos qué hubiera sucedido si el poder constituyente originario en vez de decretar la abolición “para siempre” de la esclavitud, hubiera establecido la prohibición de la educación laica, o del voto universal. Sin duda, nos arriesgamos a postular que nadie sostendría la perpetuidad de tales cuestiones (al menos con tanta seguridad) y, de este modo, parecería quedar demostrado que la fuerza o la convicción de la perpetuidad no deriva de los términos utilizados por los primeros convencionales, sino de la materia o sustancia que se reguló o prohibió.

Finalmente, corresponde discutir si pueden sostenerse límites sustanciales implícitos en la CNA que restrinjan la capacidad de reforma del poder constituyente derivado, y en caso afirmativo, si le corresponde al Poder Judicial determinar cuáles son. Ya hemos analizado que para la CSJN (“Schiffrin”) y una considerable parte de la doctrina la respuesta es doblemente afirmativa. Sin embargo, también hemos dejado en claro que existen juristas que no comparten este punto de vista.

Desde nuestra perspectiva, insistimos nuevamente en que es fundamental armonizar la relación *democracia-constitucionalismo* para brindar una respuesta adecuada. Con tal objetivo en mira, Gargarella sostiene que una manera de alivianar “los devastadores efectos de esta tensión” (2009, pág. 32) consiste en explorar las notas en común entre ambas ideas, por encima de aquellas que las diferencian. En tal sentido, considera que el presupuesto –principal– común de ambas nociones se encuentra vinculado al tema de la *igualdad*.

Según el autor, al asignarle a todas las personas una misma dignidad moral, en tanto son iguales en sus capacidades más básicas, aprobamos el sistema democrático al rechazar la idea de que existen clases de personas situadas –en su intrínseca dignidad– por encima de las demás. De tal modo, Gargarella (2009) dice que “afirmamos que cada individuo tiene un igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad: todos merecen participar de dicho proceso decisorio en un pie de igualdad” (pág. 32). Por otro lado, el jurista sostiene que nuestro compromiso con el constitucionalismo surge de nuestra intención de preservar ciertos derechos

⁸⁷ En este punto, disentimos con Cueto Rúa (1944), Gelli (2006) y Ferreyra (2007), aunque solo en su argumentación. Como veremos, sostenemos que las materias reguladas son inmodificables pero bajo otros fundamentos.

fundamentales que permitan llevar a cada uno su vida conforme a sus ideales, de modo que preserve una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás.

Planteada la cuestión de este modo, Gargarella (2009) afirma entonces que la idea de igualdad, entendida como la igual consideración y respeto que merece cada ser humano por su condición de tal, resulta el fundamento último del constitucionalismo y de la democracia. Desde nuestra perspectiva, no solo compartimos esta visión, sino que sostenemos que actualmente la democracia y el constitucionalismo son una condición necesaria para la subsistencia del otro. Así, afirmamos que la democracia constituye en la actualidad la mejor garantía para sostener los principios y derechos consagrados en la CNA, canalizando la voluntad popular y evitando así las interrupciones constitucionales por vía revolucionaria (en términos de Vanossi (1975), *poder constituyente revolucionario*); mientras que la CNA se ha transformado en un cimiento fundamental de la *democracia* para garantizar y regular jurídicamente su existencia y ejercicio, al punto de consagrarla en el art. 36 como forma de gobierno que no puede ser suspendida por actos de fuerza.

Retomando entonces la cuestión en análisis, en nuestra opinión el único límite implícito sustancial que habilita la intervención del Poder Judicial ante una reforma constitucional, se relaciona justamente con controlar si lo que se ha modificado en la Convención ha alterado este ideal de igualdad en la dignidad de las personas, tanto desde el punto de vista del constitucionalismo como de la democracia. La igualdad, como la hemos definido, se transforma entonces en un elemento imprescindible de toda reforma que pretenda formar parte de la actual CNA.

Podría argumentarse que esta última reflexión es contradictoria con nuestra opinión sobre el Derecho Natural. Sin embargo, la justificación de esta idea central no proviene de un derecho superior, sino de una reflexión derivada de la construcción histórica y social de la humanidad, y en particular, de la sociedad argentina. En este sentido, si bien las normas reflejan los valores cambiantes de cada momento histórico, hay una idea constante que se ha mantenido inalterable: el pueblo es el único legitimado para decidir su destino. Y el pueblo no es más que cada uno de sus integrantes que, tras un camino de idas y vueltas, se han reconocido como seres humanos iguales en dignidad y derechos. Así se ha plasmado y sostenido a lo largo y a lo ancho de toda la norma fundamental, en su preámbulo y en cada una de sus cláusulas.

En síntesis, a nuestro juicio, en base a la CNA vigente y ante el ejercicio del poder constituyente derivado, los jueces deberían intervenir cuando:

- a) se violen *límites formales* o de procedimiento sobre la reforma constitucional (control formal);
- b) se contradigan disposiciones de derecho internacional con carácter constitucional, en tanto no se realicen los procedimientos necesarios para denunciarlos;
- c) las reformas constitucionales impliquen una alteración en la igualdad de la dignidad de los seres humanos, en los términos ya desarrollados anteriormente;

Finalmente, concluimos con Gelli (2005) que los derechos fundamentales y la jerarquía entre ellos deben provenir de los valores metajurídicos que comparte una sociedad —especialmente a través del poder del voto— siempre y cuando se mantenga el principio de igualdad de todos los seres humanos. Si admitimos que, por nuestra condición de seres humanos todos podemos fallar, es preferible que el yerro provenga de la voluntad popular y no de la íntima convicción de una sola persona: el juez.

Capítulo 4. El control de las reformas constitucionales en el derecho comparado

En este último capítulo analizaremos los sistemas de control del poder constituyente derivado adoptados por los ordenamientos jurídicos de otros países. El estudio se realizará, salvo excepcionalmente, en base a la ley fundamental de cada Estado examinado.

En primer orden, recordaremos la clasificación general de los sistemas utilizados para controlar las reformas constitucionales, para luego adentrarnos en la investigación de la cuestión a través del estudio de las constituciones americanas y de otras regiones de nuestro planeta. Al concluir esta tarea, buscaremos sintetizar y esquematizar las distintas propuestas. Por último, como ejercicio académico, propondremos una modificación del sistema adoptado por la República Argentina en base a las experiencias brindadas por el derecho comparado, que permita armonizar la CNA con las conclusiones a las que hemos arribado en los capítulos 2 y 3.

4.1. Análisis de los sistemas de control

En primera instancia, creemos necesario realizar una breve clasificación de los ordenamientos constitucionales, lo cual facilitará más adelante el estudio del derecho comparado. La primera distinción que podemos realizar es entre constituciones que se encuentran *escritas y codificadas* en una sola norma fundamental, y aquellas que se encuentran *dispersas* en diversas leyes o documentos y que parten de la doctrina denominada *no escritas o consuetudinarias*. En segundo orden, según el sistema adoptado para reformarlas, podemos clasificarlas en *rígidas*, cuando se establece un mecanismo especial con mayorías agravadas; y *flexibles*, cuando la modificación se realiza a través del trámite legislativo ordinario.

Sobre los sistemas de reforma, el texto constitucional puede estipular un *único* procedimiento (vía Poder Legislativo o a través de una Asamblea o Convención Constituyente), o establecer *múltiples* mecanismos, que pueden a su vez ser *alternativos* (iguales para todo tipo de reforma) o *diferenciales* (*ordinarios* y *agravados*). Asimismo, en base a los sujetos autorizados a presentar iniciativas de reforma, pueden clasificarse en *amplios* o *restrictivos*. Finalmente, podemos distinguir entre sistemas que establecen una ratificación final por vía de *referéndum* (alternativa u obligatoria), o a través de otros órganos de poder (Legislaturas locales, Jefe de Estado, Poder Ejecutivo, entre otros).

Aclaradas estas cuestiones, corresponde a continuación desarrollar los distintos sistemas que se han adoptado para controlar las reformas constitucionales. Como ya hemos analizado previamente, la cuestión se encuentra íntimamente vinculada a la existencia o no de límites al poder constituyente derivado. De esta manera, la primera clasificación que podemos realizar es entre ordenamientos que habilitan el control de las reformas (*habilitantes*), aquellos que vedan todo tipo de revisión (*negatorios*), y, finalmente, los que aún no han definido la cuestión (*indefinidos*). La habilitación o prohibición puede surgir, a su vez, de manera *explícita* de la Constitución o leyes constitucionales, o derivarse *implícitamente* de sus principios y garantías, o del mismo espíritu o esencia constitucional.

De esta misma manera, la norma fundamental puede determinar expresamente o no a quién le corresponde realizar la revisión del poder constituyente derivado. Esto nos lleva a la clasificación del control según el órgano o poder que tiene –o se atribuye– esta competencia. En tal orden, podemos señalar sistemas que atribuyen –o es auto atribuida– tal revisión al Poder Judicial u órganos de similares características⁸⁸ (*control judicial*), los que lo determinan en cabeza del poder político (*control político*) y aquellos que combinan competencias en diversos órganos (*control mixto*).

Por su parte, el *control judicial* puede ser ejercido a nivel *difuso*, por todos los jueces que conforman el Poder Judicial, o de manera *concentrada*, pudiendo este último recaer en el máximo tribunal de justicia de un Estado (*común u ordinario*, como el caso de la CSJN) o en un tribunal *especializado* de índole constitucional (como Brasil, Colombia, Perú, entre otros). En el caso del control político, este puede ser ejercido de manera *directa*, a través de una consulta de la voluntad popular (vía referéndum o plebiscito), o por vía *indirecta*, a través de una nueva convención constituyente, una ratificación de las legislaturas provinciales o de un órgano especializado de carácter político. En tercer lugar, el control mixto es generalmente llevado a cabo por una

⁸⁸ Aquí debemos aclarar que consideraremos como *judicial* a los sistemas que establecen a un Tribunal o Corte Constitucional para el control de las reformas, a pesar de que su funcionamiento sea independiente del Poder Judicial ordinario. Entendemos que, a pesar de constituir en muchos estados un órgano extra poder, su modalidad de funcionamiento es prácticamente igual a la de los máximos tribunales o cortes supremas, y se distinguen por poseer la competencia fundamental y única de velar por la supremacía constitucional. Si bien varía en cada ordenamiento la composición de los tribunales y la forma de nombrar a sus miembros, sostendremos el calificativo *judicial* mientras sus integrantes cumplan la función de jueces o magistrados que deben descalificar actos y leyes en base a una interpretación jurídica de la norma fundamental. Evidentemente, es innegable la mayor dependencia y control de estos órganos por poder político (tanto por la forma de nombrarlos y removerlos, como por su periodicidad), pero también es cierto que mantienen una independencia y soberanía en sus decisiones, mientras dure el mandato de sus miembros.

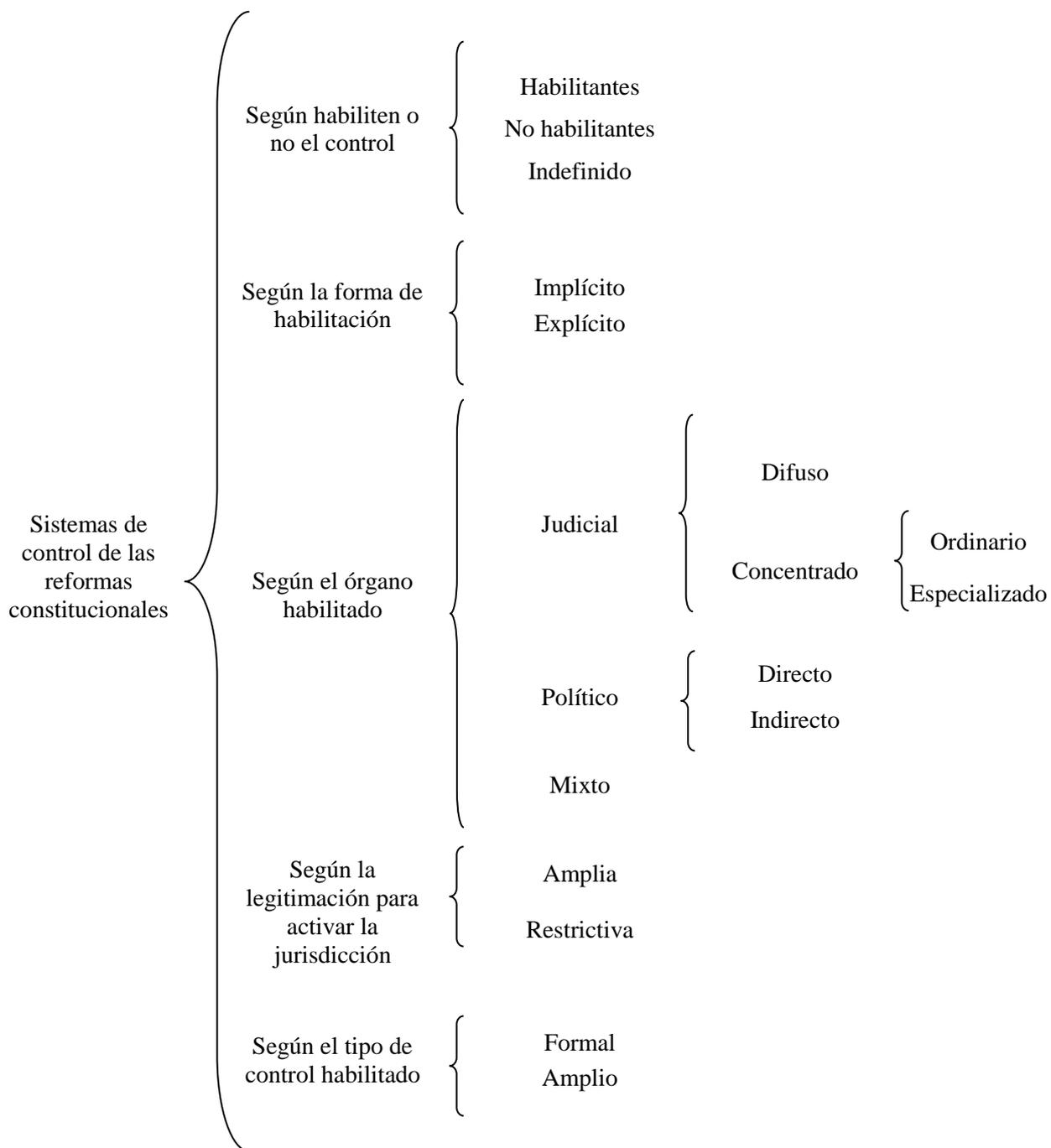
iniciativa política que deriva en un control judicial, pudiendo ser la decisión de este último remitida nuevamente a un mecanismo de control político directo, como el referéndum.

Desde el punto de vista de la iniciativa, los tres sistemas que hemos analizado anteriormente pueden establecer distintos grados de legitimación. Así, podemos encontrar ordenamientos con habilitación *amplia* o *general*, cuando la iniciativa de control puede surgir de cualquier persona con interés o derecho subjetivo; o *restrictiva* o *especial* cuando se le asigna esta competencia únicamente a determinados órganos o se exigen determinadas mayorías legislativas o de la voluntad popular.

Por último, corresponde distinguir los sistemas de control según la amplitud de los límites establecidos sobre el poder constituyente derivado. Por un lado, tenemos los que habilitan un control *formal* o de *procedimiento*, mientras que por el otro encontramos ordenamientos que establecen un control *amplio* en base a tanto límites formales como sustanciales o materiales.

Finalizamos esta breve introducción con un cuadro que resume la clasificación desarrollada anteriormente.

Cuadro 4. Sistemas de control de las reformas constitucionales



Fuente: elaboración propia

4.2. Análisis de los sistemas de control en América

En este apartado desarrollaremos los sistemas adoptados por los siguientes Estados: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Estados Unidos, Guatemala, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Como ya hemos adelantado, evitaremos desarrollar específicamente la cuestión jurisprudencial, salvo que el ordenamiento no prevea un mecanismo de revisión expresa, y haya sido el Poder Judicial quien haya asumido tal competencia. Dos son los puntos que analizaremos de cada Estado: (a) el sistema de reforma constitucional y (b) el sistema de control de reformas constitucionales. A los fines de simplificar el desarrollo teórico, hemos decidido solamente incorporar en el cuerpo de este trabajo final un cuadro comparativo que sintetiza los aspectos más destacados de cada país. Para ampliar pueden consultarse las constituciones de cada uno de los Estados, y los trabajos de los autores Agudelo Ibáñez (2015); Almagro Castro (2015); Balbuena Cisneros (2007), Bombillar Sáenz (2011), Cajas Sarria (2007), Carpizo (2012), d'Alessandro (2018), Esteva Gallicchio (1995), García Álvarez (1994), García Belaunde (2005), Henderson (2009), Henríquez Viñas (2011), Hernández Valle (2015), Lu Chai (1984), Mezzetti (2005), Moreno (1965), Ruiz Vieytes (2012), Villaverde Menéndez (2012) y Zaccara (2009). Asimismo, en el listado de bibliografía se encuentra detallada la jurisprudencia extranjera más relevante sobre la cuestión.

Cuadro 5. Análisis de los sistemas de control en América

CARACTERÍSTICAS					
País	Denominación de la Constitución	Año de sanción	Tipo	Sistema de reforma constitucional	Sistema de control de reforma constitucional
Argentina	Constitución de la Nación Argentina	1853	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Convención Constituyente), con límites materiales (en discusión).	Habilitante, implícito, judicial difuso, y de control amplio.
Bolivia	Nueva Constitución Política del Estado	2009	Codificada, rígida.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reformas parciales) o agravado (reforma total), sin límites materiales, con ratificación final obligatoria vía referéndum.	Habilitante, explícito, judicial concentrado y especializado, y de control formal.
Brasil	Constitución de la República Federativa del Brasil	1988	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), con límites materiales.	Habilitante, implícito, judicial concentrado y especializado, y de control amplio.
Chile	Constitución Política de la República de Chile	1980	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), sin límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Habilitante, explícito, judicial concentrado y especializado, y de control formal.
Colombia	Constitución Política de Colombia	1991	Codificada, flexible.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple alternativo (vía Poder Legislativo o por Asamblea Constituyente), sin límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Habilitante, explícito, judicial concentrado y especializado, y de control formal.
Estados Unidos	Constitución de los Estados Unidos	1787	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento múltiple alternativo (vía Poder Legislativo o por Asamblea Constituyente), con límites materiales, con ratificación vía legislaturas estatales (provinciales).	Habilitante, implícito, judicial difuso y ordinario, y de control formal.
Guatemala	Constitución Política de la República de Guatemala	1985	Codificada, rígida.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reforma parcial no esencial) o agravado (reforma parcial esencial o total), con límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Indefinido.
México	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	1917	Codificada, flexible.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), sin límites materiales, con ratificación vía legislaturas estatales (provinciales).	No habilitante, implícito y judicial difuso y ordinario.
Perú	Constitución Política del Perú	1993	Codificada, rígida.	De iniciativa amplia, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), sin límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Habilitante, implícito, judicial concentrado y especializado, de control amplio.
Uruguay	Constitución de la República Oriental del Uruguay	1967	Codificada, rígida.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple alternativo (vía Poder Legislativo, Convención Constituyente o por votación popular), sin límites materiales, con aprobación final obligatoria vía referéndum.	Indefinido.
Venezuela	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	1999	Codificada, rígida.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reforma parcial no esencial) o agravado (reforma parcial esencial o total), sin límites materiales, con aprobación final obligatoria vía referéndum.	Indefinido en control formal, no habilitante de control material.

Fuente: elaboración propia.

4.3. Análisis de sistemas de control de países de África, Asia, Europa y Oceanía

En esta sección, desarrollaremos los sistemas de control los siguientes países: Alemania, Arabia Saudita, Australia, China, España, Francia, India, Irán, Italia, Japón, Kenia, Reino Unido, Rusia y Sudáfrica. Atento a que excede a los objetivos de este trabajo final, obviaremos analizar la protección constitucional en el marco del sistema supranacional de la Unión Europea. Aclaremos simplemente que es innegable no atribuir a la Constitución Europea un límite infranqueable a nivel formal y material para el poder constituido derivado de sus Estados miembros. Al igual que el apartado 4.2, hemos desarrollado un cuadro que resume los distintos sistemas constitucionales y los mecanismos de control que han adoptado.

Cuadro 6. Análisis de sistemas de control de países de África, Asia, Europa y Oceanía

CARACTERÍSTICAS					
País	Denominación de la Constitución	Año de sanción	Tipo	Sistema de reforma constitucional	Sistema de control de reforma constitucional
Alemania	Ley Fundamental para la República Federal de Alemania	1949	Codificada, flexible.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), con límites materiales.	Habilitante, implícito, judicial concentrado y especializado, y de control amplio.
Arabia Saudita	Ley Básica de Arabia Saudita	1992	Dispersa, rígida.	De iniciativa restringida a la voluntad del monarca, de procedimiento único, con límites materiales derivados de los textos sagrados.	Indefinido.
Australia	Constitución del Commonwealth de Australia	1901	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), sin límites materiales, con aprobación final obligatoria vía referéndum.	Indefinido.
China	Constitución de la República Popular de China	1982	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Parlamento), sin límites materiales.	Habilitante, implícito, político indirecto y de control formal
España	Constitución española	1978	Codificada, rígida.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reforma parcial no esencial) o agravado (reforma parcial esencial o total), sin límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Habilitante, implícito, judicial concentrado y especializado, y de control formal
Francia	Constitución francesa	1958	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), con límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Habilitante, explícito, político indirecto, y de control amplio.
India	Constitución de la India	1950	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reforma parcial no esencial) o agravado (parcial esencial o total), sin límites materiales.	Habilitante, implícito, judicial concentrado y de control amplio.
Irán	Constitución de la República Islámica del Irán	1979	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único, con límites materiales, con ratificación obligatoria por Jefe de Estado (Líder Supremo) y referéndum.	Habilitante, implícito, político indirecto, y de control amplio.
Italia	Constitución de la República Italiana	1947	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo en doble vuelta), con límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Habilitante, implícito, judicial concentrado especializado, y de control amplio.
Japón	Constitución de Japón	1947	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento único (vía Poder Legislativo), con límites materiales, con aprobación final obligatoria vía referéndum.	Indefinido.
Kenia	Constitución de Kenia	2010	Codificada, rígida.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reforma parcial no esencial) o agravado (reforma parcial esencial o total), ambos en triple vuelta, sin límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum.	Habilitante, implícito, judicial difuso y de control formal.
Reino Unido	-	-	Dispersa, flexible.	De iniciativa restringida, de procedimiento único idéntico al parlamentario, sin límites materiales.	Habilitante, implícito, político indirecto y de control amplio.
Rusia	Constitución de la Federación de Rusia	1993	Codificada, rígida.	De iniciativa restringida, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reforma parcial no esencial) o agravado (reforma parcial esencial o total), sin límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum o por ratificación de las legislaturas estatales (provinciales).	Habilitante, implícito, judicial concentrado y especializado, de contenido formal.
Sudáfrica	Constitución de la República de Sudáfrica	1996	Codificada, flexible.	De iniciativa amplia, de procedimiento múltiple diferencial: ordinario (reforma parcial no esencial) o agravado (reforma parcial esencial o total), sin límites materiales, con ratificación final alternativa vía referéndum o legislaturas locales.	Habilitante, explícito, judicial concentrado y especializado, de control formal.

Fuente: elaboración propia

4.4. Recapitulación

A través del estudio del derecho comparado hemos podido analizar distintas experiencias en materia de reforma constitucional y control del poder constituyente derivado. Sobre los sistemas de control del poder constituyente derivado, es evidente que, salvo casos excepcionales (e. g. México), la gran mayoría de los países que hemos investigado *habilitan* algún tipo de revisión, ya sea de manera explícita (e. g. Bolivia, Colombia, Francia y Sudáfrica) o implícita (e. g. Brasil, Chile, Estados Unidos, Kenia, Rusia, entre muchos otros). Respecto al órgano controlador, casi todos los Estados analizados han optado por la revisión judicial, a excepción de China, Francia e Irán, que han elegido un cuerpo de representación política. Finalmente, es posible establecer una relación directa entre la amplitud del control y el establecimiento explícito de límites tanto materiales, como formales en los textos constitucionales. Así, no resulta extraño que países como Alemania y Brasil, que han petrificado ciertos contenidos constitucionales, habilitan un control judicial amplio, mientras que quienes han evitado este mecanismo, solo permiten un control judicial formal (e. g. Bolivia, Estados Unidos, Sudáfrica, entre otros). Sin embargo, al igual que el máximo tribunal argentino, algunas cortes se han *autoatribuido* una potestad de control de límites sustanciales, aunque no estén expresamente establecidos en la Constitución (e. g. Perú e India).

Por otra parte, es posible distinguir a los distintos ordenamientos jurídicos, al igual que lo hicimos con las posturas doctrinarias, entre aquellos más cercanos a los valores democráticos y aquellos más centrados en la idea del constitucionalismo. Algunos de los factores que establecen una mayor o menor afinidad a estas posiciones son: a) la determinación de límites materiales al poder constituyente; b) la forma en la que participa el pueblo del proceso constituyente; c) el grado de rigidez del procedimiento de reforma; y d) el órgano encargado de controlar los límites y su competencia.

Sobre el punto a, queda claro que cuanto mayor sea la petrificación de ciertos contenidos constitucionales (límites materiales explícitos e implícitos), más nos alejaremos de la postura democrática; mientras que en el punto b cuanto más directa sea la participación ciudadana en el mecanismo de reforma (como el referéndum) más nos acercaremos a esta posición. Por el contrario, sobre el punto c, la lógica indica que cuanto más complejo y dificultoso sea el procedimiento de reforma, más nos aproximaremos al concepto de constitucionalismo; mientras que, sobre el punto d,

cuanto mayor sea la dependencia del órgano de control de la voluntad popular, y cuanto menor sean sus facultades de revisión, más nos apartaremos de esta idea.

De esta manera, encontramos sistemas jurídicos en el extremo *democrático*, como el de Bolivia, en el cual se otorga un valor supremo a la voluntad popular y se habilita la reforma total de la Constitución, aunque ello implique derogar derechos y garantías fundamentales. En la misma posición se ubica Reino Unido quien, a pesar de no poseer una Constitución codificada, al equiparar el Poder Legislativo al poder constituyente otorga una soberanía absoluta al Parlamento como representante del pueblo. También podemos incluir en este grupo a las normas fundamentales de México, Colombia y Uruguay.

Por otro lado, en el extremo del *constitucionalismo* podemos mencionar a países como Brasil, Alemania e Irán. Las tres constituciones establecen contenidos inderogables que bajo ninguna circunstancia pueden ser alterados o suprimidos, aunque por motivos disímiles. En el caso de Brasil, la petrificación responde como un límite infranqueable a las múltiples interrupciones que ha sufrido, en su historia institucional, la vida democrática. Respecto a Alemania, tiene como objetivo evitar que se repitan las atrocidades cometidas bajo el régimen nazi, limitando todo tipo de decisiones mayoritarias que busquen desconocer la igualdad de la dignidad humana. Por último, los límites de la norma fundamental iraní tienen como fin sostener de manera perpetua las enseñanzas y tradiciones religiosas del Islam.

En un sector intermedio entre ambas ideas, podemos identificar a ordenamientos jurídicos como el de Chile, Francia, Estados Unidos, Italia, Japón y Sudáfrica. Estas constituciones poseen elementos que provienen tanto del *constitucionalismo* como de los valores *democráticos*. Por un lado, Chile, Italia, y Japón conceden un lugar central al referéndum como instrumento del poder reformador, aunque a la par consagran al Poder judicial como órgano de revisión de tal potestad. Francia es uno de los pocos países que establece un sistema de control de las reformas constitucionales de carácter político, y, sin embargo, instituye la prohibición de revisar la forma republicana de gobierno.

Finalmente, encontramos sistemas *autoritarios* como el de Arabia Saudita que, en pleno siglo XXI, desconocen tanto a la soberanía popular, como fundamento y origen de la autoridad, como a los principios básicos del constitucionalismo –la división del poder y el establecimiento de derechos humanos fundamentales–.

4.5. Conclusiones parciales y propuesta de reforma a la Constitución Nacional Argentina

Corresponde a continuación manifestar nuestras ideas sobre la *constitutione ferenda*, aunque previamente quisiéramos realizar algunas aclaraciones. No pretendemos con la propuesta que desarrollaremos faltar el respeto a la comunidad jurídica constitucional. Sabemos de nuestras limitaciones académicas y entendemos cuáles son los objetivos de este trabajo final. Entendemos que no hay soluciones mágicas o impuestas, y que cualquier decisión que se tome en un futuro sobre esta cuestión debe ser debatida por la ciudadanía en general, y en especial, por la doctrina especializada.

Sin embargo, tenemos la firme convicción que tras el estudio de la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado, pueden plantearse algunas mejoras a las lagunas normativas que plantea actualmente el art. 30, que en gran parte han sido resueltas por la costumbre y la jurisprudencia constitucional. El fundamento que da origen a nuestras ideas es el mismo que planteamos en las conclusiones parciales del capítulo 3: lograr un equilibrio entre los valores *democráticos* y los principios del *constitucionalismo*.

En este ejercicio académico, sostenemos como eje que es necesario limitar al mínimo la interpretación de la norma constitucional sobre el proceso de reforma y su eventual control. Para ello, es vital plasmar expresamente en el texto de la CNA algunas de las enseñanzas que nos ha dejado la experiencia de las distintas asambleas constituyentes, las opiniones de los constitucionalistas, los fallos de la jurisprudencia y las alternativas desde el derecho comparado. En este orden de ideas, creemos que, si bien debe sostenerse el mecanismo especial de reforma vía Convención Constituyente, deben especificarse algunas cuestiones como:

- a) los habilitados a presentar iniciativas o proyectos de reforma constitucional (*Iniciativa de reforma*);
- b) el órgano encargado del tratamiento de las iniciativas y de una eventual convocatoria a la Asamblea Constituyente (*Órgano preconstituyente*);
- c) la materia a reformar y el procedimiento a través del cual realiza la convocatoria (*Procedimiento de convocatoria*);
- d) el modo de elección de los convencionales (*Elección de los convencionales*);
- e) el funcionamiento en sí de la Convención (*Funcionamiento de la Convención*);

f) el órgano de control del proceso de reforma constitucional, con un detalle mínimo de su funcionamiento y competencias (*Control del poder constituyente derivado*).

a) Iniciativa de Reforma

Es necesario regular y transparentar el proceso de iniciativa de reforma constitucional. Son muchos los países que regulan la cuestión en sus normas fundamentales (Bolivia, Chile, Colombia, España, Francia, Perú, Rusia, Venezuela, entre otros) y creemos que la CNA no debería ser la excepción. Para ello, creemos que debería asignarse competencia de iniciativa al Presidente de la República, a los miembros del Poder Legislativo, al Presidente de la CSJN y finalmente, a la ciudadanía.

En lo que a priori parece un acto de desconfianza a la voluntad popular, resulta extraño que el art. 39 de la CNA prive al pueblo de presentar propuestas de reforma constitucional. Si bien se ha buscado dar una rigidez a nuestro sistema normativo fundamental, en nuestra opinión esta cuestión parece innecesaria. Lo importante del anteproyecto es su contenido, y para ello existe un doble filtro: el Congreso de la Nación y eventualmente, la Asamblea Constituyente. En tal orden, se debería modificar el actual art. 39 y permitir los mecanismos de participación ciudadana en materia constitucional.

Órgano preconstituyente

La experiencia constitucional argentina y de otros países demuestra el acierto de otorgar al Congreso de la Nación la competencia preconstituyente, al ser éste el órgano deliberativo más representativo de la soberanía popular. Consideramos que una futura reforma constitucional debería especificar que el único órgano encargado de convocar a Asamblea Constituyente es el Poder Legislativo o Congreso de la Nación, bajo pena de nulidad absoluta. Si bien hoy en día no se discute esta cuestión a nivel académico ni jurisprudencial, es vital eliminar todo tipo de interpretaciones que permitan habilitar (o justificar) excepcionalmente al Poder Ejecutivo (de facto o no) a convocar una Convención Constituyente.

Procedimiento de convocatoria

En primer lugar, es imprescindible establecer claramente en el texto constitucional cuáles son los límites materiales de la reforma. ¿Es posible enmendar toda la Constitución o existen artículos o materias que se encuentran vedadas? En base a

nuestra posición sobre la *constitutione lata*, proponemos que debería mantenerse la posibilidad de reforma total de la Constitución. Sin embargo, consideramos que deberían establecerse algunos límites materiales explícitos, los cuales ya hemos abordado en las conclusiones parciales del capítulo 3. Nos referimos a cuando:

- a) se contradigan disposiciones de derecho internacional con carácter constitucional, en tanto no se realicen los procedimientos necesarios para denunciarlos;
- b) las reformas constitucionales impliquen una alteración en la igualdad de la dignidad humana.

Respecto al punto b, al igual que lo establecido por el art. 1 de la Constitución de Alemania, entendemos que la igualdad en la dignidad humana se ha convertido actualmente en un valor intangible e inviolable, producto de una construcción histórica y social de la humanidad, y en particular, del pueblo argentino. Sin la observancia de este principio, creemos que es imposible hablar en nuestro país de *Constitución y democracia*.

Esto no implica olvidarse, tal cual advierte Vanossi (1975), de la inutilidad de establecer cláusulas pétreas expresas cuando las mismas pueden ser suprimidas o alteradas por una nueva reforma, ya sea vía poder constituyente derivado o por medios revolucionarios. Por ello, no sostenemos la perpetuidad o petrificación de cláusulas, sino, al igual que este último autor, el establecimiento de distintos grados de rigidez dentro de la CNA, que obligue a llevar adelante un procedimiento agravado para cuando se pretendan modificar algunos artículos o materias que resultan críticos para el ordenamiento constitucional. De tal manera, se lograría una jerarquización de determinadas cláusulas constitucionales, tal cual propone Ekmekdjian (1995).

Esta modalidad es bastante común en el derecho comparado (e. g. Bolivia, España, India, Rusia, Sudáfrica, entre otros) y permite tanto reducir los temores de reformas intempestivas y caprichosas que destruyen derechos y garantías constitucionales, como incrementar el respeto del ordenamiento jurídico hacia las decisiones democráticas. En tal sentido, se establecería un procedimiento ordinario, para realizar reformas parciales que no alteren cuestiones fundamentales como la forma de gobierno, las competencias de los distintos poderes, el procedimiento de reforma y los Derechos Humanos y garantías constitucionales que los protegen. Para su tratamiento por una Asamblea Constituyente, el proyecto debería obtener el voto de al menos dos tercios de los miembros totales de cada Cámara. Finalmente, se sometería la ratificación

a referéndum, debiendo obtener en la votación una mayoría absoluta y una participación mínima del 50% de los electores empadronados.

Por su parte, el procedimiento agravado necesitaría de una mayoría de tres cuartos de los miembros totales de cada Cámara del Congreso, y debería ser ratificado en última instancia y en todos los casos por referéndum. Para su aprobación definitiva, sería necesario el voto afirmativo de al menos el 65% de los electores, con una participación mínima del 50% del padrón electoral.

La forma en ambos casos sería la de una *Declaración* y, a los fines de fijar la competencia de la Convención, debería contener los artículos o materias sujetas a reforma, bajo pena de nulidad, salvo que se tratase de una modificación total. Asimismo, debería estipular el lugar (ciudad) donde se llevará a cabo la Asamblea y establecer un límite temporal para la ejecución de las funciones constituyentes. No obstante, en virtud del poder reglamentario, la sede podría ser modificada por el órgano reformador en situaciones extraordinarias. Bajo las mismas circunstancias, también podría prorrogar su mandato por un plazo igual o menor al establecido originalmente.

Vale aclarar que el Poder Ejecutivo se encontraría expresamente inhabilitado para vetar la Declaración, al ser la esta última un acto preconstituyente (político) distinto a una ley ordinaria. Respecto a la incorporación del referéndum, creemos que es un proceso que ha sido probado exitosamente en numerosos ordenamientos (e. g. Bolivia, Italia, Japón, Kenia, Uruguay, entre otros) y que permite una doble instancia de control a la ciudadanía. Resulta prácticamente imposible para esta última poder elegir a los convencionales en base a sus propuestas, y resulta ilógico privar al pueblo, titular de la soberanía, de la decisión final de aprobación de las reformas.

Elección de los convencionales

La convocatoria a elecciones debe ser realizada por el Poder Ejecutivo, por expreso mandato de la Declaración emitida por el Congreso de la Nación en funciones *preconstituyentes*. Consideramos que el mecanismo electoral a utilizar debería ser el Sistema d'Hondt ya que ha demostrado favorecer la representación de las posturas minoritarias. La cantidad de representantes por provincia debería ser igual a la de diputados en el Congreso de la Nación, respetando los datos estadísticos del último censo nacional. Asimismo, correspondería fijar un plazo mínimo de 45 y máximo de 90 días dentro del cual debe llevarse adelante el acto electivo. Si bien no pretendemos que se encuentre específicamente regulado en la norma constitucional, debería aprovecharse

este periodo para que cada convencional explicita su posición sobre las distintas cuestiones sujetas a reforma.

Funcionamiento de la Convención

Es necesario que quede asentado en la Constitución la facultad de la Convención para darse un reglamento y disponer las demás cuestiones de procedimiento para poder llevar adelante exitosamente su función constituyente. Esto implica, como ya hemos dicho, poder modificar por cuestiones extraordinarias lo relativo a la sede y a los límites temporales de su mandato. En concordancia a la posición mayoritaria de la doctrina argentina, la Convención no se encontraría limitada a votar textos cerrados impuestos por el poder preconstituyente. Su única limitación sería respetar la competencia asignada por la Declaración.

En el caso del procedimiento *ordinario* (reforma parcial no esencial), las enmiendas deberían ser aprobadas por la mayoría absoluta del total de los convencionales electos. En cambio, en el *agravado*, esta mayoría debería alcanzar un mínimo de dos tercios del total de los miembros.

Control del poder constituyente derivado

En base a las posiciones doctrinarias, la jurisprudencia y el derecho comparado, consideramos que el control debería llevarse adelante por el Poder Judicial. La competencia recaería de manera exclusiva y originaria en la CSJN, quien se encontraría facultada a revisar que se haya cumplido con el procedimiento de reforma establecido por la CNA y no se hayan violado los límites materiales que hemos explicitado. Si las enmiendas hubieran sido ratificadas por referéndum, debidamente convocado y ejecutado, los vicios referidos a la extralimitación de la competencia de la Convención quedarían purgados, siempre y cuando no exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente. En tal sentido, la CSJN podría declarar la nulidad total o parcial, con efecto *erga omnes*, cuando en la reforma:

- a) no se hayan respetado las mayorías establecidas para las votaciones;
- b) no se haya convocado a referéndum para la ratificación de la misma;
- c) exista una extralimitación grave, ostensible y concluyente de la Convención con la habilitación conferida por el poder preconstituyente;

- d) se contradigan disposiciones de derecho internacional con jerarquía constitucional, en tanto no se realicen los procedimientos necesarios para denunciarlas;
- e) o las reformas constitucionales impliquen una alteración en la igualdad de la dignidad humana.

Finalmente, consideramos que debería limitarse el pedido de control a nivel temporal y de legitimación. Así, la solicitud de control podría presentarse antes de transcurridos sesenta días de su ratificación por referéndum, y solamente por los siguientes sujetos:

- a) un tercio de los diputados o senadores de la Nación;
- b) el Presidente de la República;
- c) la ciudadanía, a través de la firma de al menos un 0,5% del padrón electoral.

Si no se presentara impugnación en estos términos, la cuestión se transformaría en irrevisable judicialmente y solo podría ser modificada por una nueva convocatoria constituyente.

De esta manera, proponemos un sistema de control de las reformas constitucionales *habilitante, explícito, judicial concentrado y ordinario, amplio, con efecto erga omnes, con limitación temporal y de legitimación restringida.*

Propuesta de reforma a la Constitución Nacional Argentina

Artículo 30. Reforma de la Constitución. La Constitución Nacional podrá ser reformada en el todo o cualquiera de sus partes, a partir de iniciativa presentada ante el Congreso de la Nación por:

- a) el Presidente de la República,
- b) los diputados y senadores Nacionales,
- c) el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,
- d) o la ciudadanía, por pedido firmado al menos por el 1% del padrón electoral nacional.

Artículo 30 *bis*. Procedimiento. La reforma será tratada por Convención General Constituyente, previa convocatoria a través de una Declaración del Congreso de la Nación, en base a los siguientes términos:

1. *Procedimiento ordinario*. Si la propuesta de reforma fuera parcial y no alterase la forma de gobierno; las competencias de los distintos poderes; las atribuciones no delegadas por las provincias; los Derechos Humanos consagrados en el texto constitucional o en los tratados con jerarquía constitucional; o el procedimiento de reforma constitucional, la mayoría necesaria para la convocatoria será de al menos dos tercios de los miembros totales de cada Cámara del Congreso, en votación por separado.
2. *Procedimiento agravado*. Si la reforma fuera total, o afectase las cuestiones citadas en el inciso anterior, la mayoría será de al menos tres cuartos de los miembros totales de cada Cámara del Congreso.
3. *Forma de la Declaración*. Salvo en el caso de reforma total, la Declaración deberá especificar los artículos o la materia a ser reformados, bajo pena de nulidad. Asimismo, deberá fijar el lugar donde se llevará a cabo la Convención y el plazo por el cual se le otorga mandato constituyente. Bajo ninguna circunstancia podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo Nacional.
4. *Elección de los convencionales*. Los miembros de la Convención serán elegidos por Sistema d'Hondt y la cantidad de representantes por provincia será igual a la de diputados en el Congreso de la Nación, respetando los datos estadísticos del último censo nacional.
5. *Funcionamiento de la Convención*. La Convención goza del poder reglamentario necesario para poder llevar adelante sus funciones. En caso de circunstancias extraordinarias, podrá modificar su sede y ampliar su mandato por un plazo máximo igual o menor al otorgado por el poder preconstituyente.
6. *Mayorías*. En el procedimiento *ordinario* las enmiendas deberán ser aprobadas por mayoría absoluta de los miembros totales de la Convención, mientras que en el procedimiento *agravado* esta mayoría deberá alcanzar un mínimo de dos tercios del total de sus miembros.

Artículo 30 *ter. Referéndum*. Finalizada la labor de la Convención Constituyente, la reforma deberá ser obligatoriamente ratificada por referéndum convocado por el Poder Ejecutivo dentro de los mismos plazos fijados para la elección de convencionales. La elección deberá permitir la votación individual de cada una de las enmiendas propuestas, salvo en el caso de reforma total. En el procedimiento ordinario deberá obtenerse una mayoría absoluta de votos afirmativos, mientras que en el procedimiento agravado la mayoría será de al menos el 65% de los votantes. En ambos casos, deberán participar en la decisión al menos la mitad de los ciudadanos que integran el padrón electoral nacional.

Artículo 30 *quater. Control del proceso de reforma constitucional*. Es competente de manera exclusiva y originaria la Corte Suprema de Justicia de la Nación del control del cumplimiento de los artículos 30, 30 bis y 30 ter. Para habilitar esta instancia, se deberá presentar Acción directa de inconstitucionalidad dentro de los sesenta días de ratificada la reforma por referéndum, bajo pena de ser rechazada sin más trámite. Se encuentran legitimados para presentar esta acción, de manera alternativa:

- a) el Presidente de la República;
- b) un tercio de los diputados o senadores Nacionales;
- c) la ciudadanía, por pedido firmado al menos por el 0,5% del padrón electoral nacional.

Artículo 30 *quintus*. La Corte podrá declarar la nulidad total o parcial de la reforma, con efecto *erga omnes*, siempre que:

- a) la Asamblea Constituyente no haya sido convocada por el Congreso de la Nación,
- b) no se hayan respetado las mayorías establecidas para cada una de las votaciones del Congreso de la Nación o de la Asamblea Constituyente;
- c) no se haya convocado a referéndum para la ratificación o no se hayan obtenido las mayorías necesarias;
- d) se trate de una reforma parcial y exista una extralimitación grave, ostensible y concluyente de la Convención con la habilitación conferida por el poder preconstituyente.
- e) se contradigan disposiciones de derecho internacional con jerarquía constitucional, en tanto no se realicen los procedimientos necesarios para denunciarlas; o,
- f) las reformas impliquen una alteración en la igualdad de la dignidad humana.

Conclusión

En los gérmenes de este trabajo final, nos centramos en la problemática de estudio a través de la definición de tres preguntas de investigación. Estábamos interesados en conocer cuáles han sido los cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en materia de control de reforma constitucional; cuáles las principales críticas de la doctrina; y qué sistemas alternativos provee el derecho comparado.

A partir de estos interrogantes y apoyados en la lectura de los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales rastreados en la etapa de desarrollo del proyecto (la propia Constitución Nacional; Ekmekdjian, 2002; Bidart Campos, 2003; Sagües, 2012; Hernández, 2001; Ferreyra, 2006, los fallos de la CSJN, entre otros), constituimos los objetivos generales que guiarían nuestro trabajo: 1) *analizar la modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en materia de control de reforma constitucional, y las posturas que surgen desde la doctrina y el derecho comparado*; y 2) *proponer un modelo alternativo, como ejercicio académico, a partir del desarrollo teórico anterior*. El proceso de investigación daría lugar al encuentro con las obras fundamentales de los principales teóricos y juristas del derecho constitucional y la revisión de las constituciones de otros Estados de la región y del mundo, lo que nos permitió completar el marco teórico sobre el que asienta sus bases el presente trabajo.

A los fines del estudio de la problemática y en base a los objetivos planteados, optamos por el desarrollo de una metodología descriptiva, con una mínima fase exploratoria y explicativa, mediante la disposición de herramientas de indagación del enfoque cualitativo. A la luz de esta conclusión general, es nuestro propósito hacer un recorrido por cada uno de los capítulos que constituyen el presente trabajo y recuperar las principales reflexiones a las que cada uno de ellos dio lugar. Es nuestro interés, reconocer la guía que representó durante todo el proceso la tesis doctoral de Raúl Gustavo Ferreyra (2006).

En el desarrollo del capítulo 1, a los fines de *analizar el sistema de control de constitucionalidad y de reforma constitucional en Argentina, y la interacción entre ambos; y el sistema de reforma y los límites al poder constituyente derivado establecidos en la Constitución*, dimos cuenta de algunos conceptos constitucionales preliminares, que facilitaron, en las etapas posteriores, el estudio de la problemática central. Asimismo, aclaramos dos cuestiones básicas del Derecho Constitucional, como

lo son la supremacía y el control constitucional, y las estudiamos desde la perspectiva de la CNA.

En ese marco, pudimos observar que la norma fundamental argentina, para sostener su supremacía por sobre el resto del ordenamiento jurídico, ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad de carácter *judicial, difuso, amplio*, actualmente *de oficio* y con efecto decisorio *inter partes*. Por otra parte, vimos que la ley suprema ha regulado el ejercicio del poder constituyente derivado a través de un sistema de reforma *rígido*, instado por un poder preconstituyente, a cargo del Congreso de la Nación, y desarrollado en última instancia por una Convención o Asamblea Constituyente.

En esta misma etapa, analizamos también la estrecha relación que une a los límites del poder constituyente y la posibilidad de llevar adelante un control de las reformas constitucionales. En tal sentido, señalamos que del breve texto del art. 31, al no desprenderse la existencia de límites materiales algunos, se asoman múltiples lagunas normativas que han sido el origen de intensos debates sobre la constitucionalidad de las distintas reformas en la historia institucional de la CNA. Dimos cuenta de que, fundamentalmente, se han planteado diferencias sobre: a) las mayorías necesarias para convocar la Asamblea Constituyente (e. g. reforma de 1949); b) la posibilidad de que este órgano reformador sea convocado por el poder de facto (e. g. reforma de 1957), c) la competencia del poder preconstituyente para limitar las facultades del poder constituyente (e. g. reforma de 1994); y, por sobre todas ellas, d) quién puede controlar el proceso de reforma constitucional.

La búsqueda de respuestas a las problemáticas que surgen de las lagunas normativas reveladas nos llevó, en el capítulo 2, a concentrar nuestros esfuerzos en el *análisis de la modificación de la jurisprudencia de la CSJN en materia de control de reforma constitucional*. Para ello, abordamos, en orden cronológico los fallos del alto tribunal sobre la materia de investigación. La exploración nos permitió distinguir cuatro etapas en la evolución de la jurisprudencia:

Etapa 1. Desde “Cullen” hasta el fallo “Soria de Guerrero” (1863-1963), caracterizada por la negación absoluta por parte de la CSJN del carácter justiciable del control de reforma constitucional, al considerarlo una cuestión *política*.

Etapa 2. Desde “Soria de Guerrero” hasta el fallo “Fayt” (1963 a 1999): a partir de “Soria de Guerrero”, la CSJN reconoció la posibilidad de un eventual control del proceso de reforma constitucional, de carácter excepcionalísimo, siempre y cuando se

demostrase que no se hubiera cumplido con los requisitos mínimos e indispensables que condicionaban la creación de la ley. Más allá de ello, en su ejercicio, no aplicó efectivamente este control.

Etapa 3. Desde “Fayt” al fallo “Schiffrin”, en la que tuvo lugar la primera sentencia del máximo tribunal que ejerció en concreto el control de un proceso de reforma constitucional –la reforma de 1994– y, así, el poder constituido por primera vez desde el establecimiento de la CNA anuló lo sancionado por el poder constituyente –el art. 99 inc. 4 párrafo tercero y la cláusula transitoria undécima.

El fallo “Schiffrin” marca el comienzo de la *etapa 4 –que se extiende hasta la actualidad–* y el abandono del precedente sentado en “Fayt”. En esta sentencia la Corte parece inclinarse hacia un camino más respetuoso de las decisiones democráticas, sin dejar de lado su misión de máximo intérprete de la CNA. Asume la posibilidad –y el deber– de controlar las reformas constitucionales, pero con un criterio de revisión restringido –en sus facultades–, y de interpretación amplia de la competencia de la Convención Constituyente.

Tras el análisis de la jurisprudencia, en el capítulo 3 dimos cuenta, en orden cronológico, de las opiniones doctrinarias sobre la materia en estudio. Guiados por la selección de autores presentada en la obra del constitucionalista Raúl Ferreyra, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad* (2007), ampliada con otros juristas, sistematizamos los conceptos e ideas de las distintas posturas en tres niveles de análisis progresivos:

Nivel 1: los límites al poder constituyente derivado y sus distintas manifestaciones.

Nivel 2: la posibilidad de controlar y de determinar las consecuencias que genera la violación de estos límites.

Nivel 3: el órgano al que le corresponde realizar el control de esos límites, y en caso de corresponder, declarar la inconstitucionalidad.

Respecto al primer nivel identificamos las siguientes tesis:

a) *Poder constituyente derivado ilimitado*: esta postura equipara las facultades del poder reformatorio a las del poder constituyente originario.

b) *Poder constituyente derivado limitado*: quienes adscriben a esta tesis entienden que existen topes jurídicos –además de *metajurídicos*– que limitan las facultades reformatorias. Dentro de esta perspectiva, distinguimos aquellos que sostienen la existencia de i) *solo límites formales o de procedimiento* (entre ellos, Spota, 1993; Vicente Sola, 2001; Gelli, 2005); ii) *tanto límites formales como sustanciales*, ya sea

expresamente (entre ellos, Cueto Rúa, 1944; Vanossi, 1975; Badeni, 2006; Ferreyra, 2007) o tanto expresa como implícitamente (entre ellos, Linares Quintana, 1944; Bidart Campos, 1968, Colautti, 1975, Ekmekdjian, 1995; Sagües, 2012; Haro, 2016).

En el nivel 2 distinguimos entre las posibilidades y consecuencias de control:

a) *La imposibilidad de control de constitucionalidad* desarrollada por Vanossi (1975), en su teoría de la “norma de habilitación”.

a. *La declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional*, a través de un control formal (entre ellos, los autores citados que sostienen la existencia de límites formales) o un control amplio (entre ellos, los autores citados que sostienen la existencia tanto de límites formales como sustanciales).

Por último, en el nivel 3 analizamos a qué órgano le compete declarar la eventual inconstitucionalidad de una reforma constitucional e identificamos autores que sostienen que debe ser realizado por a) *el Poder Judicial (control judicial)* (Linares Quintana, 1978; Cueto Rúa, 1944; Sánchez Viamonte, 1957; Bidart Campos, 1968; Quiroga Lavié, 1978; Sagües, 2003; Ekmekdjian, 1995; Badeni, 2006, entre otros); b) *el Poder Político (control político)* (entre ellos, Spota, 1993; Hernández, 2001; Ekmekdjian, 1995); un *procedimiento mixto* (Ferreyra, 2007).

Tras esta sistematización, nos propusimos dar cuenta de nuestra posición sobre la problemática. Para ello, apoyados en las ideas de Gargarella (2009), mostramos que las posiciones que ha adoptado la jurisprudencia y la doctrina sobre el control de reforma constitucional se encuentran determinadas por el lugar que se ocupa en el debate ideológico entre el *constitucionalismo* y los valores *democráticos*. Si bien, como señala Gargarella (2009), la cuestión no tiene una obvia resolución, consideramos que la búsqueda de alternativas debe alejarse de los extremos y enfocarse en encontrar los puntos en común entre la vida en democracia pero en el marco de un orden constitucional.

En ese marco de ideas, fuimos descartando las ideas de algunos autores y de parte de la jurisprudencia y dejamos en claro que nuestra posición se encuentra cercana a las posturas asumidas por Vanossi (1975), Gelli (2005) y Ferreyra (2007). Consideramos que estos autores, si bien tienen una preferencia por la postura democrática, encuentran sentido a muchas de las cuestiones planteadas desde el constitucionalismo y, de este modo, proponen alternativas e ideas que buscan armonizar este debate ideológico.

Sostenemos que, dada la normativa constitucional vigente, entendemos necesaria la intervención del Poder Judicial para establecer ciertos límites al poder constituyente derivado cuando:

- a) se violen límites formales o de procedimiento sobre la reforma constitucional (*control formal*);
- b) se contradigan disposiciones de derecho internacional con carácter constitucional, en tanto no se realicen los procedimientos necesarios para denunciarlos; las reformas constitucionales impliquen una alteración en la igualdad de la dignidad de los seres humanos (*control material*).

En el capítulo 4, analizamos los sistemas de control del poder constituyente derivado adoptados por los ordenamientos jurídicos de otros países. El estudio se realizó en base a la ley fundamental de cada Estado examinado, complementado, excepcionalmente, con jurisprudencia. Tras recordar la clasificación general de los sistemas utilizados para controlar las reformas constitucionales, nos adentramos en la investigación de la cuestión a través del estudio de las constituciones americanas y de otras regiones de nuestro planeta, en el cual se pudo identificar también la presencia del debate entre *democracia* y *constitucionalismo*.

Este recorrido nos permitió proponer, como ejercicio académico, una modificación del sistema adoptado por la República Argentina, que favorece, a nuestro juicio, la armonización de la CNA con las conclusiones a las que arribamos en el capítulo 2 y 3.

Durante el desarrollo y el análisis de la jurisprudencia y la doctrina, hemos procurado mantener una neutralidad conceptual intentando responder al principio de científicidad; la que, evidentemente, ha sido imposible sostener al momento de plasmar nuestra opinión sobre la problemática de investigación. Es que, si bien hemos enfocado el estudio desde una perspectiva de las ciencias jurídicas, la temática se encuentra atravesada transversalmente por cuestiones filosóficas y políticas que determinan las distintas posturas académicas y esto, naturalmente, también ha afectado nuestra posición.

En este sentido, resulta evidente que, en el análisis del control del poder constituyente y transversalmente al conflicto entre constitucionalismo y democracia, existe un debate epistemológico entre las ciencias jurídicas y la ciencia política. Mientras que desde la perspectiva del Derecho se puede sostener, quizás en el extremo, la supremacía de la norma ajena a toda realidad social; el estudio de la política centra su

enfoque sobre la ley como un instrumento inevitablemente asociado a las fuerzas de poder. En este marco, consideramos que la búsqueda de respuestas a las preguntas y problemas de esta investigación debe considerar necesariamente ambos enfoques. Si bien esta ha sido nuestra intención a la hora de desarrollar la investigación, no significa que nuestro camino se encuentre exento de errores. Es que, precisamente, asumir una posición alejada de los extremos ideológicos facilita las críticas de ambos sectores.

A pesar de que durante todo el desarrollo de este trabajo final hemos sido conscientes de las contradicciones que genera nuestra posición, hemos decidido no optar por el camino que, en nuestra opinión, resulta más sencillo de defender. Es que, en primer lugar, resulta ineludible nuestro temor a asumir como aceptables –o al menos posibles– los abusos de decisiones que, por gozar de la voluntad mayoritaria o ser impuestas por la fuerza, puedan llevar a regímenes como el nazismo, el fascismo o el estalinismo, en los cuales se eliminó la igualdad en la dignidad de los seres humanos. Por otro lado, nos preocupa la posibilidad de que las leyes aprobadas democráticamente puedan ser remplazadas por los valores y creencias personales de una autoridad judicial.

De este modo, preferimos equivocarnos desde la convicción de que la problemática no es irresoluble, y que la búsqueda de alternativas se encuentra en algún punto entre democracia y constitucionalismo, entre lo jurídico y lo político, entre el poder y la libertad. Si finalmente este trabajo contribuye al debate de estas ideas, nuestro objetivo se encuentra cumplido.

Bibliografía

General

- Agudelo Ibáñez, S. J. (2015). Identidad constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India [versión electrónica]. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), (123-154).
- Alberdi, J. B. (1852/2017). *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Almagro Castro, D. (2015). La problemática del poder de reforma constitucional en Brasil: cláusulas pétreas, control judicial de enmiendas constitucionales y principio democrático [versión electrónica]. *Revista de Derecho Político de la UNED*, 94, 255-280.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. (2ª Ed.). Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Balbuena Cisneros, A. (2007). Límites y control constitucional en México [versión electrónica]. *Dikaion*, 21(16), 157-178.
- Bianchi, A. B. (2002). Control de constitucionalidad. (2ª Ed.). Tomo I y II. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Bidart Campos, G. J. (1968). *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (1988). *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Tomo I-A. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.
- Bidart Campos, G. J. (2003). *Manual de la Constitución reformada*. Tomo I. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora.
- Bombillar Sáenz, F. M. (2011). El sistema constitucional del Reino Unido [versión electrónica]. *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 8(15), 139-183.
- Cajas Sarria, M. A. (2007). Acerca del control judicial de la reforma constitucional en Colombia [versión electrónica]. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7, 19-40.
- Carpizo, E. (2012). El control de la reforma constitucional en México. Un análisis judicial pendiente [versión electrónica]. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61(255), 411-436.

- Cueto Rúa, J. C. (1944). ¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana [versión electrónica]. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 36, 1100-1107.
- d'Alessandro, C. A. (2018). *La Constitución irreformable. Una historia italiana*. Alicante: Universidad de Alicante, Instituto de Ciencias de la Educación.
- Ekmekdjian, M. A. (1995). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo III. Buenos Aires: Depalma.
- Ekmekdjian, M. A. (2002). *Manual de la Constitución Argentina*. (5ª Ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Esteva Gallicchio, E. G. (1997). La justicia constitucional en Uruguay. En D. G. Belaunde & F. Fernández Segado (Coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica* (pp. 897-927). Madrid: Dykinson.
- Ferreira, R. G. (2006). Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la corte suprema de justicia de la argentina [versión electrónica]. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 477-508.
- Ferreira, R. G. (2007). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- García Álvarez, M. (1994). La nueva Constitución Rusa [versión electrónica]. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 17, 71-136.
- García Belaunde, B. (14-18 de junio, 2005). Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana) [versión electrónica]. En *Congreso Internacional Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Gargarella, R. (2009). *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gelli, M. A. (2005). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. (3ª Ed.). Buenos Aires: La Ley.
- González, J. V. (1940). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Estrada Ángel.
- Haro, R. (2016). El control de constitucionalidad de una reforma constitucional: reflexiones sobre su procedencia [versión electrónica]. *Jurisprudencia Argentina*, 12(1), 20-30.
- Henderson, S. (2009). After King Abdullah Succession in Saudi Arabia [versión electrónica]. *Policy Focus*, 96, 1-56.

- Henríquez Viñas, M. (2011). El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno. *Anuario de Derecho Público*, 469-477.
- Hernández A. M. (2001). El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales [versión electrónica]. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 453-516.
- Hernández Valle, R. (2015). Reforma constitucional y control de constitucionalidad [versión electrónica]. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(143), 833-850.
- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 109-128.
- Linares Quintana, S. V. (1944). ¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional? [versión electrónica]. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 34, 1153-1158.
- Linares Quintana, S. V. (1978). *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*. (2ª Ed.). Tomo III. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Loianno, A. (2015). Reforma constitucional de 1957. En *Constituciones argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario* (pp. 227-236). Buenos Aires: Sistema Argentino de Información Jurídica.
- López, J. I. (2012, 12 de septiembre). *Legalidad y legitimidad de la Constitución Nacional de 1949. Un enfoque histórico*. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/jose-ignacio-lopez-legalidad-legitimidad-constitucional-1949-enfoque-historico-dacf120169-2012-09-18/123456789-0abc-defg9610-21fcanirtcod#CT000>.
- Lu Chai, J. (1984). La nueva Constitución del régimen comunista chino. *Revista de Estudios Políticos*, 39, 183-208.
- Mezzetti, L. (2005). Las revisiones constitucionales y el control constitucional: un estudio comparado. En *Congreso Internacional. Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad* (pp.89-105). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Moreno, D. (1965). La Constitución de la República. En D. Moreno, G. Fraga, H. Fix Zamudio, L. Mendieta y Núñez, M. de la Cueva & F. Castellanos, *Panorama del derecho mexicano* (pp. 17-22). Tomo 1. México: UNAM.
- Quiroga Lavié, H. (1978). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Ruiz Vieyetz, E. (2012). La excepción constitucional australiana. El debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 0(95), 95-138.
- Sabsay, D. A. (1999). El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina [versión electrónica]. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 3, 427-460.
- Sagües, N. P. (2003). *Elementos de derecho constitucional*. Tomo I. (3ª Ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Sagües, N. P. (2012). *Manual de Derecho Constitucional*. (2ª Ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Sagües, N. P. (2016). La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia argentina (1997-1999) [versión electrónica]. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 3, 461-485.
- Sagües, N. P. (2017). La justiciabilidad de una reforma constitucional [versión electrónica]. *Revista Argentina Jurídica La Ley*, 2017-B, 343.
- Sánchez Viamonte, C. (1957). *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Sieyès, E. J. (1789/1988). *¿Qué es el estado llano?* Versión castellana de J. Rico Godoy. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Solá, J. V. (2001). *Control judicial de constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Spota, A. A. (1993). *Lo político, lo jurídico, el Derecho y el poder constituyente*. (3ª Ed.). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Tanzi, H. (2006). Historia ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1955-1966). *IUSHISTORIA. Revista Electrónica*, 3. Disponible en <http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1618/2051>.
- Vanossi, J. R. (1975). *Teoría constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.
- Villaverde Menéndez, I. (2012). El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oximorón constitucional? Comentario al ATC 9/2012. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 483-498.
- Yuni, J. A. & Urbano, C. A. (2006). *Técnicas para investigar. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Volumen 1. Córdoba: Editorial Brujas.

Yuni, J. A. & Urbano, C. A. (2006). *Técnicas para investigar. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Volumen 2. Córdoba: Editorial Brujas.

Zaccara, L. (28 de septiembre, 2009). El sistema electoral de Irán: los límites del cambio. En *XIX Simposio Electrónico Internacional Medio Oriente y Norte de África*. Centro de Estudios Internacionales para el Desarrollo, Buenos Aires, Argentina.

Legislación nacional

Acordada del 10 de septiembre de 1930. Dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 10 de septiembre de 1930.

Acta de la Revolución Argentina. Sancionada el 28 de junio de 1966 por la Junta Revolucionaria Militar a cargo del Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

Acuerdos para la Reforma de la Constitución Nacional. Núcleo de Coincidencias Básicas. Firmado por el Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, y el Presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical, Raúl R. Alfonsín, el 13 de diciembre de 1993.

Constitución Nacional Argentina. Sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.

Decreto N° 3838. Dada por la Junta de la Revolución Libertadora a cargo del Poder Ejecutivo de la Nación Argentina el 12 de abril de 1957.

Estatuto Fundamental. Sancionado por la Junta de Comandantes en Jefe a cargo del Poder Ejecutivo de la Nación Argentina el 24 de agosto de 1972.

Ley N° 27. Organización de la Justicia Nacional. Sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 13 de octubre de 1862.

Ley N° 10.859. Constitución de la Provincia de Buenos Aires - Reforma parcial. Sancionada por la Legislatura de la provincia de Buenos Aires el 5 de diciembre de 1989.

Ley N° 13.010. Ley del voto femenino. Sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 9 de septiembre de 1947.

Ley N° 13.233. Reforma de la Constitución. Convocatoria a elecciones. Sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 27 de agosto de 1948.

Ley N° 23.774. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jueces - Ampliación de la Corte Suprema. Sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 5 de abril de 1990.

Ley N° 24.309. Constitución Nacional. Declaración de la necesidad de su reforma, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el 29 de diciembre de 1993.

Pacto de Olivos. Firmado por el Presidente de la Nación, Carlos Saúl Menem, y el Presidente del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical, Raúl R. Alfonsín, el 14 de noviembre de 1993.

Proclama del 27 de abril de 1956. *Anales de Legislación Argentina*. Tomo XVI-A, 1.

Legislación extranjera

Constitución de Japón. Sancionada en 1947.

Constitución de Kenia. Sancionada en 2010.

Constitución de la Federación de Rusia. Sancionada en 1993.

Constitución de la India. Sancionada en 1950.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sancionada en 1999 con la reforma del año 2009.

Constitución de la República Federativa del Brasil. Sancionada en 1988.

Constitución de la República de Sudáfrica. Sancionada en 1996 con la Decimoséptima enmienda incorporada en el año 2013.

Constitución de la República Islámica del Irán. Sancionada en 1989 con las enmiendas incorporadas al año 1989.

Constitución de la República Italiana. Sancionada en 1947 con las enmiendas incorporadas al año 2012.

Constitución de la República Oriental del Uruguay. Sancionada en 1967 con la reforma del año 2004.

Constitución de la República Popular de China. Sancionada en 1982 con las enmiendas incorporadas al año 2018.

Constitución de los Estados Unidos. Sancionada en 1787 con la Vigésimoséptima Enmienda incorporada en el año 1992.

Constitución del Commonwealth de Australia. Sancionada en 1901 con las enmiendas incorporadas al año 1977.

Constitución española. Sancionada en 1978 con la reforma del año 2011.

Constitución francesa. Sancionada en 1958 con la reforma del año 2008.

Constitución Política de Bolivia. Sancionada en 2009.

Constitución Política de Colombia. Sancionada en 1991 con la reforma del año 2018.

Constitución Política de la República de Chile. Sancionada en 1980 con la reforma del año 2017.

Constitución Política de la República de Guatemala. Sancionada en 1985.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sancionada en 1917 con la reforma del año 2011.

Constitución Política del Perú. Sancionada en 1993 con la reforma del año 2018.

Ley Básica de Arabia Saudita. Sancionada en 1992.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. Sancionada en 1949 con las enmiendas del año 2017.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Cullen c/ Llerena”, Fallos 53:420 (1893).

CSJN, “Compañía Azucarera Tucumán S.A. c/ Provincia de Tucumán”, Fallos 141:271 (1924).

CSJN, “Compañía Azucarera Concepción c/ Provincia de Tucumán”, Fallos 143:131 (1925).

CSJN, “Petrus S.A. c/ Nación Argentina”, Fallos 210:855 (1948).

CSJN, “Siri, Angel s/ interpone recurso de hábeas corpus”. Fallos 239:459 (1957).

CSJN, “Kot, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares”. Fallos 241:291 (1958).

CSJN, “Soria de Guerrero Juana Ana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.”. Fallos 256:556 (1963).

CSJN, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, Fallos 313:594 (1990).

CSJN, “Pablo González Bergés y otros s/ inconstitucionalidad ley 10.859”, Fallos, 313:588 (1990).

CSJN, “Ríos, Antonio Jesús plantea nulidad de reforma constitucional”, Fallos, 316:2743 (1993).

CSJN, “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ amparo” Fallos, 317:335 (1994).

CSJN, “Romero Feris, Antonio José c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo”, Fallos, 317:716 (1994).

CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, Fallos 322:1609 (1999).

CSJN, “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa”, Fallos 324:3219 (2001).

CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”. Fallos: 328:1146 (2005).

CSJN, “Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios”. Fallos 340:47 (2017).

CSJN, “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos 340:257 (2017).

Jurisprudencia extranjera

Alemania

Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfGE 89, 155 – Maastricht. Sentencia de la Sala Segunda de 12 de octubre de 1993. Disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980622_2bvr053298.html.

Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfGE 94, 49 [Traslado a un tercer Estado]. Sentencia Segunda Sala, del 14 de mayo, 1996. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.

Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]. Sentencia de la primera sala, del 30 de marzo, 2004. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.

Corte Constitucional Federal de Alemania. BVerfG, 2 BvE 2/08 (Sentencia de Lisboa) 30 de junio de 2009. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/docs/default-document-library/setencia.pdf?sfvrsn=0>.

España

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Auto núm. 9/2012 de 13 de enero.

Estados Unidos

Luther v. Borden, 48 EUA (7 How) 1 (1849).

White v. Hart, 80 EUA (13 Wall) 646 (1871).

Dodge v. Woolsey, 59 EUA (18 How) 331 (1885).

Goldwater v. Carter, 444 EUA 996 (1979).

India

Corte Suprema de la India. 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762. Golaknath V. State Of Punjab. Disponible en <https://www.sci.gov.in/jonew/judis/2449.pdf>.

Corte Suprema de la India. (1973) 4 SCC 225. Kesavananda Bharati v. State of Kerala and Anr. Disponible en <https://www.sci.gov.in/jonew/judis/29981.pdf>.

Corte Suprema de la India. AIR 1980 SC 1789. Minerva Mills Ltd. vs. Union of India. Disponible en <https://www.sci.gov.in/jonew/judis/4488.pdf>.

Italia

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 18 / 1982. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 170 / 1984. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 1146 / 1988. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 366 de 1991. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Kenia

Alto Tribunal de Nairobi, Kenia. Petición 427 de 2014, Hon Kanini Kega v Okoa Kenya Movement & 6 others [2014] eKLR. Disponible en <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/101466/>.

Alto Tribunal de Malindi, Kenia. Petición constitucional 3 de 2016, Malindi Law Society v Attorney General & 4 others [2016] eKLR. Disponible en <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/127421/>.

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista (apellido/s y nombre/s completos)	SONEIRA, RAMIRO
DNI (del autor-tesista)	32238894
Título y subtítulo (completos de la Tesis)	CONTROL DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN ARGENTINA: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA, LA DOCTRINA Y EL DERECHO COMPARADO
Correo electrónico (del autor-tesista)	soneiraramiro@gmail.com
Unidad Académica (donde se presentó la obra)	Universidad Siglo 21
Datos de edición: Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).	-

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ¹	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	-

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: CÓRDOBA, 03 DE SEPTIEMBRE DE 2018

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ **certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.**

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

¹ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.