



**COMPATIBILIDAD ENTRE LOS CRITERIOS DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.  
ANÁLISIS DE LOS FALLOS FAYT Y SCHIFFRIN**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**ABOGACÍA**

**Juan Pablo Bauzá Franco**

**2019**

## **Resumen**

El trabajo de investigación busca analizar cuál de las dos doctrinas de la Corte – tanto en el caso “Fayt” como en autos “Schiffrin” tiene mayores fundamentos jurídicos; además se propende dilucidar si es posible conciliar los criterios en ambos fallos. Para ello se trata de identificar los argumentos expuestos en cada sentencia, analizar el proceso de reforma constitucional y detectar la necesidad del control de constitucionalidad si se advierte como inconstitucional una reforma a la Constitución.

A través de las sentencias “Fayt” y “Schiffrin”, como así también de la legislación y la doctrina imperante en la materia, es que se edificará el ámbito de estudio para el trabajo investigativo propuesto en aras de determinar, tal como se adelantara, si es posible frente a dos doctrinas diametralmente opuestas, conciliar de algún modo los criterios sostenidos por el cimero tribunal federal.

Palabras claves: Constitución Nacional – Proceso de reforma Constitucional – Poder constituyente – Fallo “Fayt” – Fallo “Schiffrin”.

## **Abstract**

The research work seeks to analyze which of the two doctrines of the Court - both in the case of “Fayt” and in the “Schiffrin” case has greater legal grounds; It is also proposed to clarify whether it is possible to reconcile the criteria in both judgments. For this purpose, it is necessary to identify the arguments presented in each sentence, analyze the process of constitutional reform and detect the need for constitutional control if a constitutional reform is deemed unconstitutional.

Through the judgments “Fayt” and “Schiffrin”, as well as the legislation and prevailing doctrine in the matter, is that the scope of study for the proposed investigative work will be built in order to determine, as it was anticipated, if it is possible against two diametrically opposed doctrines, conciliate in some way the criteria held by the first federal court.

Keywords: National Constitution - Constitutional reform process - Constitutional power – “Fayt” ruling – “Schiffrin” ruling.

<b>Índice</b>	
<b>Introducción</b> .....	1
<b>Capítulo 1: El caso “Fayt”</b> .....	4
<b>1.1 Reseña de la plataforma fáctica del caso “Fayt”</b> .....	5
<b>1.2 Síntesis del fallo</b> .....	6
<b>1.3 Marco normativo</b> .....	7
<b>1.3 Fundamentos de la Corte</b> .....	7
<b>1.4 Fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales</b> .....	8
<b>Capítulo 2: El caso “Schiffrin”</b> .....	13
<b>2.1 Síntesis del caso</b> .....	14
<b>2.1.1 El sucesor “Iriarte”</b> .....	18
<b>2.1.1.2 Diferencias y similitudes entre Schiffrin e Iriarte</b> .....	27
<b>2. Los puntos destacables de la sentencia “Schiffrin”</b> .....	29
<b>3. El mandato constitucional de la edad de 75 años para los jueces como tope al ejercicio de su actividad jurisdiccional</b> .....	32
<b>Capítulo 3: La reforma constitucional y el control judicial de las reformas</b> .....	35
<b>3.1 El proceso de reforma constitucional</b> .....	36
<b>3.1 Atribuciones de la Convención Constituyente</b> .....	40
<b>3.2 El control judicial de la reforma constitucional</b> .....	44
<b>3.2.1 Tesis que rechaza el control judicial</b> .....	45
<b>3.2.2 Tesis que admite el control judicial de la reforma constitucional</b> .....	47
<b>Conclusiones</b> .....	51
<b>Bibliografía</b> .....	56

## **Introducción**

A partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 se limitó a la edad de 75 años la posibilidad de ocupar un cargo como juez, a menos que exista un nuevo acuerdo en el Senado para que el juez pueda permanecer en dicho cargo. Sin embargo, el ministro de la Corte Suprema Carlos Fayt, presentó un recurso de amparo que obtuvo dictamen positivo en el cimero tribunal resolviéndose que la convención constituyente se excedió en sus facultades al poner límites al mandato de los jueces.

Dicha jurisprudencia se aplicó y permitió que los jueces que tuvieran más de 75 años, pudieran permanecer en sus cargos. Sin embargo, recientemente en el fallo “Schiffirin” la Corte aparentemente volvió sobre sus pasos y señaló que el precepto constitucional limitativo de la edad de los magistrados, era concordante a las facultades de los constituyentes. En ese sentido se sostuvo que se trataba de artículos autorizados a ser modificados y, por ende, dicha modificación no negaba el carácter inamovible de los jueces, sino la naturaleza de vitalicio.

En este sentido, el trabajo de investigación que se pretende llevar a cabo buscará analizar cuál de las dos doctrinas de la Corte tiene mayores fundamentos jurídicos y además dilucidar si es posible conciliar los criterios en ambos fallos. Para ello se cuestiona lo siguiente ¿Es posible conciliar los criterios jurisprudenciales de la doctrina del fallo “Fayt” con los criterios de la doctrina del fallo “Schiffirin”?

Con respecto al objetivo general, se propone determinar si es posible conciliar los criterios de la doctrina del fallo “Fayt” con los criterios de la doctrina del fallo “Schiffirin”. Y en cuanto a los objetivos específicos se señalan los siguientes: identificar la necesidad del control de constitucionalidad si se advierte como inconstitucional una reforma a la Constitución, inferir cuáles son las cuestiones políticas no justiciables, analizar la reforma al artículo 99, inc. 4º, por la convención constituyente en el año 1994, determinar las facultades y prerrogativas del poder constituyente, definir las restricciones al poder constituyente., sintetizar y evaluar los argumentos del fallo “Fayt”, resumir y examinar los fundamentos del fallo “Schiffirin”.

Para el logro de los objetivos y, por ende, para poder resolver el interrogante, se parte de la hipótesis que sostiene que tanto el fallo “Fayt” como “Schiffirin” se concentraron en analizar la validez de la cláusula 99, inc. 4º consagrada durante la reforma constitucional de 1994. En dicho precepto se estipula que los jueces duran en su función

hasta los 75 años, aunque pueden continuar por un plazo de cinco años más (renovables) de obtener el acuerdo del Senado y un nuevo nombramiento del Presidente.

Ahora bien, lo distintivo entre ambas sentencias es que se contradicen. En “Fayt” se declaró la nulidad del art.99, inc.4 de la Constitución y en “Schiffrin”, la Corte abandonó lo decidido en “Fayt”. En ese caso, se dio un paso atrás con lo decidido en 1999 y se devolvió la validez a la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula en Argentina por el cimero tribunal. Se argumentó en este caso que la doctrina del caso “Fayt” debe ser reemplazada por un nuevo estándar de control, absolutamente respetuoso de la voluntad soberana del pueblo.

Como es dable colegir, *prima facie* parece no poder conciliarse entre ambas doctrinas ya que de ella surgen criterios oponibles entre sí y se evidencia una perspectiva axiológica de las facultades del poder constituyente derivado también en contraposición en ambos fallos.

El trabajo de investigación propuesto propugna dilucidar si es posible conciliar los criterios emergentes del fallo “Fayt” con los criterios del fallo “Schiffrin”. Como es dable colegir, se trata de una problemática novedosa que pretende aportar teóricamente a la comunidad jurídica una visión esclarecedora, fundada en el análisis de la oposición entre ambos fallos referidos con anterioridad y los fundamentos que estructuran a los mismos. Va de suyo que en este aspecto es donde toma relevancia y se justifica el pretense trabajo a llevar adelante.

Ahora bien, para sistematizar y poder desarrollar con claridad la temática escogida, se escindiré el trabajo de investigación en tres capítulos: el capítulo 1 abordará el fundamento que se utilizó para resolver en el caso “Fayt”. En el capítulo 2 se analizarán los argumentos dados para dictar sentencia en autos “Schiffrin”. Acto seguido, en el capítulo 3, se enfocará en el análisis de la reforma constitucional y en el control judicial de la misma. Finalmente, con el trabajo desarrollado se volcarán las conclusiones a las que se arribe, tratando de poder confirmar la hipótesis de la que se partió o bien, rechazarla y argumentar –en cualquier caso- la resolución.

Con respecto al marco metodológico, el trabajo de investigación implementó el tipo de estudio descriptivo; además se utilizó la estrategia cualitativa que permitió plasmar la información recabada sin análisis numérico o estadístico.

En cuanto a las fuentes de información obtenidas para la exégesis de la problemática, se distinguen las siguientes: como fuentes primarias está la Constitución Nacional, la Ley N°24.309 Declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución

Nacional. También será indispensable la jurisprudencia, por ejemplos *in re* “Fayt Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/proceso de conocimiento” y “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional”. Con respecto a las fuentes secundarias, se hará uso de los repertorios de doctrina, tal como La Ley, El Dial, Semanario Jurídico, entre otros. Y también de libros que permitieron el análisis de autores de la talla de Ekmekdjian, Bidart Campos, Vanossi, entre otros autores.

En lo que hace a las técnicas de análisis, se optó por el análisis documental o análisis de información y el análisis de datos. Y, finalmente, se delimitó la problemática entre el año 1994 cuando se reformó la Constitución hasta el año 2018, momento en que concluye el presente trabajo de investigación. Se pone de manifiesto que el nivel de análisis de estudio estará abocado a estudiar con minuciosidad la legislación local y al análisis de las distintas posturas doctrinarias que se manifiestan sobre el tema aportando su perspectiva, e interpretando la jurisprudencia.

## **Capítulo 1: El caso “Fayt”**

## **Introducción**

En este primer capítulo se abordará el análisis y las implicancias del caso “Fayt”. Todo comienza cuando el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Carlos S. Fayt promovió una acción meramente declarativa de certeza tendiente a obtener la invalidación de la modificación introducida por la Convención Constituyente de 1994 al art. 99, Inc. 4° de la Constitución Nacional, en cuanto a la garantía de inamovilidad de los jueces (art. 110, CN). En subsidio, pidió la declaración de que tal precepto -y la cláusula transitoria undécima- no lo afectara por haberse efectuado su designación bajo el régimen constitucional vigente hasta la mentada reforma. La Cámara de Apelaciones, modificando el pronunciamiento de primera instancia, formuló esta última declaración. Concedido el recurso extraordinario deducido por la representación del Estado nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión de cámara, hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la cláusula constitucional impugnada.

Esta somera introducción al caso de marras, permite dar cuenta de la relevancia del fallo y las implicancias que tiene el mismo en materia de reforma constitucional (algo que se analizará en detenimiento oportunamente). Es por ello que el presente capítulo, se aboca al estudio pormenorizado de la causa “Fayt” y los criterios adoptados para resolver en el marco del ámbito de actuación del cimero tribunal.

### **1.1 Reseña de la plataforma fáctica del caso “Fayt”**

Carlos Santiago Fayt, integra como Ministro a la Corte Suprema de Justicia de la Nación pese a una cláusula constitucional que lo prohíbe expresamente.

En 1994 con la reforma a la Carta Magna se introdujo el artículo 99, que en su inciso cuarto estipula que los jueces pueden mantenerse en su cargo hasta los 75 años. Para renovarlo, deberán obtener un nuevo nombramiento con acuerdo del Senado con los votos de dos tercios de los miembros presentes, lo que podrá ser repetido indefinidamente; caso contrario, su mandato termina. Por su parte, la Disposición Transitoria Undécima establece además que “la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el artículo 99, inciso 4°, entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción...” de la reforma a la Constitución.

Tras esta cuestión, y como un hecho que lo afectaba, Fayt promovió acción declarativa de inconstitucionalidad contra las dos disposiciones incorporadas a la Constitución Nacional: el art. 99 inc.4, tercer párrafo y la disposición transitoria undécima. El Alto Tribunal el 19 de agosto de 1999 dictó sentencia haciendo lugar a la

demanda y declarando la nulidad de la reforma introducida por la convención constituyente reformadora del año 1994 en el art. 99, inc. 4, párrafo tercero y en la disposición transitoria undécima al art. 110 de la Ley Suprema.

## **1.2 Síntesis del fallo**

La reforma art. 99, inc. 4º, por la Convención constituyente en el año 1994, motivó la demanda de Ministro de la Corte Carlos S. Fayt, en razón de su edad y entendiendo éste que se encontraba comprendido en la situación contemplada en la cláusula constitucional referida. Así interpone una acción declarativa de certeza, en los términos del art. 322 del CPCC. El magistrado consideraba que debía declararse nula de nulidad absoluta - conforme lo previsto en la ley que declara la necesidad de la reforma (Nº24.309) en su art. 6º - la cláusula contenida en el párrafo 3º del inc. 4º del art. 99 de la Constitución reformada.

Sostuvo a tal efecto que la disposición impugnada no había sido habilitada por el Congreso cuando ejerció el poder preconstituyente con el que se comenzó el proceso de reforma de la Carta Magna. Según Fayt, la Convención no estaba habilitada para modificar el art. 96 de la Ley Suprema (actualmente es el art.110), cláusula que consagra la inamovilidad de los jueces al expresar que éstos “conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”. Asimismo consideraba que ante una situación que excediese el marco dado en la ley que declaraba de la necesidad de la reforma, debía existir un órgano susceptible de aplicar la sanción que el legislador ha previsto en la citada legislación y que dicho órgano no es más que la justicia.

Explica el prestigioso constitucionalista Daniel Sabsay (2011) que es de destacar que los tres fallos (1º Instancia, Cámara y CSJN) admitieron la vía procesal elegida por Fayt. Vale advertir también que tanto la jueza de Primera Instancia como la Corte posteriormente declararon la nulidad de la cláusula debatida, mientras que la Cámara de Apelaciones, resolvió la cuestión sin entrar al fondo del análisis del texto constitucional reformado e impugnado por el Ministro.

El dictamen del fiscal ante la Cámara puso el acento en que se está reclamando la inconstitucionalidad de una cláusula de la Constitución Nacional, algo que a su criterio considera una coyuntura institucional muy delicada. En consecuencia cita un fallo de la Corte de Estados Unidos (“Fletcher vs. Peck”) donde se alega que si una ley es nula por ser repugnante a la Constitución, es una cuestión muy delicada y que en caso de duda no puede ni debe ser decidida afirmativamente. Acto seguido, el dictamen refiere al principio

según el cual debe acudirse a la pauta que permita conciliar las normas en pugna. Finalmente el dictamen concluye sosteniendo que la cláusula constitucional impugnada por el magistrado no puede alcanzar a aquellos jueces que, tal como sucede el actor, han sido designados en sus cargos, con anterioridad a la reforma. No obstante la aplicación queda vigente para el futuro (Sabsay, 2011).

La Corte entonces vuelve a la decisión adoptada por la jueza de 1° Instancia y considera que la reforma introducida por la Convención es nula de nulidad absoluta ya que altera sustancialmente las facultades habilitadas por la ley a la Convención la que ha actuado en forma exorbitante, tanto sobre la cuestión de la inamovilidad de los jueces como en lo que hace al control de constitucionalidad en sí mismo.

La sentencia expone palmariamente que el Poder Judicial se encuentra habilitado para juzgar si el acto que concretamente se le plantea ha sido expedido por órgano competente, como asimismo pone énfasis en la relevancia que reviste la garantía de inamovilidad de los magistrados como elemento fundamental para todo Estado de Derecho.

### **1.3 Marco normativo**

El eje de conflicto que se resuelve en el marco de la CSJN está fundado en la Constitución Nacional (art.99, inc.4to. y Disposición Transitoria Undécima – art.110) y en lo establecido en la Ley N°24.309 que dispuso la declaración de reforma de la Constitución Nacional (especialmente art.6)

### **1.3 Fundamentos de la Corte**

El Máximo Tribunal fundamentó su decisorio en varias cuestiones, a saber: justiciabilidad de la causa; doctrina del control judicial; limitación del poder constituyente derivado; procedimiento del art. 30 CN; facultades implícitas de la Convención; sanción de nulidad del art. 6° de la ley 24.309; inamovilidad de los jueces; Núcleo de Coincidencias Básicas; irrazonabilidad de la reforma del art. 99 inc. 4°; nulidad del exceso de las facultades de la convención reformadora; no revisión de la conveniencia de la norma impugnada.

Básicamente el Alto Tribunal puso de manifiesto que la sentencia significa un pronunciamiento sobre la verificación del indebido ejercicio de la restringida competencia otorgada a la Convención reformadora. Asimismo señaló que era una causa de carácter justiciable habida cuenta se trata de la defensa de la garantía de la inmovilidad

de los jueces y remite a cuestiones establecidas constitucionalmente como así también a normas infraconstitucionales.

Por otra parte, dejó asentada la doctrina del control de constitucionalidad y expresó con énfasis que la causa trataba también de esclarecer la cuestión de la limitación al poder constituyente derivado. Esto considerando que el procedimiento de reforma (art.30 CN) se plasma en dos etapas: declaración de la necesidad de reforma (en el Congreso) y reforma propiamente dicha (Convención constituyente)

Con respecto de las facultades implícitas de las que goza la Convención reformadora de normas constitucionales, dijo la CSJN que son auxiliares y se encuentran subordinadas a los poderes a quienes sean otorgadas, pero que esto no importa arrogarse mayores facultades que las concedidas porque de otra manera significaría un desequilibrio constitucional.

En lo que hace a la sanción de nulidad del art. 6° de la ley 24.309 sostuvo la Corte que se trata de una sanción a la que se le ha puesto un acento innecesario y que se dirige a expulsar todo impedimento u obstáculo a la convocatoria a una reforma sobre la base de argumentos relativos a los peligros de una convención con poderes ilimitados.

Un punto de inflexión en esta causa es sin lugar a dudas la garantía de inmovilidad de los jueces. Ha dicho la CSJN que la norma (art.96 previo a la reforma del año 1994) no se encontraba incluida entre las cláusulas que la Convención estaba habilitada para revisar (actualmente art.110)

Sobre el Núcleo de Coincidencias Básicas señaló el Alto Tribunal que de él tampoco surge mención alguna a la garantía de inamovilidad tal cual había sido dispuesta para los jueces federales (art. 96 de la Constitución previa reforma). También adujo que era irrazonable establecer una cláusula extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional con motivo de la reforma por lo que sentenció la nulidad ante el exceso de las facultades de la Convención constituyente.

#### **1.4 Fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales**

El Poder constituyente es definido por Linares Quintana (1981) como “la facultad soberana del pueblo a darse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisar ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (p.405) Puede advertirse la divergencia conceptual entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado; es decir, se estaría frente al ejercicio de un mismo poder,

solamente que uno se lleva a cabo tanto cuando se constituye inicialmente y el otro cuando se reforma *a posteriori*. (Vanossi, 2000)

Ambos conceptos son útiles para referirse al sistema de reforma constitucional argentino receptado en el art. 30 de la Constitución, el que instituye a la Convención como el órgano competente para llevar adelante el poder constituyente derivado (Sagiés, 1993). Es dable destacar en esta instancia que este citado poder debe adaptarse e a los límites legales impuestos por el poder constituyente originario al establecer el sistema de reforma constitucional. Entonces, se puede sostener que el poder constituyente derivado es limitado (Bidart Campos, 1989) al tener que cumplir con las órdenes establecidas por la Constitución respecto a los órganos que llevarán adelante a la reforma, los procedimientos, los plazos en el art. 30.

Por otra parte, es innegable que el Poder constituyente y el Poder constituido, si bien tienen idéntica sustancia institucional, tal como alegaba Sánchez Viamonte (1976) el primero opera en un nivel superior al segundo, pues tiene la responsabilidad de confinar los grandes principios constitucionales de un Estado de Derecho dando origen, por consiguiente, a los poderes constituidos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial).

En lo que hace a la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, se ha sostenido que ésta puede declararse cuando se vulneran los límites dispuestos para el ejercicio del poder constituyente derivado (Bidart Campos, 1989). Entonces, si se admite la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, es indispensable llevar adelante un efectivo análisis sobre el control de constitucionalidad de la misma.

Sobre el control de constitucionalidad y las cuestiones políticas no judiciales, Linares Quintana (1998) ha señalado que el Poder Judicial, en virtud del principio de división de poderes, no es competente para conocer y definir en cuestiones políticas sino que esto se encuentra en cabeza del Poder Legislativo y del Ejecutivo. Esto quedó con claridad meridiana expuesto en la resolución de la causa “Cullen c. Llerena<sup>1</sup>” y se

---

<sup>1</sup> La Corte dijo: “La intervención nacional en las Provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe es como queda dicho, un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los Poderes Políticos de la Nación; y así está reconocida en nuestros numerosos precedentes al respecto, sin contestación ni oposición de ningún género; todos los casos de intervención a las provincias han sido resueltos y ejecutados por el Poder Político, esto es, por el Congreso y el Poder Ejecutivo, sin ninguna participación del Poder Judicial. Los precedentes de los Estados Unidos están en un todo conformes con esta doctrina, consagrada por sus leyes, por la práctica constante de sus gobiernos, establecida por la decisión de sus Tribunales, y enseñada por los comentaristas de su Constitución...”

continuó con esta doctrina respecto a las cuestiones políticas no judiciales en los casos “Lobos c. Donovan; “Orfila”; “Siganevich”; “Costes c. Prado”; “Deiver” y “Frejuli”

La Corte se apartó de ese criterio jurisprudencial excepcionalmente en ocasión de las Acordadas de 1930 y de 1943; siguió manteniendo esta doctrina en “Partido Socialista” y “Antonio Sofía”; “Partido Comunista Provincia de Buenos Aires”; “Unión Cívica Radical”; “Juan Carlos Rodríguez y otros”; “Partido Unión Popular”; “Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.” y “R. M. Tillard c. Municipalidad de Córdoba”. Sin embargo, tras la resolución del caso “Frejuli” comienza a modificarse la jurisprudencia de la Corte (Linares Quintana, 1998) cuando se da un paso más en materia de control de las cuestiones políticas.

Al respecto, Vanossi (2000) advierte que es imprescindible para aclarar esta cuestión distinguir entre las declaraciones efectuadas por los órganos políticos en virtud de sus facultades privativas - que no pueden ser justiciables - y los actos concretos que pueden lesionar algunos derechos los que sí son susceptibles de abrir la instancia de revisión judicial. Bidart Campos, citado por Vanossi (2000) fue uno de los mayores exponentes del control constitucional y se encargó de defender su postura de que ninguna disposición constitucional puede quedar exenta de este control.

Para ir finalizando, se trae a colación el control de constitucionalidad y las facultades privativas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. En esta oportunidad es dable inferir que cuando se trata de las facultades privativas de los poderes políticos debe aludirse específica y particularmente a aquellas facultades que son propias de estos poderes citados y no a todas las que les ha atribuido la Carta Magna (Linares Quintana, 1998). Este principio fue receptado por la jurisprudencia de la Corte ya en el caso anteriormente mencionado “Cuillen c. Llerena”, del año 1893, cuando se estableció que “... es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente”. El Alto Tribunal continuó con este mismo criterio en los siguientes fallos que resolvió de manera similar (Linares Quintana, 1998) hasta llegar a los más actuales.

### **Conclusiones parciales del capítulo 1**

Este primer capítulo deja como reflexión que el alto tribunal, con el voto de siete de sus nueve miembros (y una disidencia parcial y un voto por fundamentos propios), declaró la nulidad del art.99, inc.4 y en la disposición transitoria undécima, el art.110 de

la Constitución. Estas reformas fueron introducidas por la Convención constituyente del año 1994. Se produjo así un hecho jurídico sin precedentes, ya que se invalidaron preceptos constitucionales emergentes de la reforma de la Constitución del año 1994, asumiendo la Corte la potestad de revisar judicialmente las facultades del poder constituyente derivado. Asimismo se ha contradicho el criterio clásico de no interferir en las cuestiones políticas no justiciables.

En el caso “Fayt” que data del año 1999, el máximo tribunal federal argentino declaró la nulidad de la cláusula incorporada al art. 99, inc. 4°, tercer párrafo de la Constitución, que fue introducido por la reforma de 1994. Según esa norma, una vez que un juez de la Corte cumplía 75 años de edad, necesitaría un nuevo acuerdo del Senado para mantenerse en el cargo por cinco años más y así sucesivamente a los 80, 85, etc.

El argumento esgrimido por la mayoría de la Corte fue que la asamblea constituyente de reforma, al introducir esa modificación, se había excedido del temario dispuesto por la ley preconstituyente (24.309) lesionando el principio de inamovilidad de los jueces (art. 96, CN, en su numeración anterior), y que por lo tanto quedaba fulminada con la nulidad establecida por el art. 6° de dicha ley.

Va de suyo que, en el caso particular de la reforma constitucional, una ley provoca la nulidad de la Constitución, alterándose así el orden jerárquico normal. Pero esto es sólo *prima facie* dado que, en opinión de esta tesitura, al declarar la necesidad de la reforma el Congreso no está actuando como legislador sino como órgano preconstituyente, con facultad para imponer límites al poder constituyente de reforma.

El fallo demuestra que el órgano competente para juzgar la validez o nulidad de una reforma constitucionales es el Poder Judicial; que la nulidad no es un instituto ajeno al derecho constitucional argentino, sino plenamente aplicable, es más, ha sido declarada respecto de la norma más importante del sistema jurídico nacional y en un caso donde la invalidez de la norma no era palmaria sino discutible, tan discutible que la doctrina local se ha dividido en partes iguales entre quienes adherían y quienes criticaban al fallo por la decisión sobre el fondo de la cuestión.

Es preciso reconocer que la actitud de los magistrados al momento de rechazar el dictamen del procurador general en el punto en que les pedía que se excusaran de entender en esta causa, induce a pensar que, para ellos, lo resuelto en el caso tenía efectos limitados a esa causa, ya que el argumento fue que ellos no habían promovido acciones similares a la promovida por Fayt. Es consecuente con ello la postura de los Sres. ministros Belluscio,

que renunció al cumplir esa edad y Petracchi, que accionó judicialmente para que no se le aplicara esa cláusula.

## Capítulo 2: El caso “Schiffrin”

## **Introducción**

Este segundo capítulo aborda el estudio del caso “Schiffrin”, por oposición a lo resuelto en autos “Fayt” en similares condiciones. Aquí, se adelanta, el caso fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2016 y por mayoría de votos se cambió explícitamente la jurisprudencia sentada en “Fayt”, sentenciado en 1999 que, como antes se explicara, había declarado inconstitucional el artículo 99 inc.4 tercer párrafo de la Constitución de la Nación de 1994.

En el caso “Schiffrin”, sin embargo, la Corte ante la demanda promovida por el Dr. Leopoldo Héctor Schiffrin como una acción declarativa de inconstitucionalidad, resolvió que no hubo extralimitación por parte de la Convención Constituyente y por consiguiente declaró plenamente válido y vigente el artículo 99 inc. 4, tercer párrafo de la Constitución Nacional.

Atento a este cambio de jurisprudencia, es que se torna imperioso indagar en los argumentos y criterios que han llevado a los ministros del máximo tribunal argentino a dicha modificación sustancial. Y es lo que se hará en este segundo apartado, buscando distinguir lo aquí sentenciado con lo que ocurrió en autos “Fayt”

### **2.1 Síntesis del caso**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la causa “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional<sup>2</sup>” en la que se discutió nuevamente la validez de aquella cláusula de la Constitución Nacional incorporada por la convención reformadora de la Constitución en 1994. Con este pronunciamiento, la Corte Suprema abandonó lo decidido en el fallo “Fayt” en 1999.

Con respecto a la causa “Schiffrin”, la Corte Suprema declaró por mayoría de votos la validez y vigencia art. 99, inc. 4º y, con ello, de la totalidad de las cláusulas de la Constitución Nacional, con las reformas incorporadas por la convención constituyente allá por 1994. Mediante esta decisión mayoritaria se resolvió que la convención reformadora actúa como poder constituyente derivado, con el propósito de modificar, o no, sólo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró como susceptibles de ser reformadas. Se señaló también que dentro de los límites de la competencia habilitada, la convención constituyente es libre para determinar si ejecuta la reforma y, en su caso, está habilitada legalmente para definir el contenido de las disposiciones constitucionales a modificar.

---

<sup>2</sup> CSJN “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012)

La CSJN también puso de relieve en “Schiffrin” que la ley 24.309 (artículo 3º, e), al habilitar a la convención reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó dentro de sus poderes, la reforma de los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales. Esa habilitación sostenía la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –al alcanzar los magistrados la edad de 75 años- por tanto era una de las modalidades posibles reservadas a la convención constituyente.

La aplicación de la nueva doctrina emergente en autos “Schiffrin” lleva a concluir que la convención constituyente de 1994 no se excedió de los límites de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Ello tampoco provocó la afectación del principio de independencia judicial. Y en virtud de lo dicho es que puede advertirse que en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo de magistrado, no vulnera de modo alguno la garantía de inamovilidad de los jueces.

Es dable comenzar este primer apartado señalando que en el fallo “Schiffrin<sup>3</sup>”, tanto el juzgado interviniente en primera instancia, como la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata hicieron lugar a la acción meramente declarativa deducida por el entonces juez Leopoldo H. Schiffrin, declarando la nulidad e inaplicabilidad del art. 99, inc. 4º, párrafo 3º introducido por la Convención Reformadora de 1994. Llegadas las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo del recurso extraordinario deducido por el Estado Nacional, por mayoría de votos se dejó sin efecto el fallo recurrido, disponiendo la plena aplicación del mencionado párrafo al demandante, con disidencia del ministro Carlos Rosenkrantz, quién, por las consideraciones que expuso, encontró aplicable al caso la decisión recaída en el precedente “Fayt”, analizado en el capítulo anterior.

Los ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti expidieron su voto, compartiendo la opinión en los puntos sobre los cuales encontraban coincidencia para decidir en igual sentido. Si bien, cada uno de los citados jueces del cimero tribunal rechazó la pretensión deducida por el juez Schiffrin, declarando aplicable la cuestionada incorporación del límite de edad, cada uno de ellos lo hizo sobre una base argumental diferente.

Entre los diversos fundamentos dados en su voto, Lorenzetti remarcó que la reforma introducida por la Convención Constituyente no afectó el carácter pétreo de la

---

<sup>3</sup> CSJN “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012)

Constitución y que su interpretación no puede ser restrictiva, pues de ser así se restringiría gravemente la soberanía de la Convención Constituyente. Agregó también que el Poder Constituido, en este caso el Poder Judicial, carece de competencia para analizar la conveniencia o inconveniencia de las decisiones adoptadas por los Constituyentes.

Claramente de este voto se desprende la diferente calidad que tiene para Lorenzetti el Convencional Constituyente en relación con un miembro del Congreso de la Nación, estando investido el primero de un poder fundante, nada más ni nada menos que el de reformar la Carta Magna

También expresó el Dr. Lorenzetti que en ninguna de las reformas anteriores existieron pronunciamientos descalificadores de la CSJN, con excepción del precedente “Fayt”, lo que demuestra que el cuestionamiento de lo decidido por las Comisiones Reformadoras no se “inserta en la tradición jurídica de este Tribunal<sup>4</sup>”. Concluyendo su análisis expresa que los magistrados designados con anterioridad a la reforma no gozan de derechos adquiridos pues, citando precedentes del cintero tribunal, afirma que constituye doctrina de la CSJN la inexistencia de un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos, ni a su alterabilidad (Fallos 308:1361, 327:2293).

Por su parte, Maqueda basó su voto en el eje central de que el Poder Constituyente, en este caso derivado, detenta amplias facultades de reforma en tanto representa la voluntad soberana del pueblo. En otras palabras, el Poder Constituyente es producto de dos procesos electorales: la votación de la ley de habilitación de la reforma, que debe obtener del Congreso nacional la mayoría calificada establecida por el art. 30 de la Constitución y la directa del pueblo, acerca de quiénes revestirán el cargo de Convencionales Constituyentes a los efectos de plasmar las reformas introducidas por la ley formal.

En el mismo sentido, pero sobre la base de otra línea argumentativa, el ministro Rosatti sentó que el escrutinio del Poder Constituido, es decir en este caso del Poder Judicial sobre el Poder Constituyente Reformador, es excepcional, no pudiendo extenderse al contenido de la reforma en sí misma, en tanto ella es una facultad discrecional de éste. Su voto se basó fundamentalmente en el principio de razonabilidad que afecta a la norma incorporada por la Comisión Reformadora y cuestionada por el juez actor.

Así expone en su voto:

---

<sup>4</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Considerando 15, tercer párrafo

...tiene el Poder Judicial potestad para realizar un control sustantivo del accionar del Poder Constituyente derivado?, su formulación conduce inicialmente a reflexionar si es posible que mediante una operación lógica como es la interpretación de un texto normativo... pueda obtenerse una conclusión ilógica..., el espectro de auscultación permitiría indagar si la cláusula aprobada por el constituyente: a) se desprende razonablemente, o no, de las facultades otorgadas por la ley habilitante; b) es en sí misma irrazonable...; y c) colisiona con el texto constitucional considerado como un sistema<sup>5</sup>.

El Ministro Rosatti no desarrolla el argumento de las atribuciones expresas, ni de las implícitas y la posibilidad de que estas últimas llevaran al tratamiento de puntos de contenidos formalmente no habilitados. Para él la actualización de atribuciones del Poder Ejecutivo prevista en la ley 24.039 fue y debía ser razonable, como ya se expresa, pues de lo contrario se estaría otorgando a la Asamblea Constituyente el carácter de órgano soberano.

También hace referencia Rosatti a la inexistencia de conflictos internormativos en la inteligencia que el establecimiento de un tope de edad no afecta la inamovilidad, que puede ser tanto transitoria, como permanente, concluyendo que el tercer párrafo del inc. 4º del art. 99 no resulta incompatible con lo dispuesto por el art. 110 de la CN, rechazando de este modo el carácter vitalicio de las funciones jurisdiccionales.

Finalmente, Rosenkrantz en su voto en disidencia, ratifica la doctrina sentada en Fayt, profundizando los argumentos sobre la base de los cuales se decidió el mencionado caso. La base de su voto se traduce en el siguiente interrogante

lo que está en cuestión es si la Convención que reformó la Constitución Nacional en el año 1994 tenía atribuciones legales suficientes para reducir la duración del mandato o si, por el contrario, dicha reducción se encontraba fuera de sus competencias<sup>6</sup>.

En este sentido coincide con el resto de los preopinantes en que la regularidad del procedimiento de reforma constitucional es materia justiciable, expresando que el control judicial de una reforma constitucional no puede ser visto como un enfrentamiento entre el Poder Constituyente y el Poder Constituido, sino como un ejercicio cuyo objetivo es preservar la Constitución.

Sostiene también Rosenkrantz que las distintas Convenciones Constituyentes se atuvieron estrictamente al temario fijado por el Congreso. Así pone de manifiesto que para la CSJN la inamovilidad, entendida como garantía objetiva contra las eventuales presiones de los restantes poderes, es también sinónimo del carácter vitalicio de las funciones de los magistrados y tal calidad estaba prevista en el art. 96, ubicado en un

---

<sup>5</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Considerando 11

<sup>6</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Considerando 15, párrafo 4.

capítulo distinto al de la designación de los jueces contenida por el art. 86 inc. 5° de la Constitución de 1853. Explica además que el Título del art. 3°, punto E de la ley 24.309, sólo menciona las atribuciones previstas en los arts. 67 (para el Poder Legislativo) y 86 (del Poder Ejecutivo), sin incluirse el art. 96 que trata sobre la inamovilidad de los jueces y la intangibilidad de su remuneración.

Va de suyo que el Ministro disidente expresó que, en las conversaciones mantenidas en las reuniones que tuvieron lugar con motivo del llamado Pacto de Olivos, ni en el seno del Congreso de la Nación durante el debate de la ley 24.309, como tampoco en el Núcleo de Coincidencias Básicas, se mencionó la necesidad de fijar un límite a la duración de los magistrados en sus cargos. Por lo que deduce que dicha modificación fue introducida a posteriori, durante el debate llevado a cabo entre los Convencionales Constituyentes.

### **2.1.1 El sucesor “Iriarte”**

El caso “Iriarte<sup>7</sup>” comenzó con la demanda interpuesta en el mismo año de la reforma (2006) constitucional en la provincia de Tucumán por los Dres. Luis Iriarte y Carmen Fontán con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad, invalidez y nulidad de distintas disposiciones constitucionales contenidas en el nuevo texto constitucional que rige a los habitantes tucumanos. En total fueron impugnados 26 preceptos legales fundamentales y que variaban sobre distintos temas.

La sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo se pronunció en el año 2013 y declaró que algunas de las cuestiones planteadas por los actores habían devenido abstractas en tanto a la fecha de su fallo ya habían sido tratadas y resueltas en otros litigios similares, en los que habían recaído sentencias definitivas, pasadas en autoridad de cosa juzgada. Con respecto a otros temas, la alzada los declaró inadmisibles, bien fuera por fundamentos procesales o materiales (falta de legitimación activa, y falta de prueba, respectivamente). Y en otras cuestiones, la Cámara declaró su inconstitucionalidad y consecuente nulidad absoluta e insubsanable.

Contra ese pronunciamiento tanto la parte actora como la demandada dedujeron recursos de casación de conformidad con la normativa procesal local. De este modo, llegados los autos a la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, los integrantes de su sala

---

<sup>7</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017

en lo Laboral y Contencioso Administrativo emitieron sus opiniones por separado ya que cada uno trataba aspectos distintos de la cuestión planteada; sin embargo coincidieron con los fundamentos dados por sus pares con respecto a las cuestiones analizadas por ellos y adhirieron a sus votos, con lo que la decisión fue tomada por unanimidad.

En cuanto al primer voto, pertenece al Dr. Novillo yes el que manifiesta la preocupación por intentar ensamblar los distintos precedentes jurisprudenciales. Divide su opinión en dos partes. En una primera, efectúa una exégesis de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en especial, en el caso “Schiffrin”. Con respecto a esta causa, el voto de Novillo trae a colación las conclusiones del caso y luego sintetiza los fundamentos desarrollados en los votos individuales coincidentes de Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, de los cuales extrae el principio de la deferencia hacia la convención reformadora y la necesidad de preservar en cabeza del Poder Judicial la atribución para revisar las cláusulas aprobadas en caso de: apartamiento de las competencias reconocidas por el Congreso en ejercicio de su facultad preconstituyente; violación de las facultades atribuidas a la Convención; vulneración del sistema republicano o de los derechos humanos fundamentales; e irrazonabilidad de la reforma en sí misma o colisión con el texto constitucional considerado como un sistema.

*A posteriori* se encarga de resaltar las singularidades del caso provincial que debe resolverse que lo distinguen, entre las que incluye aspectos estrictamente procedimentales (por ejemplo, las previsiones de la Constitución tucumana referidas al procedimiento para la reforma constitucional, o las de la Ley de Declaración de Necesidad de la Reforma 7469) y otros sustanciales (como el grado de extensión y la gravedad de los vicios de inconstitucionalidad). Incluye dentro de estas particularidades que distinguen al caso el

impugnarse la singular forma de actuación en discordia de la Convención Reformadora de 2006 en Tucumán en relación con la ley 7469 (muy distinta a la actuación en consenso y acuerdo plural de la Convención Reformadora de 1994 en la Nación a la ley 24.309 y al Pacto de Olivos)<sup>8</sup>.

Para acentuar estas singularidades del proceso reformador constitucional tucumano, el magistrado recuerda el alto grado de conflictividad de la cuestión y reseña las distintas causas judiciales que se suscitaron con respecto a la regularidad de la reforma constitucional local de 2006, así como hechos políticos y periodísticos que se produjeron en torno a ella, e incluso se retrotrae a los conflictos jurídicos que ya se habían planteado con relación a la anterior reforma constitucional local de 1990.

---

<sup>8</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017. Pto. 1.2. primer párr.

En la segunda parte del voto, el Dr. Novillo analiza la cuestión referida a la legitimación activa en la causa y a la judiciabilidad de los temas planteados, para luego tratar los agravios de las partes.

Con relación a las primeras cuestiones considera que no resulta posible separar de manera tajante los elementos de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento de los recursos de casación atinentes a la legitimación activa y al caso justiciable por una parte, y a la cuestión constitucional de fondo por la otra<sup>9</sup>.

Así admite una legitimación excepcional de los actores cuyo sustento es la defensa de los intereses públicos que comprenden y concuerdan con sus intereses concurrentes de fuerte proyección institucional, conforme a la uniforme jurisprudencia provincial elaborada en torno a la reforma constitucional de 2006 y a la doctrina del art. 90 *in fine* del Cód. Procesal Constitucional<sup>10</sup>.

En tanto ello, insiste:

puede decirse que forma y contenido aparecen aquí coligados en alguna medida inseparable. Y no se presentan como categorías de configuración aislada desarticulable", lo que le permite agregar "para juzgar los requisitos de admisibilidad intrínseca de la legitimación activa y del caso justiciable no podría disociarse o prescindirse por completo de los contenidos intrínsecos de las pretensiones procesales aquí entabladas<sup>11</sup>.

Resalta Novillo en su voto que el interés público comprometido en la resolución del caso y recuerda que debe reconocerse en Tucumán la existencia de una acción declarativa de inconstitucionalidad local diferente y de excepción lo que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando admitió que no se está ante un problema de legitimación corriente si se dan situaciones excepcionalísimas en las que se alega una ilegitimidad de gravedad tal que importaría el avasallamiento de las reglas fundamentales de funcionamiento republicano.

Sin embargo, dentro de ese esfuerzo de compatibilización jurisprudencial al que hace referencia Novelli, este primer voto puntualiza que esta admisión de la legitimación activa debe ser entendida dentro de determinados límites. Con clara referencia a ciertos pasajes de "Schiffrin", el magistrado sostiene:

Es claro por supuesto que la primacía y libertad del poder constituyente merece deferencia en el escrutinio judicial, incluso en el caso de duda; por lo que, en el contexto de las muy singulares circunstancias de la Convención Reformadora local de 2006, la amplitud de la legitimación personal excepcionalísima proponemos admitirla sólo con respecto a aquellos tópicos en los que se verifique con última y muy extensa gravedad insalvable el desborde de los límites autónomos y heterónomos de la reforma constitucional sancionada el 06/06/2006<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, "I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad" 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017. Pto. 1.2. primer párr.

<sup>10</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, "I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad" 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017. Pto. II. 1, párr. 4º

<sup>11</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, "I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad" 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 1, párr. 4º, in fine

<sup>12</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, "I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad" 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 3, párr. 4º.

Y también en esa línea considera

que los actores se encuentran aquí legitimados e incididos en común en sus intereses colectivos de índole institucional sólo en relación a determinados puntos que alcanzaron ya en la sentencia (...) de la Cámara (...) la extrema gravedad de significar insalvablemente una extralimitación de la competencia reformadora habilitada por la ley 7469 y el art. 152 de la Const. de Tucumán; el desmantelamiento sustantivo de pilares institucionales básicos —como legalidad y división de poderes— de la forma republicana de gobierno recibida en la Constitución de Tucumán; o la violación de derechos humanos fundamentales e inderogables —como el derecho a un medio ambiente sano<sup>13</sup>.

Así, superados los obstáculos de legitimación activa y de judiciabilidad, el magistrado ingresa en el análisis de las impugnaciones sustanciales. Comienza por la decisión de la Convención de establecer una mayoría particularmente agravada -de 3/4 partes- para los supuestos de acusación en juicio político y para la declaración de inhabilidad, en ambos casos, del gobernador y vicegobernador. Considera, en ese aspecto, que

el establecimiento de las mayorías desiguales o diferenciadas en estos artículos incorporados por la reforma de 2006 traspasaron una barrera y atentaron contra el umbral mínimo del equilibrio jerárquico de trato igualitario más elemental entre los tres poderes superiores del Estado —que es un piso mínimo garantido en el art. 1º del sistema republicano de la CN— en forma manifiestamente irrazonable, grave, y sin duda alguna<sup>14</sup>.

Recién luego de esa consideración de fondo agrega, como si se tratara de un dato secundario:

Además de que no estaba habilitada por Ley Pre-constituyente 7469 la competencia reformadora para esta innovación sin causa y contra todos los precedentes, salta a la vista de todos que la desigualdad ante la ley suprema es en sí misma inconcebible (...) es una iniquidad de grado extremo y manifiesto, absolutamente inconciliable con el principio cardinal de división y equilibrio entre los tres poderes clásicos del Estado<sup>15</sup>.

Por lo que concluye que

frente a la gravedad institucional máxima de las alteraciones introducidas en la Constitución de Tucumán, estaban legitimados los actores como ciudadanos que habitan y desarrollan sus vidas profesionales y políticas en esta provincia de Tucumán para la defensa del interés público en coincidencia con sus intereses comunitarios de índole institucional<sup>16</sup>

Así, desestima los agravios de la demandada fundados en la falta de legitimación activa y en la no judiciabilidad de esa cuestión y propone confirmar la sentencia apelada en tanto declaró la inconstitucionalidad y consecuente nulidad absoluta e insubsanable de

---

<sup>13</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 3, párr. 5º

<sup>14</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 3, párr. 8º.

<sup>15</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 3, párr. 9º.

<sup>16</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 3, párr. 9º.

la implantación de esas mayorías diferenciadas “en razón de alterar una piedra basal de la república y extralimitar la competencia habilitada<sup>17</sup>”

Sin embargo, bastante más adelante en el mismo voto en el punto II.7 el magistrado vuelve sobre el mismo tema al analizar qué norma debería aplicarse a estos supuestos, dada la inconstitucionalidad de la reforma. En este aspecto sí recepta los agravios de la demandada, porque considera que en la sentencia de Cámara se atribuyó indebidamente una ultra-actividad a una norma de la Constitución de 1990 que había sido derogada y propone, en cambio, “solucionar ese vacío mediante la auto-integración hermenéutica del ordenamiento constitucional<sup>18</sup>”. Infiere entonces por analogía que la mayoría aplicable en estos casos debe ser la de 2/3 “en una solución hermenéutica que los restituya a su situación igualitaria<sup>19</sup>”.

Luego este voto también propone seguir el criterio de la alzada en tanto descartó los agravios de la parte demandada con respecto a la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas de la Constitución de Tucumán, ya que entiende, como lo hizo la Cámara, que esas cuestiones fueron resueltas anteriormente por la jurisprudencia y adquirieron autoridad de cosa juzgada, razón por la cual su tratamiento, concluye, es abstracto.

Hay otro punto de esta segunda parte del primer voto que merece una lectura detenida. El mismo hace alusión al agravio de la demandada ante la declaración de inconstitucionalidad por parte de la instancia anterior, del art. 31 de la Constitución local

por apartarse de las alegaciones formuladas por las partes y de las constancias obrantes en autos, al haberse omitido tratar la defensa del art. 90 inc. 1º Cód. Proc. Civil y al haberse prescindido de observar el debido proceso del art. 88 del Cód. Proc. Civil para arribar de oficio a una declaración de inconstitucionalidad<sup>20</sup>.

En una redacción compleja el magistrado sostiene que

esta pretensión de impugnación directa del art. 31 tiene por causa constitutiva (...) a la absoluta omisión de la Ley Pre-constituyente 7469 en habilitar específicamente a la Convención de 2006 para reformar este punto que en el ex art. 29 segundo párrafo *in fine* del texto anteriormente sancionado en 1990 de la Constitución Provincial impedía (con idénticas palabras a las transcriptas en el actual art. 31 tercer párrafo *in fine* del texto reordenado en el texto de la Constitución Provincial sancionado en 2006) imponer a los

---

<sup>17</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 3, párr. 11 in fine.

<sup>18</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 En el pto. II.7

<sup>19</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 En el pto. II.7

<sup>20</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 pto. II.5.

medios de publicidad el deber 'de recepción de réplicas de personas que se sientan afectadas'<sup>21</sup>.

Agrega el voto que como la Convención no podía incluir en la reforma puntos no habilitados por la ley 7469

resulta también clara la improcedencia de que se entablara aquí una pretensión de inconstitucionalidad (...) porque —por norma constitucional expresa (se refiere al art. 152 de la Constitución provincial)— resultaba constitucionalmente obligatorio para la Convención de 2006 abstenerse de reformarlo<sup>22</sup>.

Añade que la declaración de oficio de inconstitucionalidad de una norma constitucional es

...por regla fundamental una hipótesis casi inconcebible y únicamente podría excepcionársela si fuera requerida por una necesidad imperativa de orden público constitucional que resulta claramente inexistente en relación al actual art. 31 (...) habida cuenta que rige en Tucumán (...) la doctrina convencional que emana de (...) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y que fue aplicada ya por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo 'Ekmekdjian'<sup>23</sup>

Concluye, así, que carece de validez

...por apartarse de las constancias de la disputa trabada en autos la sentencia que declara de oficio la inconstitucionalidad de la parte final del art. 31 de la Const. de Tucumán, aunque respecto a esta norma no fue habilitada la competencia reformadora por la ley 7469 y no se verificaba tampoco la excepcional ultima ratio del orden público constitucional<sup>24</sup>.

Nuevamente el magistrado parece optar, al menos en la redacción de su conclusión, por privilegiar el análisis de fondo de la por sobre el del tema de forma, o de procedimiento, esto es, el limitarse a constatar si la Convención estaba o no habilitada para esa reforma puntual.

En el apartado II.6 el voto analiza la legitimación activa para impugnar la incorporación en el texto constitucional de la potestad provincial de reglamentar la prohibición de ingreso de residuos peligrosos y radioactivos en el territorio provincial y su tratamiento y/o disposición final. Afirma Novelli al respecto que los actores están claramente legitimados por ser “portadores de un derecho humano fundamental que en la civilización actual se considera inderogable y acuciante<sup>25</sup>”, razón por la cual, a su ver, poseen un interés directo; a lo que añade la inconciliable oposición entre la prohibición contenida en el art. 41 *in fine* de la Constitución y la norma reformada.

---

<sup>21</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 5, párr. 2°.

<sup>22</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 5, párr. 3°.

<sup>23</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 5, párr. 4°

<sup>24</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 5, párr. 7°.

<sup>25</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Párr. 2°

En conclusión, confirma el fallo de la alzada en el punto y advierte, en especial, que la Cámara “circunscribió al mínimo la intervención jurisdiccional (...) con prudencia y respeto por la *ultima ratio* de la descalificación constitucional<sup>26</sup>”.

El último punto de este primer voto, aunque escueto, debe ser tenido en cuenta ya que en él el juez toma la decisión de optar por la aplicación del principio de la deferencia hacia la Convención. En ese sentido acepta la regularidad de lo establecido por ella con respecto a la imposibilidad de que los funcionarios acusados en juicio político sean suspendidos. En este tema la deferencia aplica porque, según el magistrado, existen distintas alternativas aceptables y por ende

una comprensión racional del asunto no permite descalificar 'in totum' con un sentido unívoco pre-determinado a solo una de las opciones y no alcanza a configurar entonces el último extremo de repugnancia con el umbral del sistema republicano adoptado por la Constitución<sup>27</sup>.

Sin embargo, los renglones que siguen a esas consideraciones hacen dudar acerca de si el principio realmente privilegiado por el juez fue el de la deferencia hacia la Convención, o el del respeto al precedente.

Es que en este aspecto el magistrado se encuentra una vez más con la dificultad de la compatibilización jurisprudencial, aunque ya no referida a “Schiffrin”, sino a un precedente propio. En efecto, como el mismo autor del voto lo señala, en “Asociación de Magistrados de Tucumán c. Provincia de Tucumán”, del 22 de agosto de este año, esa Corte local invocó la vigencia de la regla de la prohibición de la suspensión del acusado, por lo que no podía apartarse de lo decidido por ella misma 23 días antes de “Iriarte”. Por eso ese punto concluye señalando la “necesidad de preservar una articulación armoniosa de esta vía directa de control de constitucionalidad<sup>28</sup>” con el precedente mencionado.

Este primer voto finaliza con otra invocación del principio de la deferencia, esta vez con respecto a las normas impugnadas por los actores referidas a la promulgación parcial de leyes, por un lado y a la conformación del Tribunal de Cuentas, por el otro. Es un párrafo muy escueto, en el que se expresa que

la constitución provincial no está obligada a reproducir la misma norma que rige respecto a la promulgación parcial de leyes vetadas en la Constitución Nacional, y porque tampoco concurren razones jurídicas suficientes para imponer un criterio o procedimiento de

---

<sup>26</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 6, párr. 5°

<sup>27</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 9, párr. 3°.

<sup>28</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II. 9, párr. 5°.

designación de los vocales del Tribunal de Cuentas que prefiera dar cabida a representantes de la oposición política<sup>29</sup>.

En lo que hace al segundo voto pertenece al Dr. Sergio Gandur y se encarga de analizar el agravio de la parte actora referido al rechazo, en la alzada, de la impugnación de la constitucionalidad de la reforma en cuanto dispuso que la remuneración mensual de los legisladores tucumanos sería fijada por la Presidencia del Cuerpo, esto es, por el Vicegobernador.

El voto ingresa directamente en el tratamiento del fondo de la cuestión planteada y considera que al

renunciar el Poder Legislativo a su competencia para fijar la remuneración de sus miembros se afecta el principio de división de poderes. Pero, además, al atribuir esa facultad a una sola persona, sin establecer parámetros objetivos que limiten su accionar, también se afecta el principio de legalidad<sup>30</sup>

Estas afirmaciones que desarrolla en los párrafos siguientes el Dr. Gandur, incluyen fundamentos basados en la costumbre constitucional y en el análisis de las normas constitucionales vigentes en el resto de las provincias argentinas. Relata también el trámite que tuvo esa norma en el seno de la Convención y resalta que los diversos proyectos referidos a las remuneraciones de los legisladores habían pasado a la Comisión de Poder Legislativo, la que elaboró el texto aprobado sin que su miembro informante “efectúe mención alguna en su exposición en sesión sobre las razones que llevaron a proponer un texto que no contenía ninguno de los proyectos presentados<sup>31</sup>”.

Gandur deja para el último término el análisis de la compatibilidad de lo decidido por la Convención con la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Sostiene, al respecto, que “según la habilitación prevista en la ley 7469 que distingue entre 'modificaciones' y 'agregados', es indudable que la fijación de la dieta de los legisladores por el Vicegobernador no se trata de una simple modificación, sino de un agregado...<sup>32</sup>”, razón por la cual concluye que

deviene inconstitucional y nula de nulidad absoluta la parte final incorporada por la Convención Reformadora de 2006 al art. 68 de la Const. de Tucumán, únicamente en la parte que dispone 'y será fijada por la Presidencia del Cuerpo', *por comportar un grave, ostensible e incompatible apartamiento de la competencia para modificar el punto específicamente conferido por la ley 7469 en el ejercicio de su facultad pre-constituyente*, y por afectar de un modo sustantivo y grave el umbral del sistema republicano que sienta

---

<sup>29</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II, 10, párr. 3º.

<sup>30</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. 2, párrs. 8º y 9º

<sup>31</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II, párr. 27

<sup>32</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II, párr. 32

la regla de la ley (...) y la división de poderes, como bases mínimas del estatuto del poder constitucional<sup>33</sup>.

Y reitera: “la frase 'y será fijada por la Presidencia del Cuerpo' altera los principios republicanos de legalidad y división de poderes, por lo que resulta inconstitucional y nula de nulidad absoluta<sup>34</sup>”.

Siendo así, el voto deja expresamente a salvo, como complemento necesario de la decisión, la procedencia de “La solución legislativa para que la Honorable Legislatura de Tucumán fije la suma de dinero que percibirán mensualmente los legisladores con la denominación de dieta y tendrá carácter compensatorio de la función<sup>35</sup>”.

Sobre el tercer voto, lo brindó el Dr. Carlos Miguel Ibáñez y se dirige a resolver el agravio de los actores por no haberse hecho lugar en la alzada al planteo de inconstitucionalidad de la norma que consagra el silencio legislativo como aval para otorgar fuerza de ley a los decretos de necesidad y urgencia. Luego de describir los fundamentos de esa impugnación el juez ingresa en el estudio de las características de este tipo de decretos y de las circunstancias que habilitan su dictado. Refiere a las experiencias en el derecho comparado y en especial a la regulación a nivel nacional por medio de la ley 26.122 y respecto a esta última opina que las 2consideraciones sobre los decretos de necesidad y urgencia que rigen en la órbita nacional, son aplicables en el ámbito del derecho constitucional de la Provincia<sup>36</sup>”.

A renglón seguido, luego de seguir en esta línea de análisis a lo largo de cuatro carillas, afirma sorprendentemente:

En primer término, se advierte configurado el caso constitucional local por extralimitación de la competencia dada por la ley 7469 a la Convención de 2006, a raíz de ser el otorgamiento de fuerza de ley al silencio legislativo una innovación constitucional de entidad máxima que no estaba explicitada como 'agregado' ni tampoco razonablemente implícita en la habilitación pre-constituyente de una 'modificación' en el sistema del art. 2° de la ley 7469<sup>37</sup>

Luego el magistrado vuelve inmediatamente a consideraciones de fondo referidas a la imposibilidad de dar fuerza de ley al silencio, en tanto importa una falta absoluta de deliberación legislativa e implica una sanción tácita. De allí que el voto concluye que “la cláusula de la Constitución de la Provincia que le confiere fuerza de ley a un decreto por el sólo silencio de la Legislatura, equivale a sancionar una ley en forma ficta o tácita, lo

---

<sup>33</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II, párr., 33

<sup>34</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. II, párr. 35

<sup>35</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. III, párr. 3°

<sup>36</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. 7, párr. 1°.

<sup>37</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. 7, párr. 2°.

que resulta inconstitucional<sup>38</sup>” y declara inconstitucional y nula de nulidad absoluta la reforma en este punto

por comportar un grave ostensible e incompatible apartamiento de la competencia para 'modificar' el punto específicamente conferida por la ley 7469 en ejercicio de su facultad pre-constituyente, y por afectar de un modo sustantivo y grave el umbral del sistema republicano que sienta la regla fundamental de la ley expresa como base mínima del estatuto del poder constitucional<sup>39</sup>.

Hasta aquí, entonces, los criterios vertidos por los integrantes de la sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

Se colige, además de lo expuesto hasta esta instancia, que “Schiffrin” vino entonces a plantear una relectura de los alcances de las revisiones judiciales de las reformas constitucionales en Argentina, algo de lo que no pudo sustraerse la Corte tucumana al redactar la sentencia “Iriarte” como predecesora del fallo que aborda este segundo capítulo.

Así, enmarcados entre precedentes locales y “Schiffrin”, los integrantes de la sala opinante en este caso redactan sus votos en un esfuerzo de compatibilización que en algunos pasajes de la sentencia termina dejando algunas aristas conflictivas con base en los distintos criterios que ha adoptado, sobre todo –precisamente- por los fallos anteriores.

#### **2.1.1.2 Diferencias y similitudes entre Schiffrin e Iriarte**

Hay algunas diferencias con “Schiffrin” que surgen de la lectura del fallo “Iriarte”. Una lectura detenida de los votos lleva a una primera conclusión: hay una convicción tácita en los jueces de que, al invocar el principio de la deferencia a favor de la Convención, “Schiffrin” vino a establecer una prohibición para los magistrados de revisar las reformas constitucionales, aunque esta limitación admita algunas excepciones.

Siendo ello así los autores de “Iriarte”, en especial el primer voto, dedican largos pasajes del pronunciamiento a tratar de explicar que este es un caso distinto al que dio lugar al precedente federal, para recién después ingresar en el análisis de la regularidad de la reforma de 2006. Tal es así que en el primer voto se dedican 31 carillas (de 40 carillas totales) a fundamentar las “especiales circunstancias” de esta causa, por un lado, y los fundamentos que habilitan en este caso particular la admisión de una legitimación activa amplia, por el otro

---

<sup>38</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. 8, párr. 3º

<sup>39</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 Pto. 13, párr. 1º

En varias oportunidades se utilizan expresiones como “singularidades del presente caso<sup>40</sup>”, “la singular configuración de la *ultima ratio* en el escrutinio judicial de la reforma constitucional con respecto a la competencia habilitada por la ley 7469<sup>41</sup>”, “la especial singularidad que comporta de suyo el enjuiciamiento de la presente demanda<sup>42</sup>”, singularidad que “concorre además con las delicadas circunstancias que la demanda invoca<sup>43</sup>”, “esta singular situación casuística<sup>44</sup>”, “caso justiciable diferente<sup>45</sup>”, “el contexto de las muy singulares circunstancias de la Convención Reformadora local de 2006<sup>46</sup>”, etc. Incluso, como en “Schiffrin” se había aludido al alto grado de consenso que se había dado en la reforma de 1994, en “Iriarte” se señala que la actuación de la Convención de 2006 fue “muy distinta a la actuación en consenso y acuerdo plural de la Convención Reformadora de 1994 en la Nación<sup>47</sup>”.

En cuanto a los puntos en común entre “Iriarte” y “Schiffrin”, un par de párrafos antes de ingresar en el análisis de los agravios de fondo esgrimidos por las partes, la sentencia refiere – sin expresa alusión- a casi todos los lineamientos seguidos en ese fallo federal, no sólo en el núcleo de coincidencias básicas de los integrantes del cimero tribunal, sino en cada uno de los votos.

En tres párrafos la Corte tucumana resalta: la primacía del principio de la deferencia a favor del constituyente, aún dentro de un supuesto como el del caso “Iriarte”, en el que se acepta una legitimación amplia de naturaleza excepcionalísima, que sólo se admite para revisar “los tópicos en los que se verifique con última y muy extrema gravedad insalvable el desborde de los límites autónomos y heterónomos de la reforma”; la “extralimitación de la competencia reformadora habilitada por la ley 7469 y el art. 152 de la Const. de Tucumán”; el “desmantelamiento sustantivo de pilares institucionales básicos —como legalidad y división de poderes— de la forma republicana de gobierno

---

<sup>40</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, pto. I.2. de la 1ª parte

<sup>41</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, 1ª Parte, pto. I.4, 3º párr.

<sup>42</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, 1ª Parte, pto. I.4, párr. 7º

<sup>43</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, 1ª Parte, pto. I.4, párr. 8º.

<sup>44</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, 2ª Parte, pto. II.1, párr. 4º.

<sup>45</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, 2ª Parte, pto. II.3, párr. 1º

<sup>46</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, 2ª Parte, pto. II.3, párr. 5º.

<sup>47</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, 1ª Parte, pto. I.2, párr. 1º y 5º.

recibida en la Constitución de Tucumán; o la violación de derechos humanos fundamentales e inderogables<sup>48</sup>”.

Esto es, los magistrados parecen sentir la necesidad de puntualizar todos los extremos contemplados en “Schiffirin”, entre ellos, especialmente: la relación norma habilitante-Convención Reformadora<sup>49</sup>; la necesaria deferencia hacia la Convención<sup>50</sup>; la imposibilidad de que una reforma constitucional derogue la estructura básica del sistema de poder constitucional o los derechos humanos ya consagrados<sup>51</sup>; o que sea en sí misma irrazonable<sup>52</sup>; o que colisione con el texto constitucional considerado como un sistema<sup>53</sup>.

## **2. Los puntos destacables de la sentencia “Schiffirin”**

Una vez en claro lo que sucedió con lo resuelto en autos “Schiffirin” donde se discutió la validez de una cláusula de la Constitución Nacional incorporada por la Convención Reformadora de 1994 y de haber analizado un fallo posterior al dictado del mismo, es momento de abordar los aspectos distintivos del primer caso citado. Para ello, los puntos destacables de “Schiffirin”, serán expuestos, acto seguido:

1. La CSJN abandonó lo decidido *in re* “Fayt” en 1999. En ese caso, el cimero tribunal –aunque con otra composición- había declarado que era nulo el artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo introducido por la reforma constitucional de 1994. El párrafo señalado exige a los jueces que pretendan seguir en funciones después de cumplir la edad de 75 años la necesidad de que obtengan un nuevo acuerdo del Senado de la Nación y un nuevo nombramiento del Presidente de la Nación para mantenerse en el cargo.

2. Al revocar la doctrina del caso “Fayt”, la decisión de la Corte en el caso “Schiffirin” devuelve la validez a la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula en toda la historia constitucional de la Argentina por el máximo tribunal federal.

---

<sup>48</sup> CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017, LL AR/JUR/65510/2017 1er. voto, pto. II. 3, párrs. 4º y 5º.

<sup>49</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Consid. 27, apart. a).

<sup>50</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Consid. 27, apart. a) y b).

<sup>51</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Voto del Dr. Lorenzetti, consid. 7º, apart. f) y consid. 16 in fine

<sup>52</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Voto del Dr. Rosatti, consid. 11.

<sup>53</sup> CSJN “Schiffirin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012) Voto del Dr. Rosatti, consid. 11

3. El fallo es de alto interés institucional ya que estableció la potestad del Congreso y del Presidente de la Nación -como poderes políticos reconocidos por la Carta Magna- de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez puede continuar ejerciendo su función después de los 75 años.

4. La doctrina que emana del fallo “Schiffrin” se dirige a devolver su vigencia a la totalidad del texto de la Constitución, tal como fue aprobada por los constituyentes reformadores en el año 1994.

5. En el fallo “Schiffrin”, la Corte declaró por mayoría de votos compuesta por Lorenzetti, Maqueda y Rosatti -con disidencia de Rosenkrantz- la plena validez y vigencia de la norma señalada y, con ello, de la totalidad de las cláusulas de la Constitución Nacional, con las reformas incorporadas por la Convención Constituyente de 1994.

6. Mediante la decisión mayoritaria, los Ministros dejaron expresamente en claro que concordaban en lo siguiente:

a) La Convención reformadora actúa como poder constituyente derivado, reuniéndose con la finalidad de modificar, o no, sólo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.

b) Dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.

c) El control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención.

d) La ley 24.309 (art. 3º, inc e), al habilitar a la Asamblea reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en Argentina.

e) Esa habilitación sostiene la conclusión de que la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo -cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años- aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente.

f) La única vez en la historia argentina en que la máxima autoridad del Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso “Fayt”, sentencia en la cual la CSJN había puesto en ejercicio un control restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que limita severamente la competencia del órgano reformador.

g) La doctrina que emanó del caso “Fayt” debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo.

h) La aplicación de la doctrina que surge de “Schiffrin” lleva a concluir que la convención constituyente de 1994 no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Ni tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno; ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces.

Con estos fundamentos, se declaró procedente el recurso extraordinario, se rechazó la demanda promovida por el juez Schiffrin, y se dejó en claro que el pronunciamiento no afectaba la validez de los actos cumplidos por dicho magistrado.

Es preciso señalar que en su disidencia, el juez Rosenkrantz entendió que lo que estaba en discusión en este caso no era la razonabilidad de la limitación del mandato de los jueces sino la validez constitucional del proceso por el cual se introdujo esa reforma. Sostuvo que la Convención modificó un artículo que no estaba habilitado por el Congreso Nacional para ser reformado y que, por ello, la Convención Reformadora, al establecer un límite temporal al mandato de los jueces, violó la Constitución Nacional. Para ello argumentó en su voto que las normas que rigen el proceso de reforma constitucional son de crucial importancia para la efectiva vigencia del sistema de derechos y libertades consagradas por la ley suprema, ya que hacen a la estabilidad misma de dichas garantías.

Además, Rosenkrantz entendió que el estricto apego a la declaración que efectúa el Congreso de la Nación respecto de la necesidad de la reforma es el único mecanismo existente para evitar que las convenciones constituyentes se conviertan en sopresas e introduzcan temas no sometidos al debate público en forma previa a la elección de convencionales constituyentes. Este modo de entender las cuestiones en juego, por consiguiente, es el único que asegura la efectiva soberanía del pueblo argentino.

Por otra parte, Rosenkrantz se refirió al precedente “Fayt”, destacando que esta sentencia había tenido un pacífico cumplimiento por parte de todas las autoridades

constituidas, independiente de su signo político, durante más de 20 años. Afirmó que en casos como “Schiffirin”, donde se juzga la validez de una reforma constitucional, es preciso ser especialmente consistentes a lo largo del tiempo y ello demanda un respeto más riguroso hacia los precedentes de la Corte Federal.

### **3. El mandato constitucional de la edad de 75 años para los jueces como tope al ejercicio de su actividad jurisdiccional**

Explica Ekmekdjian (2016) que el último párrafo del art. 99 inciso 4 de la Constitución, fue incorporado a último momento; no estaba incluido en la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma y tampoco fue aprobado por la comisión respectiva, sino que lo introdujo la comisión redactora. Este precepto constitucional dispone que cuando cualquier magistrado del Poder Judicial de la Nación cumple 75 años de edad, pierde la inamovilidad, ya que debe requerirse acuerdo del Senado para él, cada cinco años.

En este tema Quiroga Lavié (2012), quien defiende la inclusión de esta cláusula, sosteniendo que ella es razonable, atento a que a esa edad suele producirse el decaimiento físico y de la capacidad de trabajo de las personas, agrega que este acuerdo periódico también beneficiará, al juez, pues le evitará el agravio de un jurado de enjuiciamiento. Sin embargo, si a cierta edad se produce un decaimiento físico o intelectual, en la gran mayoría de los casos es el propio interesado el que se aparta de la magistratura, sin necesidad de jurado de enjuiciamiento (Ibarlucía, 1998).

Este nuevo párrafo no parecería pretender eso que afirma Quiroga Lavié (2012), sino que responde a sujetar a los magistrados de edad avanzada a permanente ratificación, para quitarles independencia. De todos modos los casos judicializados no son tantos como para que merecieran un párrafo especial de la norma constitucional.

Va de suyo que el art. 30 de la Carta Magna, fue una norma declarada nula por la Corte Suprema en el caso “Fayt”. El Máximo Tribunal entendió que el constituyente había excedido los límites que la ley 24.309 había fijado para la reforma. Por tal motivo, el ministro que actuó como actor en esa causa continuó en el cargo mucho más allá de los 75 años de edad, demostrando que ésta *per se* no es una limitación, dado que su actuación fue lúcida y ejemplar hasta llegar casi al siglo de vida en el cargo.

Los ministros Augusto C. Belluscio y Eugenio R. Zaffaroni renunciaron al cumplir los 75 años de edad. El primero de ellos lo hizo en 2005 y manifestó que lo hacía para no prevalerse de lo decidido en una sentencia que él mismo había firmado se refería

al fallo Fayt y el segundo lo hizo en 2014 para no someterse a un nuevo acuerdo del Senado (Ekmekdjian, 2016).

## **Conclusiones parciales del capítulo 2**

Es dable concluir este segundo capítulo, resumiendo las cuestiones más sobresalientes del fallo “Schiffrin”, el cual se concentró en analizar la validez de la cláusula de la reforma constitucional de 1994 que establece que los jueces duran en su función hasta los 75 años, aunque pueden continuar por cinco años más (renovables) si obtienen para eso acuerdo del Senado y un nuevo nombramiento del Presidente/a.

En 1999 la Corte en la causa “Fayt” había declarado nula aquella disposición al darle la razón al entonces ministro del máximo tribunal. Algo similar a declarar inconstitucional a la propia Constitución.

Fue, como oportunamente se alegara en el derrotero de este acápite, la única norma constitucional declarada nula por la Corte Suprema. El fallo “Fayt”, es preciso recordar además, llegó a argumentar que para habilitar la continuidad del ministro en sus funciones como tal, la convención constituyente se había extralimitado en sus atribuciones. Sin embargo, todo cambió en el precedente “Schiffrin” por el que se resolvió que la doctrina emergente del caso “Fayt” debía ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo que converge sobre la convención reformadora.

Es válido aclarar también que el ministro Carlos Rosenkrantz, representando el voto disidente, sostuvo que la Convención Constituyente no estaba habilitada por el Congreso para reformar el artículo 99, que habla de las atribuciones del Presidente, lo que incluye el nombramiento de jueces. Para ello sostuvo que se debe evitar que se convierta en una inesperada sorpresa y que introduzca temas que no fueron sometidos al debate público previamente a la elección de convencionales constituyente. Con motivo de ello lo que se busca garantizar es la soberanía del pueblo. Cuestionó, además, que la Corte modifique sus propios precedentes.

La mayoría, por otra parte, sostuvo que el caso “Schiffrin” encuadra como un caso que habilita la revisión doctrinaria vigente hasta el momento del dictado de esta sentencia de marras. Argumentó para poder afirmar ello que el análisis limitativo que hizo la Corte en 1999 sobre el alcance de las facultades de la Convención constituyente implica el riesgo de injerencia e interferencia en el proceso democrático, alterando el equilibrio entre los poderes y que quede sin efecto la voluntad soberana del pueblo.

Por su parte, sobre el límite específico de 75 años se advirtió que no se afecta la esencia ni la sustancia de la garantía de inamovilidad ni, por ende, el principio de independencia judicial. En ese sentido se interpretó que se trata de una regulación admisible y legítima, que no ubica a los magistrados en situación de dependencia y precariedad sino que simplemente establece un límite objetivo en lo que respecta a la duración en el cargo. Es una definición -afirma- que el legislador constitucional adopta de modo general, a priori, aplicable a una clase de sujetos de modo igualitario, por lo que no es posible establecer sospecha alguna de discriminación ni de afectación del ejercicio independiente de la función”.

En cuanto al sucesor de “Shiffirin”, ”Iriarte” los magistrados reconocen que ya no pueden limitarse a seguir la línea argumental de sus propios precedentes cuando deciden invalidar alguna decisión de la Convención Reformadora de 2006; saben que en estos casos ahora, además, tienen que incorporar los fundamentos de “Schiffirin”. Es esto lo que los lleva a querer demostrar con argumentos sustanciales basados en el principio republicano, de legalidad, o de respeto a los derechos humanos cada apartamiento del principio general de deferencia a la Convención. Y esto se observa claramente en el análisis de los distintos agravios.

Ahora bien, mientras que en “Schiffirin” el principio de la deferencia hacia la Convención fue un tema central y ocupó gran parte de cada uno de los votos que conformaron la mayoría, en “Iriarte” sólo es relegado a una mínima expresión al final del primer voto. Va de suyo que el motivo de esa diferencia es claro: en el primer caso se quería mantener viva la decisión de la Convención. En el segundo, se trata de continuar la línea jurisprudencial local y confirmar que en Tucumán se estuvo en presencia de una Convención Reformadora palmariamente irregular. De allí también la insistencia de los jueces en querer diferenciar el proceso reformador nacional de 1994 del tucumano de 2006

## **Capítulo 3: La reforma constitucional y el control judicial de las reformas**

## **Introducción**

Este último capítulo está centrado en el análisis del proceso de reforma constitucional y en aquello que hace al control judicial de los preceptos constitucionales que hayan sido reformados. Es importante destacar en este aspecto, la relevancia de la preocupación por la limitación del poder. Es decir, en todo aquello que hace al poner límites a la posibilidad de abuso por parte de quien tiene en sus manos la facultad de tomar decisiones que impacten en terceros.

Como es dable advertir, se está frente a un capítulo sumamente relevante para poder dar una respuesta definitiva al problema que motivó la presente investigación.

### **3.1 El proceso de reforma constitucional**

A partir de este primer apartado, se comienza con el comentario del art. 30 de la Constitución Nacional. Tal es así que lo primero a lo que ha de hacerse referencia es que la Carta Magna adopta el sistema de reforma por Convención Constituyente, con la intervención previa del Poder Legislativo. En los párrafos siguientes se analizará el procedimiento en detalle.

A) Etapa preconstituyente: el primer párrafo del art. 30 establece que “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes”. Es a partir del segundo párrafo del art. 30, que expresa: “La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”.

Esta etapa preconstituyente, al decir de Sagüés (2018) implica el inicio del proceso de reforma constitucional, es decir, del ejercicio del poder constituyente reformador o derivado. Ahora bien, tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo son poderes constituidos. En una constitución rígida (al menos teóricamente) es la excepción que los poderes constituidos puedan ejercer atribuciones de reforma constitucional, por lo cual éstas deben ser interpretadas restrictivamente (Ekmekdjian, 2016).

En cuanto al procedimiento legislativo para sancionar la declaración de necesidad de la reforma, enseña Ekmekdjian (2016) que la doctrina mayoritaria entiende que la declaración de necesidad debe ser aprobada como de ordinario se procede en el trámite legislativo, esto es, por ambas Cámaras sesionando separadamente. Bidart Campos (1993), en cambio, entiende que cualquiera de ambas posibilidades es viable.

Personalmente se adhiere a la tesitura mayoritaria, esto es, que ambas Cámaras deben sesionar separadamente y que el cómputo de los 2/3 debe hacerse sobre los miembros de cada una de ellas. De otro modo, siempre prevalecería la decisión de la

Cámara de Diputados por una simple cuestión numérica. En otras palabras, la decisión de la reforma constitucional quedaría en manos de las tres o cuatro provincias más pobladas, en perjuicio y detrimento de las restantes, con lo que se violaría el principio fundamental del sistema federal, que es la igualdad que deben tener las provincias en su participación en el gobierno federal (Bidart Campos, 1991).

Sobre el modo de computar la mayoría de dos tercios que exige el art. 30 para aprobar la declaración de necesidad de la reforma, puede ser interpretada, al menos, de tres maneras distintas: a) los 2/3 del total de los miembros nominales de cada Cámara; b) los 2/3 de todos los miembros en ejercicio (en este caso se excluiría a los miembros con licencia, las bancas no cubiertas y los ausentes con aviso, cuya lista se publica en la primera hoja del diario de sesiones de cada sesión); c) los 2/3 de los miembros presentes en la respectiva sesión, siempre que haya *quorum* suficiente para sesionar (Sagüés, 2918).

Antes de la última reforma constitucional, y previo al Pacto de Olivos, cuando en el Congreso se discutían los proyectos oficialistas para declarar la necesidad de la reforma, la tesitura del bloque justicialista y sus asociados en pro de la reforma constitucional, era la de aceptar el punto C. La oposición a ella, en cambio, sostenía la interpretación primera, esto es, que los dos tercios debían computarse sobre el total de los miembros de cada Cámara (Ekmekdjian, 2016).

Este debate quedó superado por la firma del Pacto de Olivos, pero la cuestión subsiste, al menos doctrinalmente (Gorbato, 1995). El criterio de esta tesitura coincide con la doctrina que exige que los dos tercios se computen sobre el total nominal de los legisladores de cada Cámara (criterio A) o, al menos, sobre el total de los miembros en ejercicio (criterio B).

Por último es dable destacar, siguiendo a Sabsay (2011) que de acuerdo con la práctica constitucional, la ley declarativa de la necesidad de la reforma se pronuncia sobre su alcance, al determinar si ésta debe ser total o parcial. De decidirse por esta última deberá indicar los puntos de la Ley Fundamental susceptibles de ser modificados por la Convención Constituyente.

La atribución del Congreso de fijar el temario de la Convención, cuando se trata de reformas parciales al texto constitucional, ha sido reconocida en forma unánime por la doctrina, puesto que "...la reforma parcial supone provocar el funcionamiento de un órgano que sólo puede reformar ciertas y determinadas prescripciones, ya que de lo

contrario se confundiría con una reforma total y perdería toda razón de ser la distinción adoptada por la Constitución...” (Vanossi, 2000, p.393).

Otros aspectos que debe contemplar esta ley son las pautas para la convocatoria a elecciones de convencionales constituyentes y las relacionadas con la convención y su funcionamiento, tales como el plazo y lugar para sesionar, el número de constituyentes, los requisitos para ser elegido y las de índole presupuestaria (Sabsay, 2011).

B) Etapa constituyente propiamente dicha: corresponde ahora analizar la segunda etapa del proceso constituyente, es decir, la actividad constituyente propiamente dicha. Ya se ha adelantado que en el sistema diseñado por el art. 30 de la Constitución, el ejercicio del poder constituyente reformador se confiere a un órgano *ad hoc*, denominado Convención Constituyente.

El último párrafo del mencionado art. 30 sólo dice que la reforma “no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. Esta frase ha traído algunas discusiones y una de ellas ha sido la forma de elección de los diputados constituyentes.

Este debate se dio dado que el texto del art. 30 no indica la forma en que se habrán de elegir los diputados constituyentes, como sí lo hacen, en cambio, la mayoría de las constituciones provinciales (Cassagne, 1995). Se ha producido también una discusión doctrinal en este sentido, aunque el derecho consuetudinario lo ha resuelto pacíficamente (Badeni, 1994). Algún autor incluso sostuvo que los convencionales constituyentes podían ser elegidos por el Congreso nacional (Bidart Campos, 1993).

Esta interpretación del art. 30, fundándose en un defecto del texto, no se compagina con el concepto de poder constituyente, cuyo único titular es el pueblo, y a él sólo le corresponde elegir a quienes lo ejercerán en su representación, mediante un mandato especial, no con el mandato genérico otorgado a un legislador. Además esa opinión hace peligrar la democracia. En efecto, ella sirvió de fundamento para que algunos dirigentes políticos pretendieran en el año 1993 que el propio Congreso podía autodeclararse a sí mismo como Convención Constituyente y de esta manera evitar la convocatoria a elecciones de convencionales (Ekmekdjian, 2016).

Dicha pretensión desconoce totalmente las diferencias existentes entre poder constituyente (reformador en este caso) y poderes constituidos y olvida que el mandato que otorga el soberano a sus representantes (en el caso para legislar) no puede extenderse a materias no previstas en él (reformar la constitución). Esto sería tanto como intervertir el título y convertirse en gobierno usurpador (Quiroga Lavié, 2009).

Al decir de Ekmekdjian (2016) el derecho consuetudinario fue el responsable de resolver esta cuestión, que ha quedado en una discusión puramente académica. En efecto, la ley 172, sancionada el 14 de junio de 1866, que declaró la necesidad de la reforma efectuada ese año, reguló las condiciones de la elección de los convencionales y el lugar de reunión. Estableció que la Convención sesionaría con un número igual al de los legisladores que integraban la Cámara de Diputados, y con el mismo sistema electoral utilizado para ellos.

Luego, la ley 3507, que declaró la necesidad de la reforma efectuada en 1898, fijó en ciento veinte el número de convencionales que integrarían la Convención Constituyente, fijando la cantidad de ellos por cada distrito (provincias y capital federal). Y la ley 13.233, que declaró la necesidad de la reforma efectuada en 1949, fijó el número de convencionales en el mismo que el de diputados nacionales, y el sistema electoral de lista incompleta (Ekmekdjian, 2106).

El dec.-ley 3838/1957, que declaró la necesidad de la reforma de 1957, estableció en doscientos cinco convencionales, distribuyéndolos por cada distrito, y como sistema electoral el de representación proporcional (variante D'Hondt). Omitiendo, por razones obvias, la efímera reforma *de facto* de 1972, resta mencionar que la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma efectuada en 1994, estableció que se elegirían en cada distrito el mismo número de diputados y senadores que cada uno envía al Congreso de la Nación, el sistema electoral de representación proporcional (variante D'Hondt), aplicándose las normas del Código Electoral Nacional (art. 10). También dispone que la Convención se reuniría en las ciudades de Santa Fe y Paraná y le fijó un plazo máximo de 90 días para cumplir su cometido (art. 12) (Ekmekdjian, 2106).

En materia de inhabilidades para ser constituyente, enseña Ekmekdjian (2016) que lamentablemente se han dado algunos casos en los cuales se han presentado como candidatos a convencionales constituyentes e incluso han actuado como tales- jueces en ejercicio. Lo grosero del hecho exime de mayores comentarios.

No obstante cabe agregar que el derecho constitucional consuetudinario ha resuelto correctamente la omisión del artículo en análisis, estableciendo —que los convencionales constituyentes son elegidos directamente por el pueblo, según el mismo sistema utilizado para la elección de los legisladores nacionales (Sagüés, 2018).

Al decir de Sabsay (2011) en pos de ir concluyendo el análisis de esta etapa, la Convención Constituyente, convocada especialmente para efectuar la reforma, una vez que han sido elegidos sus miembros, delibera de acuerdo con el régimen establecido en

la ley declarativa y en su propio reglamento. A la Convención le cabe la tarea de efectuar la reforma.

La Convención, siguiendo con la idea de Sabsay (2011) puede limitarse a trabajar sobre las modificaciones que considere pertinentes, omitiendo el tratamiento de otros puntos contemplados en el menú elaborado por el Congreso en ejercicio de su función preconstituyente. En consecuencia, las enmiendas señaladas por el Congreso a la convención integran un tope para su labor, esto es, un límite máximo, pero nada impide que aquéllas se vean reducidas, si el órgano constituyente lo estima conveniente, e inclusive que no efectúe ninguna de las reformas propuestas por el Congreso.

En caso de reforma parcial, la convención no puede agregar puntos al menú de enmiendas contenido en la ley declarativa. Si lo hiciera estaría violando la labor del Congreso en su calidad de titular del poder preconstituyente, también desconocería la voluntad popular expresada en las urnas en la etapa electoral. Esto último, en razón de que los electores han votado en función del marco determinado por la etapa preconstituyente, dentro del cual se ha establecido el alcance parcial de la reforma y los puntos a enmendar (Sabsay, 2011).

De manera tal que el proceso constituyente debe ser interpretado y llevado a cabo como una sucesión coherente y concatenada de actos jurídicos, es decir, de las etapas que se han descrito hasta esta instancia, que no constituyen decisiones aisladas, sino por el contrario, éstas se encuentran directamente relacionadas entre sí, hasta tal punto que cada una de ellas se ve predeterminada por lo establecido en la anterior.

### **3.1 Atribuciones de la Convención Constituyente**

Sobre las atribuciones de la Convención Constituyente, punto de inflexión en la temática objeto de estudio, Sagüés (2018) apunta, acertadamente, que una vez constituida la misma, ésta -como todo órgano estatal- tiene poderes explícitos e implícitos. Los explícitos son, al decir de este autor, los que le han sido conferidos por la ley de declaración de necesidad de la reforma, y los implícitos son los propios de todo órgano del poder. Por su parte, los poderes implícitos son aquellos que se dan al dictar la Convención su reglamento interno por ejemplo para elegir sus autoridades, integrar sus comisiones, fijar sus días de reunión y el lugar de ellas, otorgar licencias a sus miembros, establecer el *quorum* y las mayorías, decidir sobre la validez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros, aplicarles sanciones disciplinarias, decidir su desafuero, llegado el caso, tomarles el juramento de estilo, etcétera.

Respecto a las remuneraciones y a las inmunidades de sus miembros, enseña Ekmekdjian (2016) que algunos autores opinan que también estas decisiones forman parte de los poderes implícitos de la Convención. Desde aquí se entiende que, por aplicación analógica de los arts. 68, 69 y 74 de la Constitución, tienen las mismas inmunidades que los legisladores y su remuneración debe ser fijada por ley.

Los poderes explícitos de la Convención surgen, fundamentalmente, de la propia ley que declara la necesidad de la reforma. Consisten, fundamentalmente, en el estudio, tratamiento y decisión de los puntos sobre los cuales la ley respectiva decide someter a la decisión de aquélla (Sabsay, 1994).

Con respecto a estas atribuciones, que son el objeto principal de la convocatoria y reunión de la Asamblea Constituyente, se han planteado también varias cuestiones, entre ellas, la soberanía de la Convención. Así se ha debatido si puede ésta tratar puntos no previstos en la convocatoria. La primera pregunta que se efectúa el intérprete es si la ley de declaración de necesidad de la reforma limita las atribuciones de la Convención Constituyente o si, al contrario, ésta es soberana y puede prescindir de aquellos límites y reformar artículos de la Constitución, no previstos en la ley de necesidad de la reforma (Ekmekdjian, 2016).

Existen fuertes argumentos en ambas direcciones, teniendo en cuenta que el art. 30 nada prevé al respecto.

Quienes sostienen la tesis de la soberanía de la Convención y, por tanto, la capacidad de ésta de incluir puntos no previstos en la declaración de necesidad de la reforma, se fundan en varios argumentos. Así, por ejemplo, se pretende que las normas bajo las cuales actúa el poder constituyente son de conveniencia política y que ese poder las respetará o no, conforme al grado de adhesión que les merezca; que no es posible reconocer el control de constitucionalidad de la reforma constitucional porque ello desplazaría el ejercicio del poder constituyente hacia la Corte Suprema de Justicia, y al no ser viable el control de constitucionalidad de la reforma, en los hechos, ello implica la soberanía de la Convención y la falta de límites. También, interpretando al pie de la letra la frase del art. 30, ésta limita la intervención del Poder Legislativo (etapa preconstituyente) a la declaración de necesidad, pero de ningún modo el texto constitucional establece limitaciones a la Convención Constituyente (Quiroga Lavié, 2009).

En cambio, quienes sostienen que la Convención Constituyente reformadora está sujeta a los límites impuestos por el Congreso en la declaración de necesidad de la reforma

se fundan en que el ejercicio del poder constituyente -reformador o derivado- tiene límites; ya que en caso de no respetarse la regla de los antecedentes, se estaría ejerciendo el poder constituyente fundacional. Además, la apelación a la presunta soberanía de la Convención implica una confusión semántica de términos, ya que el único soberano es el pueblo y todos los órganos del poder -tanto constituyente como constituidos- están integrados por representantes de aquél (Ekmekdjian, 2016).

Finalmente, el derecho consuetudinario ha venido a refrendar esta tesis, ya que, en todos los casos de reforma -salvo la de 1949, en que la ley 13.233 no establecía puntos específicos para ella, sino que, al contrario, daba un ambiguo criterio general- las distintas convenciones constituyentes nunca admitieron el tratamiento de temas que no hubieran estado incluidos en la declaración de necesidad de la reforma (Ekmekdjian, 2106).

Otro debate que se ha dado tiene que ver con el hecho de que si la Convención, está obligada a tratar todos los puntos previstos en la declaración de necesidad de reforma, efectuada por el Congreso. En general, la respuesta doctrinal es negativa. La propuesta de reforma elaborada por el Congreso nacional no es vinculante para el órgano reformador, en el sentido de que lo obligue a tratar todos los puntos previstos. En efecto, aun cuando existen discrepancias respecto a la respuesta al acápite anterior, en éste hay conformidad generalizada (Sagüés, 2018).

Al respecto, Estrada afirma que

la declaración del Congreso no obliga a la Convención que debe entender en el asunto. Esta Convención, elegida popularmente, investida por la soberanía nacional con el mandato especial de resolver sobre la reforma de la ley fundamental, procede con plena libertad, sin ser, en manera alguna, trabada por la declaración previa del Congreso. Ni podría ser de otra manera. Si la Convención estuviera obligada a seguir el espíritu del Congreso, sería una rueda inútil (...). Luego, la facultad de la Convención es plena y absoluta. La declaración no la limita sino en un sentido: en cuanto ella no puede extender su poder de revisión y de reforma más allá de los artículos que el Congreso haya iniciado (*sic*) modificar (1985, p.202, citado por Ekmekdjian, 2016, p.168).

También éste ha sido el criterio adoptado por el derecho consuetudinario, ya que en varias oportunidades las convenciones constituyentes dejaron sin tratar diversos puntos que habían sido declarados como necesarios para su reforma por el Congreso (Ekmekdjian, 2016).

No termina allí el debate. Asimismo se ha discutido si el Congreso puede imponer limitaciones de fondo o de forma a los convencionales para el tratamiento de los temas incluidos en la ley de necesidad de la reforma, instruye Ekmekdjian (2016).

En efecto, la ley 24.309, que declaró la necesidad de reformar la Constitución Nacional, en su art. 5° establece textualmente que

la Convención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el art. 2º de esta ley de declaración deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importaría la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes.

De dicho precepto a Ekmekdjian (2016) le surgen dos preguntas. En primer lugar, si es válida esta limitación a las atribuciones de la Convención Constituyente como cuerpo y al mandato de sus miembros individualmente. En segundo término, si la respuesta a la pregunta anterior fuera negativa, cabe cuestionarse también si la incorporación de esta norma legal al Reglamento Interno de la Convención, aprobado por mayoría, con la disidencia expresa de una importante minoría de convencionales constituyentes, implica sanear el vicio de inconstitucionalidad de la norma legal en cuestión.

A ambas preguntas se le ha encontrado respuesta. Respuesta que sirve también para concluir la mentada discusión.

En primer término, la pretensión del art. 4 de la ley 24.309 de limitar las atribuciones de la Convención Constituyente con respecto al análisis y votación de los trece temas (y numerosos subtemas) que forman el llamado “núcleo de coincidencias básicas” fue a criterio Ekmekdjian (2015) inconstitucional. Alega en ese sentido que no es posible que el Congreso, como uno de los poderes constituidos, obligue al órgano que ejerce el poder constituyente a pronunciarse por sí o por no, *in totum*, sin poder expandir el texto y aprobarlo o rechazarlo en partes, máxime cuando esta disposición ni siquiera surgió de un debate parlamentario, sino de un acuerdo de cúpula entre los jefes de dos partidos políticos.

Entonces, siendo negativa la respuesta a la primera pregunta, cabe analizar ahora la segunda, esto es, si la incorporación del contenido del art. 5 de la ley 24.309 al Reglamento Interno de la Convención, saneó el vicio de inconstitucionalidad de aquella norma.

Como es sabido, el Reglamento Interno de la Convención, aprobado por mayoría, con la disidencia expresa de una importante minoría de convencionales constituyentes, incluyó en su art. 127, párr. 1º, la necesidad de votar el núcleo *in totum*, por sí o por no. Esto provocó numerosos debates en el seno de la Convención, acciones judiciales, y la renuncia de dos convencionales por discrepar con el método adoptado por el mencionado art. 127 del Reglamento Interno de la Convención (Ekmekdjian, 2016).

Finalmente, la Convención Nacional Constituyente, en su sesión del 1 de agosto de 1994, dio sanción definitiva, casi sin modificaciones, al núcleo de coincidencias

básicas, incluido en el art. 2° de la ley 24.309, que instrumentó el pacto entre Menem y Alfonsín.

La segunda respuesta, atento a lo explicado, también debe ser negativa, ya que el consentimiento de una mayoría no puede sanear la violación de la Constitución, porque las normas de orden público son irrenunciables (Sabsay, 2011). Aunque así no fuera, desde que ese texto no fue votado por unanimidad, la mayoría no puede convalidar la mutilación de las facultades de los convencionales de la minoría.

### **3.2 El control judicial de la reforma constitucional**

Es dable comenzar advirtiendo al lector que el tema de la reforma constitucional y un eventual control judicial de las nuevas normas que se incorporen a la Carta Magna, es un elemento esencial e ineludible del trabajo de investigación. Ello en tanto, se trae a colación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre los límites a las facultades de la Convención Constituyente reformadora de 1994, a través de una sentencia en la que decidió la situación de uno de sus miembros, el entonces Ministro Carlos S. Fayt, frente a una de las modificaciones al Poder Judicial efectuadas por la última reforma constitucional.

Se trataba, como oportunamente se analizara, de una decisión de especial trascendencia para el derecho público argentino en tanto y cuanto importa un límite al poder constituyente derivado impuesto por el Poder Judicial, uno de los poderes constituidos, cuya decisiones por principio general deben necesariamente subordinarse al marco impuesto por el primero. Es de destacar la inexistencia en el derecho judicial argentino de otra sentencia que en el pasado hubiera declarado inconstitucional parte del contenido de una reforma constitucional.

En pronunciamientos anteriores, el Máximo Tribunal había eludido su intervención con relación a vicios del procedimiento que de manera objetiva violaban el derrotero, entre otras cuestiones, para la formación de las leyes contemplado en la Ley Fundamental. Por el contrario, la decisión a que referimos, afecta el contenido de la reforma, es decir, no se limita al control del procedimiento. A continuación haremos una breve reseña de los casos destacados en este lineamiento jurisprudencial.

Ahora sí, se vuelve sobre el hecho de que el tema del control de constitucionalidad de las nuevas normas incorporadas a la Constitución mediante una reforma constitucional, está íntimamente ligado a la cuestión de los límites del poder constituyente reformador. Más aún, es una consecuencia inseparable de aquel tema. No es admisible esta discusión

en relación al poder constituyente fundacional u originario, pues éste no tiene límites jurídicos (Sabsay, 2011).

La cuestión tiene interrogantes para responder, enseña Ekmekdjian (2016) a quien se sigue para una mejor claridad conceptual de la problemática abordada. En ese sentido destaca que estas preguntas pueden plantearse del siguiente modo ¿Pueden las nuevas normas incorporadas a la Constitución mediante una reforma, ¿pueden ser violatorias de otras normas de rango superior a aquéllas, en su contenido; o bien cuando han sido dictadas apartándose del procedimiento previsto en la propia Constitución? En caso afirmativo, ¿existe un órgano distinto del que ejerce el poder constituyente que tenga capacidad para controlar a éste?

Hay dos posiciones extremas para responder a estos interrogantes y varias intermedias.

a) La afirmativa admite que las normas incorporadas a la Constitución en ejercicio del poder constituyente reformador son susceptibles del control de constitucionalidad, respondiendo así positivamente a ambos interrogantes formulados. En general se basa en el supuesto de que las normas constitucionales tienen jerarquías distintas entre sí y que incluso existen ciertos principios básicos supraconstitucionales que no pueden ser alterados por el poder constituyente reformador. Esta posición se inscribe en las tendencias racionalistas y jusnaturalistas (Ekmekdjian, 2016).

b) La negativa, en cambio, rechaza totalmente la posibilidad de que el poder constituyente reformador pueda ser sometido a control, ya sea porque no admite la diversa jerarquía de las normas constitucionales o porque no acepta que un poder constituido pueda controlar el ejercicio del poder constituyente, o por ambos motivos a la vez (Ekmekdjian, 2016).

Complica aún más este ya complejo panorama, las disposiciones de algunas constituciones que expresamente prohíben la modificación de determinados principios. Vanossi (2000) brinda al respecto una prolija reseña de estas cláusulas, dando ejemplo de constituciones que tienen cláusulas pétreas expresas (Noruega, Alemania, Grecia, Puerto Rico, Francia, etc.).

### **3.2.1 Tesis que rechaza el control judicial**

Atento a este debate entre quienes aceptan y quienes no el control judicial de las normas constitucionales, es momento oportuno para profundizar aún más. Para ello, a

continuación, se brindarán en primer lugar mayores precisiones en torno a aquellos que entienden que dicho control no debe llevarse a cabo.

Gargarella (2004) ha analizado los diversos fundamentos que se han expuesto en defensa del control judicial y los fue respondiendo en base a su idea y con sus respectivos argumentos. Así por ejemplo, al argumento que afirma que al declarar inconstitucional una norma, el Poder Judicial no prevalece sobre el Legislativo sino que prima la voluntad del pueblo por sobre lo afirmado por los representantes del mismo, explica que éste maquilla la realidad.

Para Gargarella (2004) el concepto “pueblo” era significativamente distinto a lo que en la actualidad se denomina o considera como tal. Destaca en ese aspecto que al momento de la sanción de la Constitución, no se tenían en cuenta a las mujeres, negros ni indios.

Otro argumento que refuta Gargarella (2004) es aquel que sostiene al control judicial como un instrumento legal indispensable para proteger a las minorías que no necesariamente están representadas desde la perspectiva política. Para este autor, que una persona o grupo de ellas que no han sido electas directamente por el pueblo y que en la mayoría de los casos, no tienen ningún contacto directo con esas minorías, tiendan a protegerlas, sería una ingenuidad. Desde tiempos inmemoriales, señala Gargarella (2004) se han dictado fallos que lo que menos han resuelto es a favor de esas minorías.

También se ha sostenido que la actividad de los jueces implica el frío raciocinio, frente al calor de la política, y además de ello, cumplen una función de imparcialidad e independencia frente a la resolución de los problemas. Pero esto, al decir de Gargarella (2004) no es otra cosa más que el afirmar que los jueces están preparados y calificados para tomar mejores decisiones que el pueblo en general, y los representantes en particular.

Además, ha dicho Gargarella (2004) la independencia judicial es ciertamente relativa. De hecho, muchas de las últimas reformas constitucionales en las provincias argentinas como en el resto de los países latinoamericanos, tuvieron como objetivo reforzar esta independencia, frente a la evidencia de su carencia.

A ello agrega Gargarella (2004) que cuando John Marshall gesta el control judicial en el harto conocido caso “Marbury vs. Madison” lo hizo a partir de algunas premisas que –mínimamente- son susceptibles de ciertas dudas entre las que se destacan las antinomias.

Cita Gargarella un fragmento del fallo mencionado para esclarecer su postura: “o bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios,

o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo” (2004, s.d). Y afirma en ese sentido que se trata de un argumento no muy distinto al que Kelsen, tiempo después propusiera cuando desarrollara su teoría de la pirámide jurídica o de la supremacía constitucional. Enseña en tanto ello que no hay más que un silogismo donde la premisa mayor viene de la mano de la Constitución, la menor está configurada por la ley que violenta al texto supremo, y una conclusión, que sería la declaración de inconstitucionalidad de esta última. Pero en realidad, esto no es necesariamente así, dice el autor seguido.

Para reafirmar su idea, Gargarella (2004) explica que no en muchas oportunidades las antinomias se evidencian con meridiana claridad. Además alega que la determinación de la premisa menor es una operación cognitiva, por cuanto la subsunción en una u otra categoría es discrecional, mientras que la determinación de la premisa mayor es una “construcción” (s.d), una norma expresada de manera vaga y que debe ser interpretada. Vale decir, la aplicación de la Constitución no es una cuestión ni tan obvia, ni tan sencilla. Ejemplos de ello hay muchos. Así, nuestra Corte Suprema expresó con diferencia de escasos cinco años que la tenencia de estupefacientes para consumo personal podía ser penada y que no podía.

### **3.2.2 Tesis que admite el control judicial de la reforma constitucional**

Como se señalara anteriormente, hay quienes rechazan y quienes aceptan el control judicial de las reformas constitucionales. Habiendo en el apartado previo expuesto los argumentos de Gargarella (2004) para fundar su negativa a dicho control, es momento de avanzar con la tesis de quienes sí apoyan el mismo.

De acuerdo a Díaz Ricci (2005) para poder llevar a cabo el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, es necesaria la concurrencia de 4 supuestos:

a) Una reforma constitucional: es decir que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, debe haber llevado adelante por medio de sus representantes, la función correspondiente al poder constituyente derivado que le corresponde, con la resultante del dictado de normas investidas con el valor de constitucionales.

b) Se debe habilitar la vía para poder efectuar el control de constitucionalidad: es decir, poder cotejarse las normas constitucionales nuevas y las que han sido reformadas y su concordancia con las derogadas en sentido lógico-jurídico.

c) Deben existir un conjunto de normas constitucionales que sirvan de base estructural para efectuar el juicio de constitucionalidad de las nuevas normas de esta naturaleza. Éstas son las referidas al procedimiento de revisión y las normas que establecen cláusulas de intangibilidad.

d) Que el órgano encargado del control no haya sido afectado por dicha revisión.

En definitiva, al decir de Díaz Ricci “si algún sentido tiene una instancia de contralor de constitucionalidad cuando se manifiesta el Soberano, es como instancia verificadora de que la decisión adoptada sea efectivamente el resultado de la actividad de dicho Soberano” (2004, p.721).

En caso de ser viable llevar a cabo el control de constitucionalidad, el mismo puede ser ejercido al decir de Díaz Ricci (2004) por:

a) Un órgano político: cuando dicha función se confiere a una instancia diferente del parlamento, ejecutivo o a los tribunales.

b) Un órgano jurisdiccional: responsable del contralor que ejecuta un proceso de subsunción lógico-legal, actuando conforme al principio de legalidad. Éste actúa con mayores garantías de imparcialidad.

También se trae a colación la palabra de Nino (2005) quien reconoce el problema de justificar la procedencia del control judicial, pero aun así insiste con él. Si bien en realidad habla de excepciones, en tanto aduce que el ámbito deliberativo de los órganos políticos se encuentra -desde el punto de vista de la democracia- por encima del de los jueces, explica que las mismas se aplican si la ley deja de lado los presupuestos del proceso democrático.

Con respecto a las excepciones, Nino (2005) intenta demostrar la viabilidad de las mismas a través de la cita de algunos fallos provenientes del derecho internacional:

a) Los jueces como controladores del sistema democrático: los jueces en este caso tendrían que controlar el hecho de que todos tengan derecho a expresarse. Es decir, un proceso de participación donde todas las corrientes ideológicas estén representadas y donde prime el consenso mayoritario y se respeten las minorías. Por ejemplo, en “Baker vs. Car” se dejó de lado la habitualidad de la cuestión política no justiciable, y se modificó el diseño de los circuitos uninominales para la elección de legisladores, con el fundamento de que, si no se respetaban ciertas pautas, la representación de los ciudadanos no era igualitaria.

b) Los jueces como garantes de la autonomía individual: aquí se considera que existe una zona de reserva, la que permite la libre elección de la forma de vida que cada

persona elija, que aleja toda posibilidad de imposición de un modelo perfeccionista. Así, en 1986, en “Sejean”, la CSJN declaró inconstitucional el art. 63 de la ley de matrimonio civil que tenía casi 100 años, en cuanto impedía el divorcio vincular. Y en “Portillo” la Corte admitió la objeción de conciencia y permitió que una persona que profesaba la fe católica no hiciera el servicio militar porque éste iba contra sus convicciones religiosas.

c) Los jueces como garantes de la continuidad de la práctica constitucional: en tanto ellos deben respetar y garantizar que una determinada práctica y las lógicas expectativas en el seguimiento de esa línea sean continuadas, el sentido con el que se puede interpretar una norma; mucho más si es de índole constitucional.

d) La protección de los derechos fundamentales: de este modo Gil Domínguez (2005), Ferrajoli (2006), entre otros autores, destacan la necesidad de tutelar los derechos fundamentales que definen al hombre en su naturaleza de ser humano, y ya sean estos derechos individuales o colectivos. Todos ellos concuerdan en la existencia de ciertos derechos que no pueden ser afectados ni siquiera por las mayorías. Vale decir, sin derechos fundamentales y sin quien que los tutele, la realización de la democracia se vuelve incluso, hasta imposible.

Hasta aquí, algunos de los fundamentos que refuerzan la idea de que es necesario el control judicial de las normas constitucionales.

### **Conclusiones parciales del capítulo 3**

De este último capítulo queda como reflexión que:

a) Una tesis niega la posibilidad de revisión de un acto emanado del órgano que ejerce el poder constituyente reformador, por otro órgano que pertenece a alguno de los poderes constituidos. Ello porque entienden que se alteraría el principio de la rigidez constitucional o porque todas las normas constitucionales tienen igual jerarquía, o por ambos fundamentos siendo concordantes en tiempo y espacio.

b) La tesis opuesta acepta la revisión amplia, tanto para procedimiento utilizado (validez formal de la reforma), como al contenido (validez material).

c) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia federal, coherente con su criterio de comprometerse lo menos posible, en un primer momento se adhirió a la tesis que niega toda posibilidad de revisión, tanto del procedimiento como del contenido, habilitando a todas las reformas constitucionales, sean o no violatorias de los principios constitucionales. Pero luego cambió de postura y admitió la posibilidad de ejercer el

control amplio de la reforma constitucional para finalmente retroceder y continuar con la tesis detractora al control judicial de normas constitucionales.

Reconociendo que la cuestión es en extremo compleja y que hay argumentos serios que abonan a ambas posiciones contrapuestas, esta tesitura se inclina por la tesis que niega el control de constitucionalidad de la reforma constitucional, salvo el supuesto del procedimiento seguido para efectuar la reforma y a los contenidos decididos para reformar.

## Conclusiones

El objeto del presente trabajo se fundó en dar respuesta a si posible conciliar los criterios jurisprudenciales de la doctrina del fallo “Fayt” con los criterios de la doctrina del fallo “Schiffirin”. Para poder resolver el interrogante, se partió de la hipótesis que afirma que parece no poder conciliarse entre ambas doctrinas ya que de ella surgen criterios oponibles entre sí y se evidencia una perspectiva axiológica de las facultades del poder constituyente derivado también en contraposición en ambos fallos. Y esta hipótesis, tras el derrotero investigativo, ha podido ser corroborada.

En aras de explicar el por qué se verificó la hipótesis antes referida, acto seguido se expondrán los aspectos esenciales que fundaron la presente investigación y que permitieron resolver el cuestionamiento que gestó el interés por profundizar en esta temática que, en su base, se sustenta en la reforma constitucional.

a) La reforma al art. 99, inc. 4º, por la convención constituyente en el año 1994, motivó la demanda de Ministro de la Corte Carlos S. Fayt<sup>54</sup>, en razón de su edad y entendiendo éste que se encontraba comprendido en la situación contemplada en la cláusula constitucional referida. Así interpuso una acción declarativa de certeza, en los términos del art. 322 del CPCCN. El magistrado consideraba que debía declararse nula de nulidad absoluta - conforme lo previsto en la ley que declara la necesidad de la reforma (Nº24.309) en su art. 6º - la cláusula contenida en el párrafo 3º del inc. 4º del art. 99 de la Constitución reformada.

b) En “Fayt”, se había declarado nulo el artículo 99, inciso 4º, tercer párrafo introducido por la reforma constitucional de 1994. El párrafo citado exige a los jueces que pretendan seguir en funciones después de cumplir la edad de 75 años la necesidad de que obtengan un nuevo acuerdo del Senado y un nuevo nombramiento por parte del Presidente para mantenerse en el cargo.

c) En “Fayt” el máximo tribunal fundamentó su decisorio en varias cuestiones, a saber: justiciabilidad de la causa; doctrina del control judicial; limitación del poder constituyente derivado; procedimiento del art. 30 CN; facultades implícitas de la Convención; sanción de nulidad del art. 6º de la ley 24.309; inamovilidad de los jueces; Núcleo de Coincidencias Básicas; irrazonabilidad de la reforma del art. 99 inc. 4º; nulidad del exceso de las facultades de la convención reformadora; no revisión de la conveniencia de la norma impugnada.

---

<sup>54</sup> CSJN “Fayt Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/proceso de conocimiento” Fallos 322:1616, (1999)

c) La Corte en “Fayt” puso de manifiesto que la sentencia significa un pronunciamiento sobre la verificación del indebido ejercicio de la restringida competencia otorgada a la Convención reformadora. Asimismo señaló que era una causa de carácter justiciable habida cuenta se trata de la defensa de la garantía de la inmovilidad de los jueces y remite a cuestiones establecidas constitucionalmente como así también a normas infraconstitucionales. Por otra parte, dejó asentada la doctrina del control de constitucionalidad y expresó que la causa trataba también de esclarecer la cuestión de la limitación al poder constituyente derivado.

d) Con respecto de las facultades implícitas de las que goza la Convención reformadora de normas constitucionales, dijo la CSJN que son auxiliares y se encuentran subordinadas a los poderes a quienes sean otorgadas, pero que esto no importa arrogarse mayores facultades que las concedidas porque de otra manera significaría un desequilibrio constitucional. En lo que hace a la sanción de nulidad del art. 6º de la ley 24.309 sostuvo la Corte que se trata de una sanción que se dirige a expulsar todo impedimento u obstáculo a la convocatoria a una reforma sobre la base de argumentos relativos a los peligros de una convención con poderes ilimitados.

e) Un punto de inflexión en la causa “Fayt” es sin lugar a dudas la garantía de inmovilidad de los jueces. Ha dicho la CSJN que la norma (art.96 previo a la reforma del año 1994) no se encontraba incluida entre las cláusulas que la Convención estaba habilitada para revisar (actualmente art.110). Sobre el Núcleo de Coincidencias Básicas señaló la Corte que de él tampoco surge mención alguna a la garantía de inamovilidad tal cual había sido dispuesta para los jueces federales (art. 96 de la Constitución previa reforma). También adujo que era irrazonable establecer una cláusula extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional.

f) Años más tarde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la causa “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional<sup>55</sup>” en la que se discutió nuevamente la validez de aquella cláusula de la Constitución Nacional incorporada por la convención reformadora de la Constitución en 1994. Con este pronunciamiento, la Corte Suprema abandonó lo decidido en el fallo “Fayt” en 1999; es decir, sentenció *a contrario sensu*: se retrotrajo la idea de la validez a la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

<sup>55</sup> CSJN “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012)

g) Con respecto a la causa “Schiffirin”, la Corte Suprema declaró por mayoría de votos la validez y vigencia art. 99, inc. 4º y, con ello, de la totalidad de las cláusulas de la Constitución Nacional, con las reformas incorporadas por la convención constituyente allá por 1994. Mediante esta decisión mayoritaria se resolvió que la convención reformadora actúa como poder constituyente derivado, con el propósito de modificar, o no, sólo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró como susceptibles de ser reformadas. Se señaló también que dentro de los límites de la competencia habilitada, la convención constituyente es libre para determinar si ejecuta la reforma y, en su caso, está habilitada legalmente para definir el contenido de las disposiciones constitucionales a modificar.

h) La CSJN también puso de relieve en “Schiffirin” que la ley 24.309 (artículo 3º, e), al habilitar a la convención reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó dentro de sus poderes, la reforma de los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales. Esa habilitación sostenía la necesaria intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo –al alcanzar los magistrados la edad de 75 años- por tanto era una de las modalidades posibles reservadas a la convención constituyente.

i) La aplicación de la nueva doctrina emergente en autos “Schiffirin” lleva a concluir que la convención constituyente de 1994 no se excedió de los límites de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Ello tampoco provocó la afectación del principio de independencia judicial. Y en virtud de lo dicho es que puede advertirse que en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo de magistrado, no vulnera de modo alguno la garantía de inamovilidad de los jueces.

De ambos fallos sintetizados someramente hasta el momento surgen varias cuestiones que son dable exponer.

a) El concepto de poder constituyente entendido como la facultad soberana del pueblo a proveerse su ordenamiento jurídico-político fundamental originario por medio de una Constitución y a revisar ésta total o parcialmente cuando sea ello indispensable.

b) La distinción entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado es que se trata del ejercicio de un mismo poder, solamente que uno se lleva a cabo tanto cuando se constituye inicialmente y el otro cuando se reforma *a posteriori*. Ambos conceptos son útiles para referirse al sistema de reforma constitucional argentino

receptado en el art. 30 de la Constitución, el que instituye a la convención como el órgano competente para llevar adelante el poder constituyente derivado.

c) El poder constituyente derivado debe adaptarse e a los límites legales impuestos por el poder constituyente originario al establecer el sistema de reforma constitucional. Entonces, se puede sostener que el poder constituyente derivado es limitado al tener que cumplir con las órdenes establecidas por la Constitución respecto a los órganos que llevarán adelante a la reforma, los procedimientos, los plazos en el art. 30.

d) El poder constituyente y el poder constituido, si bien tienen idéntica sustancia institucional, el primero opera en un nivel superior al segundo, pues tiene la responsabilidad de confinar los grandes principios constitucionales de un Estado de Derecho dando origen, por consiguiente, a los poderes constituidos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial).

e) En lo que hace a la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, se ha sostenido que ésta puede declararse cuando se vulneran los límites dispuestos para el ejercicio del poder constituyente derivado. Entonces, si se admite la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, es indispensable llevar adelante un efectivo análisis sobre el control de constitucionalidad de la misma.

f) Sobre el control de constitucionalidad y las cuestiones políticas no judiciales, el Poder Judicial, en virtud del principio de división de poderes, no es competente para conocer y definir en cuestiones políticas sino que esto se encuentra en cabeza del Poder Legislativo y del Ejecutivo. Esto quedó con claridad meridiana expuesto en la resolución de la causa “Cullen c. Llerena” y se continuó con esta doctrina respecto a las cuestiones políticas no judiciales en los casos “Lobos c. Donovan; “Orfila”; “Siganevich”; “Costes c. Prado”; “Deiver” y “Frejuli”. La Corte se apartó de ese criterio jurisprudencial excepcionalmente en ocasión de las Acordadas de 1930 y de 1943; siguió manteniendo esta doctrina en “Partido Socialista” y “Antonio Sofía”; “Partido Comunista Provincia de Buenos Aires, entre otros. Sin embargo, tras la resolución de “Frejuli” comienza a modificarse la jurisprudencia de la Corte en materia de control de las cuestiones políticas.

Para dar por cerrada la cuestión, esta tesis entiende que el Alto Tribunal, con el voto de siete de sus nueve miembros (y una disidencia parcial y un voto por fundamentos propios), declaró en el fallo “Fayt” la nulidad del art.99, inc.4 y en la disposición transitoria undécima, el art.110 de la Constitución; reformas introducidas por la Convención constituyente del año 1994. Se produjo de esta manera un hecho jurídico sin precedentes, ya que se ha invalidado la reforma de normas constitucionales,

asumiendo la Corte la potestad de revisar judicialmente las facultades del poder constituyente derivado. Asimismo se ha contradicho el criterio tradicional de no interferir en las cuestiones políticas no justiciables.

Personalmente se advierte que la Corte ha invadido las legítimas facultades del poder constituyente derivado, logrando con su sentencia un precedente riesgoso para la institucionalidad del Estado argentino considerando las consecuencias que puede acarrear la revisión de normas constitucionales por parte del Poder Judicial. También se alega que otra situación de gravedad y es la que refiere a la desestimación de la recusación contra los miembros del Máximo Tribunal, habida cuenta decidieron el futuro no sólo de un par de ellos sino que delimitaron su propio futuro pues la causa puesta a resolución podría perfectamente a futuro (cuando cumplieren 75 años) encuadrar en cada uno de ellos, tal como sucedió en los últimos tiempos con la Ministra Highton de Nolasco.

A todo ello se agrega que, a tenor de ambas causas, es imposible aunar los criterios propuestos para resolver de conformidad a que son diametralmente opuestos y con finalidades totalmente distintas. De allí que se corrobore la hipótesis de trabajo, tal como al inicio de estas breves conclusiones se señalara.

## **Bibliografía**

### **1. Doctrina**

Badeni, G. (1994) *Reforma constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Ad Hoc

Bidart Campos, G. J., (1991) *Principios de derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Ediar

Bidart Campos, G. (1993) *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. (Tomo I) Buenos Aires: Ediar

Cassagne, J.C (1995) *Estudios sobre la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma

Díaz Ricci, S.M. (2004) *Teoría de la Reforma Constitucional*. Buenos Aires: Ediar

Ekmekdjian, M.A. (2016) *Tratado de Derecho Constitucional* (t.III) Buenos Aires: La Ley

Ferrajoli, L. (2006) *Galantismo*. Madrid: Trotta

Gargarella, R. (2004) “Democracia y Constitución”, en Albanese, Susana y otros, *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad

Gil Domínguez, A, (2005) *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*. Buenos Aires: Ediar

Gorbato, V., (1995) Historia de los dos tercios, Clarín del 5 de septiembre de 1993, p. 7.

Ibarlucía, E. A., (1998) “Control judicial de la validez de una cláusula constitucional”, LL 1998-D-571

Linares Quintana, S.V. (1981) *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Plus Ultra

Linares Quintana, S.V. (1998) *Tratado de la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot

Nino, C. (2005) *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea

Quiroga Lavié, H. (2008) *Derecho Constitucional Argentino* (t.II; 3°ed.) Santa Fe: Rubinzal Culzoni

Quiroga Lavié, H. (2012) *Constitución de la Nación Argentina Comentada* (T.V, 5 ed. actualizada) Buenos Aires: Zavalía

Sabsay, D., Onaindia, J., (1994) *La Constitución de los Argentinos*. Buenos Aires: Errepar

Sabsay, D. (2011) *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley

Sagüés, N. (2018) *Manual de Derecho Constitucional* (2°ed.)Buenos Aires: Astrea

Sánchez Viamonte, C. (1976) *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz

Vanossi, J.R. (2000) *Teoría Constitucional* (Tomo 1, 2ª. Ed.) Buenos Aires: Depalma

## **2. Legislación**

Constitución Nacional

Ley N°24.309 – Ley declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución Nacional

## **3. Jurisprudencia**

CSJN (1893) “Cullen c. Llerena”; Fallos, 53:435/475

CSJN (1893) “Lobos c. Donovan” (Fallos, 54:181)

CSJN (1929) “Orfila” (Fallos, 154:199/200)

CSJN (1937) “Siganevich” (Fallos, 177:396/397)

CSJN (1940) “Costes c. Prado” (Fallos, 187:84/85)

CSJN (1947) “Deiver” (Fallos, 208:127)

CSJN (1959) “Partido Socialista” (Fallos, 243:264)

CSJN (1959) “Antonio Sofía” (Fallos, 243:536)

CSJN (1960) “Partido Comunista Provincia de Buenos Aires” (Fallos, 248:521)

CSJN (1962) “Unión Cívica Radical” (Fallos, 253:389)

CSJN (1962) “Juan Carlos Rodríguez y otros” (Fallos, 254:149)

CSJN (1963) “Partido Unión Popular” (Fallos, 256:52)

CSJN (1963) “Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.” (Fallos, 256:561)

CSJN (1965) “R. M. Tillard c. Municipalidad de Córdoba” (Fallos, 261:106)

CSJN (1973) “Frejuli” (Fallos, 285:415)

CSJN (1999) “Fayt Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/proceso de conocimiento”

CSJN “Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional” Fallos 159/2012 (48-S) /CS1 (2012)

CSJ de TUCUMÁN, Sala Laboral y Contencioso Administrativa, “I., L. y otra c. Provincia de Tucumán s/ inconstitucionalidad” 14/09/2017