



Departamento de Ciencias Sociales

Trabajo de graduación para obtener el título de
Licenciado en Relaciones Internacionales

**EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD SOBRE
REFORMAS CONSTITUCIONALES:
LOS DISTINTOS CRITERIOS DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

Autor:

Federico Germán Taboada - Legajo 19199

Mentor:

Sebastián Elías

Victoria, 31 de mayo de 2011

Agradecimientos.

*A Sebastián Elías, mi mentor,
y a Lucas González, mi profesor en el taller de tesis,
por toda la ayuda recibida.*

*A María Angélica Gelli,
por haberme introducido en el universo del Derecho Constitucional.*

*A toda la Comunidad San Andrés,
por haberme dado esta posibilidad excepcional.
Especialmente a la Oficina de Desarrollo,
Lorena Olivares, Lucy Hermans y Mariu Ortiz
por su increíble trabajo.*

*A Roxana Pozzuoli y Geraldine Gammie,
de la Oficina de Orientación al Alumno,
por haberme acompañado y ayudado en este proceso.*

*A mi familia por su apoyo incondicional.
Centralmente a mis padres y hermana, Graciela Feito, Jorge y Fernanda Taboada,
como a mis abuelas Mireya Mediza de Taboada y Kita Michelis de Feito.*

*A mis amigos y compañeros de clase, por haberme hecho disfrutar de unos
años extraordinarios: Pepo Antenucci, Agos Arias, Pedro Fernández,
Benja García Holgado, Mau Márquez, Pau Gil Navarro, Kev Kang, Maru Ostili,
Gino Pauselli, Cami Ravalli, Jime Sánchez, Alex Vartparonian y Lu Wang.*

*A Marisa Balduini, Mabel Rivas y Esteban Staub
por haber estado en todo momento.*

Índice.

- Agradecimientos ----- Pág. 2.
- Índice ----- Pág. 3.
- Introducción ----- Pág. 4.
- Problema de Investigación ----- Pág. 6.
- Metodología ----- Pág. 8.
- Marco Teórico ----- Pág. 10.
- Estado de la cuestión ----- Pág. 18.
- Jurisprudencia ----- Pág. 31.
- Criterios de Control ----- Pág. 37.
- Conclusiones ----- Pág. 47.
- Bibliografía ----- Pág. 51.



Universidad de
San Andrés

Introducción.

La Constitución Nacional (CN; en adelante) es producto, en su versión originaria o histórica, de un acuerdo y consenso políticos que tienen como protagonistas a las fuerzas políticas dominantes.

Sin embargo, las reformas constitucionales sobrevinientes se generan a partir del acuerdo de los distintos poderes constituidos del Estado. En consecuencia, cada vez que se intenta reformar a la CN se requiere, además de tal consentimiento y acuerdo político, la participación de la ciudadanía toda. De este modo, el acto constituyente adquiere legitimidad popular y se dota de esencia democrática. Sin embargo, *a posteriori* de producida la reforma constitucional, el Poder Judicial se ha atribuido la facultad de revisarla y, si correspondiera, declararla nula.

Así, el objeto central de esta investigación es realizar un análisis de la evolución del control de constitucionalidad efectuado sobre las reformas constitucionales por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN; en adelante). En consecuencia, intentaré dar respuesta al interrogante: *¿Qué criterio/s de control de constitucionalidad ha aplicado el máximo tribunal de garantías constitucionales sobre las reformas constitucionales a lo largo de su jurisprudencia?*

De este modo, analizaré el pasaje del razonamiento de "cuestión política no justiciable" pronunciado en el caso 'Soria de

Guerrero'¹ al de "mero control adjetivo" pronunciado en 'Fayt'². Producto de tal observación, procuro determinar la evolución de los criterios adoptados a lo largo de su jurisprudencia más allá de, como ya se ha verificado, el aplicado en cada uno de los casos concretos.

Para responder tal incógnita, utilizaré como referencia la teoría constitucional contemporánea (para presentar los distintos tipos de control de constitucionalidad y la diversidad de criterios existentes) contrastándola con los fallos que refieren al tema aquí desarrollado.

Examinaré, entonces, la evolución de los criterios y fundamentos utilizados por la CSJN más allá de las particularidades de cada caso a nivel individual -las cuales han sido materia de muchas publicaciones- intentando arribar a una conclusión que denote el/los criterio/s jurídico/s que ha utilizado a lo largo de su jurisprudencia y que evidencie si existe -o no- un incremento de las facultades implícitas por parte del Poder Judicial en general y de la CSJN en particular.

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

² CSJN, "Fayt, Carlos S.", *Fallos 322:1616* (1999).

Problema de Investigación.

Para arribar a una posible respuesta al interrogante de este trabajo se requiere, indefectiblemente, enfrentar tal problema desde dos aristas relevantes. Por un lado, abordar los fundamentos que ha utilizado la CSJN para argumentar el control de constitucionalidad realizado y, por otro, evidenciar el/los criterio/s jurídico/s que responde/n a cada uno de los argumentos presentados.

El primer sub interrogante hace referencia a cada uno de los razonamientos expuestos por el máximo tribunal de garantías constitucionales en los dos fallos relevantes para el tema que aquí se pretende estudiar: 'Soria de Guerrero' (1963) y 'Fayt' (1999).

El segundo, por su parte, procura contrastar cada uno de los argumentos expuestos en el primer apartado con la teoría constitucional contemporánea en general y con cada una de las corrientes constitucionalistas más relevantes en particular.

De este modo, al responder a cada ítem planteado, intentaré dar una respuesta más global y abarcativa al problema presentado, una alternativa que contemple la evolución de la CSJN y no se circunscriba a cada uno de los fallos individualmente. Para evidenciar tal evolución, asociaré cada una de las sentencias estudiadas con los criterios de control de constitucionalidad utilizados en su justificación.

Por otro lado, el análisis evolutivo permitirá establecer las diversas lógicas que ha utilizado la CSJN denotando si posee, o no, una coherencia institucional sostenida en el tiempo.



Universidad de
San Andrés

Metodología.

Para llevar a cabo el presente trabajo, utilizaré una óptica descriptiva a partir del relevamiento de fuentes primarias (jurisprudencia) y secundarias (bibliografía conformada por libros, *papers* y artículos de doctrina).

Para la investigación, será ineludible dividir la búsqueda bibliográfica. Por un lado, deberá cotejarse la referida a la teoría constitucional, la definición de conceptos claves, la presentación de las diferentes teorías y su posible armonización. Aquí, habré de poner énfasis en la teoría existente sobre reforma constitucional, poder constituyente, poder derivado o reformador, poderes constituidos, supremacía constitucional, control de constitucionalidad, reforma constitucional, control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional, democracia, democracia en relación con el poder judicial, división de poderes, controles intrapoderes, control de los controles, entre los más importantes.

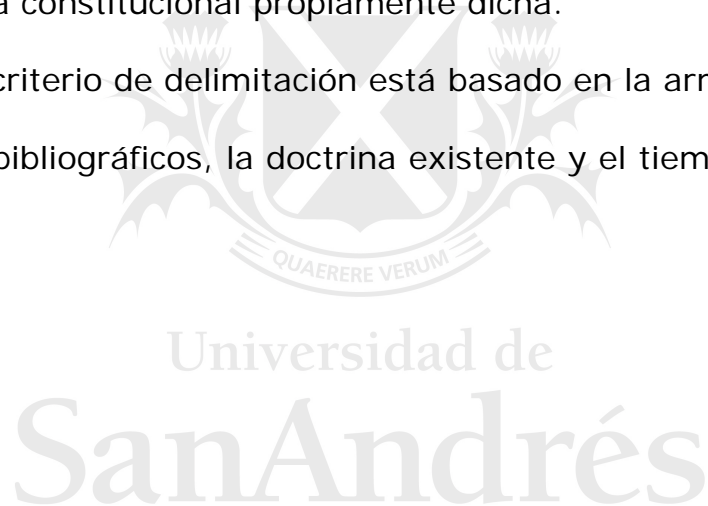
Por otro lado, se rastrearán las publicaciones referidas específicamente a los fallos analizados en el presente.

Respecto a la justificación de la jurisprudencia seleccionada, cabe mencionarse que se han analizado la totalidad de fallos existentes referidos a reformas del texto de la CN emanados de la CSJN.

Se excluyen, por ello, los casos que si bien fueron resueltos por la CSJN refieren al poder constituyente provincial. También fueron omitidas las decisiones adoptadas por los Tribunales Superiores de las Provincias o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

También se exceptúan los casos 'Polino'³ y 'Romero Feris'⁴ por tratarse de sentencias abocadas al análisis de la constitucionalidad de la ley sancionada por el Congreso Nacional con el fin de declarar la necesidad de la reforma de la CN en 1994 y no a la constitucionalidad de la reforma constitucional propiamente dicha.

Este criterio de delimitación está basado en la armonización de los criterios bibliográficos, la doctrina existente y el tiempo de trabajo disponible.



³ CSJN, "Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo", *Fallos 317: 335* (1994).

⁴ CSJN, "Romero Feris, Antonio José c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ amparo", *Fallos 317: 716* (1994).

Marco teórico.

Analizar la evolución jurisprudencial del control de constitucionalidad ejercido por la CSJN sobre las reformas constitucionales implica necesariamente el desarrollo de una gran cantidad de conceptos e interpretaciones referidas a la teoría constitucional, los cuales son fundamentales para el progreso de esta investigación.

La CN en su versión histórica es sancionada por una Asamblea General Constituyente en los años 1853/60. La Ley Fundamental organiza el Estado en cuatro poderes distintos: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial y Ministerio Público⁵ (incorporado en la última reforma constitucional de 1994), previendo, a su vez, diferentes tipos de controles entre los poderes mencionados.

De este modo, bajo el imperio de la ley que garantiza el Estado Constitucional de Derecho, se garantiza la división efectiva de poderes y se consagra, a nivel político, el sistema de frenos y contrapesos (traducción literal del sistema original conocido como *checks and balances*⁶).

⁵ La visión del Ministerio Público como cuatro poder del Estado se encuentra examinada en Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. 4ª edición, ampliada y actualizada, Buenos Aires: La Ley, 2008, Tomo II, artículo 120, pp. 577-591.

⁶ Este sistema se encuentra analizado en Hamilton, Alexander - Jay, John - Madison, James, El Federalista, varias ediciones, especialmente números #47 y #78.

La teoría constitucional contemporánea denomina a la primera Asamblea General Constituyente como Poder Constituyente Originario⁷, a las sucesivas como Poder Constituyente Derivado⁸ y a los distintos poderes del Estado como Poderes Constituidos. También, al control que ejerce el Poder Judicial por sobre los otros poderes lo denomina control de constitucionalidad. Éste, fundamentado en la supremacía constitucional (artículo 31⁹ de la CN), tiene como último responsable a la CSJN en su doble carácter de cabeza del Poder Judicial y, por autoatribución jurisprudencial, intérprete último de la CN¹⁰.

Reforma Constitucional: exégesis del artículo 30 de la CN.

La CN, ya en su texto original de 1853/60 establece, en su artículo 30, la posibilidad de reformarse. Literalmente, dice: *“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus*

⁷ Ver Spota, Alberto Arturo, Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente, Buenos Aires: Plus Ultra, 1993, pp. 98-157.

⁸ Esta distinción tiene origen en Sieyès, Emmanuel J., ¿Qué es el Tercer Estado?, Madrid: Aguilar, 1988. Parte de la doctrina sostiene que el Poder Constituyente Derivado debe denominarse Poder de Reforma o Poder Reformador dado que por sus limitaciones, el llamarlo “Constituyente” es inapropiado y jurídicamente incorrecto.

⁹ Para mayor detalle sobre la noción de supremacía constitucional, ver Gelli, María Angélica, Op. Cit., análisis del artículo 31, Tomo I, pp. 466-480.

¹⁰ Cabe recordar que el mismo año (1863) en el que se instaló por primera vez la CSJN en la República Argentina, se sancionó la ley 48 instrumentando los mecanismos procesales y las causas para habilitar y hacer efectivo el control de constitucionalidad.

partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto."

Más allá de la claridad -o no- que pueda surgir de la lectura de tal artículo, su debida interpretación ha generado diversas corrientes entre los más acreditados doctrinarios e incluso distintas aplicaciones a lo largo de la historia del siglo XX. Si bien no es objeto del presente analizar en profundidad el mencionado artículo, sí es menester aclarar algunas cuestiones al respecto, a saber:

- i) Etapas de la reforma: el proceso completo de toda reforma constitucional, bajo el sistema argentino, requiere de tres etapas:
 - a) Iniciativa: debe existir un consenso político sumamente amplio que la motive;
 - b) Declarativa: el Congreso Nacional debe con, al menos, dos tercios de sus miembros totales¹¹ declarar la necesidad de la reforma constitucional. Tal declaración debe ser por ley formal y establecer un temario y un plazo. Cabe mencionar aquí que

¹¹ Vale destacar, frente a este requisito, que la reforma constitucional de 1949, impulsada por el gobierno de Juan D. Perón, fue declarada con una ley sancionada con las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso Nacional y fue anulada alegando tal situación como contraria a lo establecido por la CN. Respecto a la nulidad de esta reforma constitucional, si bien excede el objeto del presente, es necesario destacar también que fue producto de un Decreto-Ley de un Poder Ejecutivo Nacional constituido de facto y, por lo tanto, también contrario a la CN.

estas condiciones (ley formal, temario y plazo) son materia de discusión ya que la CN no las exige taxativamente, sin embargo, la práctica constitucional lo ha resuelto consagrándolas como condiciones implícitas y necesarias de una debida interpretación;

c) Reforma *per se*: se convoca a una Convención Constituyente (la elección de sus miembros es similar al régimen que se utiliza para la Cámara de Diputados de la Nación¹²) la cual trabaja en base al temario y con el plazo que se le ha asignado.

ii) Contenido de la reforma: este punto es el más discutido entre los constitucionalistas, a los cuales se los puede agrupar en tres grandes posturas, a saber:

a) Teoría Amplia: se permite el cambio total de la CN, no existen limitación alguna. La ciudadanía puede y debe decidir cómo quiere ser gobernada y por ello, está justificado el cambio general siempre que se respete el procedimiento vigente. No admite limitación alguna al Poder Constituyente;

b) Teoría Intermedia: el Poder de Reforma (o Poder Constituyente Derivado) debe amoldarse a las prácticas constitucionales

¹² De acuerdo al artículo 48 de la CN, *“para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”*.

existentes. Puede cambiarse la estructura misma del Estado siempre que haya consenso de los Poderes Constituidos y respeto de los procedimientos determinados. Se reconoce la validez a la Convención Constituyente pero con las limitaciones dadas por el Congreso Nacional;

- c) Teoría Limitativa: el Poder de Reforma (o Poder Constituyente Derivado) nace de una juridicidad y, por lo tanto, no podría reformar aquello que el Poder Constituyente Originario ha establecido. Existen contenido pétreos y toda modificación a ellos sería nula de nulidad absoluta. Se reconoce la competencia de la Asamblea Constituyente limitada por estos contenidos y por lo establecido por el Congreso.

Universidad de San Andrés El Control de Constitucionalidad: sistema argentino.

Toda norma constitucional tiene, además de las funciones fundacionales y de ordenación, una función de concordancia. Esta última supone la no contradicción en sentido material (contenido) y formal (procedimiento) entre todas las normas de un sistema jurídico para con la CN y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional¹³. Para garantizar

¹³ Desde la reforma constitucional de 1994, Calógero Pizzolo, siguiendo a Germán José Bidart Campos, establece que debe hablarse de "Bloque de Constitucionalidad Federal" de modo de integrarse tanto a la CN como a los diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional en materia de

esta concordancia, el Estado constitucional de Derecho, prevé un sistema de control denominado control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad puede ser clasificado de diversos modos en función de distintos criterios, a saber:

i) De acuerdo al órgano que lo efectúa, será:

- a) Control Judicial de Constitucionalidad: lo realiza el Poder Judicial. Cabe mencionarse que dentro de este tipo, el control de constitucionalidad puede ser, a su vez, *difuso* si lo puede realizar cualquier juez o *concentrado* si existe dentro del propio Poder Judicial un tribunal con esa competencia específica;
- b) Control Político de Constitucionalidad: lo efectúa el Poder Ejecutivo y/o el Poder Legislativo u otro órgano de composición y naturaleza política o predominantemente política; o
- c) Control Mixto de Constitucionalidad: lo ejecuta un órgano, ya sea de carácter permanente o conformado *ad hoc*, por miembros de los poderes Judicial y Legislativo. También se considera este tipo de control cuando el análisis de constitucionalidad es efectuado por el Poder Judicial a partir de casos concretos, y un órgano fuera del Poder Judicial puede

derechos humanos. Para mayor detalle, ver Pizzolo, Calógero, *“La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”* publicado en LA LEY 2006-D, 1023. Al respecto, vale destacar que la CS también ha hablado ocasionalmente sobre el “Bloque de Constitucionalidad Federal” en diversos fallos (330:2112, 329:3034 y 328:1491, entre otros).

hacer declaraciones abstractas sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad.

ii) Según la vía procesal, será:

- a) Directo: la inconstitucionalidad de una norma es el objeto mismo de la demanda. La legitimación activa está dada no sólo por el menoscabo o daño a mi derecho subjetivo sino por el interés simple en el resguardo de la CN; o
- b) Indirecto: la inconstitucionalidad de una norma no es el objeto de la demanda, se desprende de un caso particular que plantea un conflicto distinto asociado al daño de un derecho subjetivo que, de algún modo, está asociado o se desprende de una norma constitucional.

iii) Según el efecto, será:

- a) *Inter partes*: la inconstitucionalidad de una norma afecta de modo exclusivo a las partes del caso. Si bien la sentencia sentará jurisprudencia, su resultado no será aplicado a casos similares de modo automático; o
- b) *Erga omnes*: la inconstitucionalidad de una norma afecta a todos los miembros del sistema jurídico, es decir, el efecto será igual para todos los casos análogos presentados.

En función de lo expuesto, es menester advertir que el control de constitucionalidad argentino es un Control Judicial de Constitucionalidad (difuso), de carácter Indirecto y con efecto *Inter Partes*¹⁴.

Aclarados, entonces, las cuestiones puramente conceptuales, es menester presentar en detalle el estado de la cuestión y la jurisprudencia referida al tema del presente proyecto.



¹⁴ Si bien estos criterios son doctrinarios, puede verse en la jurisprudencia reciente de la CSJN una tendencia excepcional a la vía directa y al efecto *erga omnes*.

Estado de la cuestión.

Dentro del Derecho Constitucional, el control de constitucionalidad ejercido sobre una ley y sobre una reforma constitucional, es uno de los puntos más estudiados y discutidos por los doctrinarios por su propia esencia jurídica. De hecho, podría afirmarse que, en la actualidad, existen prácticamente tantas posturas como constitucionalistas.

Sin embargo, y con el objeto de sistematizar esta abundancia de criterios, en esta sección, procuro, en primer lugar, presentar los argumentos y las posiciones de cada uno de los autores más relevantes. Y por otro, realizar un agrupamiento de estos autos en tres distintos criterios (restrictivo, limitado y amplio) cuyos preceptos serán analizados en su respectivo apartado.

Segundo Linares Quintana¹⁵, en su célebre tratado fue el primer doctrinario en preguntarse a cerca de la posibilidad de controlar constitucionalmente una reforma de la CN. Tal desafío representó ir más allá del clásico e instaurado debate sobre el control de constitucionalidad de leyes o normas inferiores y desarrollar un nuevo punto de análisis, jurídicamente más complejo. De este modo, Linares Quintana desarrolla el tema partiendo de la diferencia entre

¹⁵ Linares Quintana, Segundo, Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado, Buenos Aires: Plus Ultra, 1953/63, Tomo III, p. 244 y ss.

control de forma y control de contenido pero elaborando una conclusión común; así establece que toda reforma constitucional podría ser declarada inconstitucional por parte del Poder Judicial si, efectivamente, las modificaciones introducidas produjeran un menoscabo a los principios constitucionales, cuyo origen data en el Derecho Natural, ya que tales principios son la esencia de la CN. Vale mencionar que el daño producido a la Ley Fundamental sería tanto en la incorporación de contenido como en la malversación del procedimiento estipulado para reformar a la CN.

En función de lo expuesto, Linares Quintana, da lugar a un sistema de control de constitucionalidad que admite, además del control formal, el **control de contenido** incluso ante el debido cumplimiento del proceso de reforma.

Julio Cueto Rúa¹⁶, contemporáneo de Segundo Linares Quintana, establece que toda modificación a la Ley Fundamental es susceptible de control por parte del Poder Judicial siempre que no se haya seguido el procedimiento establecido (control de forma) o bien se hayan incorporados contenidos que estén taxativamente prohibidos por el texto constitucional vigente *a priori* de la reforma en cuestión (control de contenido). A partir de tales postulados, es

¹⁶ Cueto Rúa, Julio, *“Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional”*, Buenos Aires: La Ley, 2004, tomo 36, pp. 1100-1107.

advertible que si bien Cueto Rúa presenta un leve acotamiento al control sustantivo sobre reformas constitucionales en relación a Linares Quintana, es asimilable por sus postulados de carácter general.

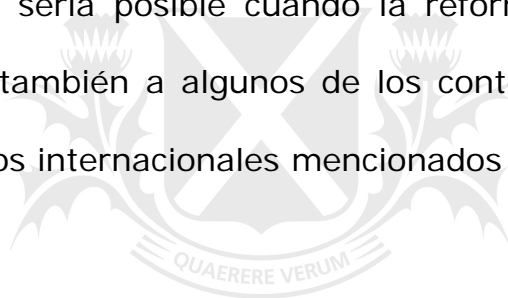
Germán José Bidart Campos¹⁷, quizás el maestro del Derecho Constitucional argentino del siglo XX, está en consonancia con el criterio hasta ahora desarrollado. Puntualmente, Bidart Campos permite el control por parte del Poder Judicial de una reforma constitucional tanto a nivel procesal como a nivel sustancial y, de algún modo, vuelve a abrir el abanico sobre el último punto, tal como lo había plasmado Linares Quintana. Bidart Campos establece, respecto al control de contenido, que éste está habilitado siempre que la modificación introducida viole o simplemente afecte de modo tangencial al espíritu original de la CN tanto de un modo específico y expreso como si lo hace tácitamente. De hecho, este autor, a lo largo de su vasta obra y en consonancia con lo expuesto desarrolla el concepto de contenidos *pétreos*¹⁸, los cuales, como su nombre lo

¹⁷ Bidart Campos, Germán José, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires: Ediar, 2000, Tomo II, pp. 510-530.

¹⁸ Se habla de contenidos pétreos y no de normas pétreos ya que lo no susceptible de modificación es el espíritu o idea constitucional más allá de cuál sea la norma o artículo en el que está plasmado. Vale mencionar que la CSJN no ha dicho demasiado al respecto de los contenidos pétreos sino simples menciones en 'A.L.I.T.T.' (*Fallos 329:5266*), considerando 12º, primer párrafo.

indica, pertenecen al espíritu de la Ley Fundamental y por ello nunca podrían ser sustraídos de la CN.

Vale recordar que a raíz de la jerarquización constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos producida en la última reforma constitucional de 1994¹⁹ en el artículo 75, inciso 22 de la CN²⁰ y *a posteriori* por el Congreso de la Nación²¹ bajo el procedimiento establecido también en ese inciso, la noción de Bidart Campos adquiere una adhesión, es decir, el control de contenido también sería posible cuando la reforma contraríe ya no solo a la CN sino también a algunos de los contenidos consagrados por los instrumentos internacionales mencionados *ut supra*.



Universidad de

¹⁹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁰ Para un análisis de este inciso, ver Gelli, María Angélica, Op. Cit., Tomo II, pp. 217-234.

²¹ Hasta el momento, se han incorporado dos instrumentos, a saber: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (2003).

Humberto Quiroga Lavié²² requiere una aclaración previa, vale mencionar que este autor diferencia entre el cómo debería ser el sistema de control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional de acuerdo a los principios democráticos de un Estado Constitucional de Derecho por un lado y el cómo se produciría tal control en las actuales características del sistema jurídico argentino. Así, Quiroga Lavié establece, respecto al cómo debería ser el sistema en relación a los principios democráticos, que debe ser el Congreso (léase Poder Legislativo) el encargado de advertir la inconstitucionalidad de la reforma a la Ley Fundamental y, por vía de un referéndum, la misma sociedad la que debe determinar, en última e inapelable instancia, la validez de la norma introducida.

Por el contrario, tal autor, cuando refiere al análisis del control de constitucionalidad bajo las condiciones del sistema argentino, determina que tal control sería viable por parte del Poder Judicial (carácter difuso) y dado el efecto *inter partes* de las sentencias, no se afectaría la validez general de la reforma sino sus alcances sobre casos particulares. Ahora bien, más allá del acuerdo o no de tal argumentación, a efectos del presente trabajo de investigación, es advertible que Quiroga Lavié, aún bajo las condiciones antes

²² Quiroga Lavié, Humberto, Constitución de la Nación Argentina Comentada, Capital Federal: Zavallía, 2002.

mencionadas, también admite el control de contenido sobre una reforma constitucional.

Néstor Sagüés²³ es otro de los autores enmarcados en el criterio que admite el control de contenido y el control de forma de una reforma a la Ley Fundamental del Estado. Este autor establece que ante una grave violación del contenido estipulado por la CN o algunos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que la integran, no existe discusión jurídica alguna respecto a su declaración de invalidez por parte del Poder Judicial. Desde ya, vale aclarar que tal declaración de inconstitucionalidad también es realizable ante el incumplimiento del debido proceso adjetivo.

Miguel Ángel Ekmekdjian²⁴, por su parte, realiza un análisis advirtiendo los posibles problemas que genera atribuirle un mayor poder al Poder Judicial en carácter de poder constituido. Sin embargo, luego de presentadas tales cuestiones establece un sistema argumentativo similar al que desarrolló tiempo atrás Julio Cueto Rúa, según el cual, además del control de forma, el control de contenido sería permitido por parte del Poder Judicial siempre que se introduzca

²³ Sagüés, Néstor, Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires: Astrea, 2002.

²⁴ Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina, Buenos Aires: De Palma, 1995, Tomo III, pp. 137-351.

una norma violatoria o derogatoria de una ya existente. En otras palabras, Ekmekdjian, además de habilitar el control de contenido de una reforma constitucional, también valida la presencia de contenidos e incluso normas pétreas, muchas de ellas fundadas en principios del Derecho Natural.

Gregorio Badeni²⁵ sostiene una postura similar a la desarrollada por Ekmekdjian, es decir, avala tanto el control formal como el control sustantivo sobre una reforma constitucional siempre que se afecte alguno de los contenidos considerados pétreos pero siempre que tal consideración esté expresamente mencionada en la Ley Fundamental.

Alberto Antonio Spota²⁶, otro de los grandes doctrinarios del siglo XX, analiza el fenómeno del control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional desde una perspectiva un tanto más política. Sin embargo, tal argumentación no obsta, en absoluto, que se pueda expedir sobre el tema aquí estudiado. De hecho, Spota sostiene que toda reforma constitucional, más allá de sus consecuencias jurídicas, es un hecho político propiamente dicho y, por lo tanto, la supervisión de su accionar corresponde a otro órgano

²⁵ Badeni, Gregorio, Instituciones de Derecho Constitucional, Capital Federal: AD-HOC, 1999, pp. 466-474.

²⁶ Spota, Alberto Arturo, Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente, Buenos Aires: Plus Ultra, 1993.

de naturaleza política y no jurídica. En otras palabras, Spota sostiene el Poder Judicial, en su carácter de poder constituido y esencia jurídica, no está facultado para realizar un control de contenido sobre una reforma constitucional ya que, ante la producción de este hecho, se produciría un quiebre en la paridad existente entre todos los poderes constituidos, principio fundamental del Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, este autor sí le atribuye, en carácter de excepción, al Poder Judicial en general y a la CSJN en particular la competencia para llevar adelante el control del debido proceso por el cual se realizan las modificaciones a la Ley Fundamental. Así, Spota inaugura un nuevo criterio de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales: un criterio que si bien excluye el control de contenido, sí admite el **control de forma** (proceso adjetivo).

Jorge Vanossi²⁷ es uno de los autores que más desarrolla la temática aquí analizada desde una dogmática jurídica sumamente interesante. Este autor inicia su argumentación derribando la existencia, tanto de forma implícita como explícita, de los contenidos pétreos y, a partir de tal postulado, sostiene que el control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional por parte de un Poder Constituido (el Judicial, en este caso) carece de todo sentido ya que no se debe resguardar ningún contenido porque no hay alguno

²⁷ Vanossi, Jorge, Teoría Constitucional: Supremacía y Control de Constitucionalidad, Buenos Aires: 1976.

que no sea susceptible de cambio. En tal sentido, descarta el control de contenido y admite el control de forma por parte del máximo tribunal de garantías constitucionales.

María Angélica Gelli²⁸, analiza el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales sobre la valoración del carácter político del acto reformativo de la CN y a partir de esta sostiene que el control debe realizarse únicamente sobre el debido proceso adjetivo, es decir, sobre las cuestiones de procedimiento o formales. La constitucionalista argumenta que tal procedimiento ha sido reglado en el artículo 30 de la CN y por ello el Poder Judicial, en carácter de guardián de la Ley Fundamental, sí está habilitado para efectuar el control. Sin embargo, debe excluirse de tal revisión aquellos puntos referidos al contenido o que versen sobre la índole material. Además, esta autora descarta la existencia de los contenidos pétreos considerando la literalidad del artículo 30 de la CN al afirmar que la CN puede reformarse en *toda* o en cualquier de sus partes. Asimismo, advierte que deben presentarse argumentos de fuerte peso político y jurídico que realmente fundamenten tal intromisión en la voluntad de la Asamblea Constituyente convocada al efecto.

²⁸ Gelli, María Angélica, Op. Cit., Tomo I, pp. 439-466.

Gustavo Ferreyra²⁹, desde su obra, da vía libre al control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional siempre y cuando este sea ejercido por un tribunal conformado *ad hoc* por miembros de la CSJN y del Congreso de la Nación cuyo resultado será, a su vez, sometido a voluntad popular. Esta variante, podría decirse, adoptada por algunos Estados del viejo continente es denominada por el Derecho Constitucional Comparado como “Control Político o Mixto de Constitucionalidad”.

Juan Vicente Sola³⁰, por su parte, establece que toda reforma constitucional sería susceptible únicamente de un control formal por parte del Poder Judicial ya que el propio texto de la CN no establece límite alguno en su contenido y, por ello, todo intento de control de contenido carecería de fundamento jurídico.

Alberto Bianchi³¹ es uno de los juristas que más ha analizado las cuestiones políticas no justiciables (incluso ha generado una clasificación de las mismas) y si bien aclara que la jurisprudencia argentina -refiere a 'Fayt'- ha dejado atrás la consideración de que

²⁹ Ferreyra, Raúl Gustavo, Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Capital Federal: Ediar, 2007 (en especial “*El caso Fayt: juzgar y constituir*”, pp. 211-227).

³⁰ Sola, Juan Vicente, Control Judicial de Constitucionalidad, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

³¹ Bianchi, Alberto, Control de Constitucionalidad, Buenos Aires: Abaco, 2002.

las reformas constitucionales son cuestiones políticas no justiciables, considera que efectivamente el fenómeno de reforma de la Ley Fundamental es una cuestión política y por ello no susceptible de control judicial alguno. Sin embargo, aclara que el procedimiento sí es objeto de revisión judicial por lo que vale su incorporación en esta categoría.

Roberto Gargarella³², siguiendo los fundamentos filosóficos y jurídicos del célebre Carlos Santiago Nino³³, desestima íntegramente la posibilidad de ejercer control judicial alguno basándose en el principio de no justiciabilidad de las cuestiones políticas (como su nombre lo indica, tal principio sostiene que determinadas decisiones son de exclusivo carácter político y, por lo tanto, no susceptibles de revisión judicial alguna³⁴) fundado en la normal división de las facultades y competencias de cada uno de los poderes constituidos

³² Gargarella, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Buenos Aires: Ariel, 1996 y Gargarella, Roberto, "La reforma constitucional" en Gargarella, Roberto (coordinador), Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, pp. 487-530.

³³ Nino, Carlos Santiago, "El Control Judicial de Constitucionalidad" en Nino, Carlos S., Fundamentos de Derecho Constitucional, Capital Federal: Astrea, 1992, pp. 657-706.

³⁴ Este principio (así como el control de constitucionalidad *per se*) adquirió popularización en el caso de la *US Supreme Court*, "Marbury v. Madison" (1803) pero existen antecedentes anteriores. Para mayor información, ver Treanor, William, "Judicial Review Before Marbury", *Standford Law Review*, Vol. 55, 2005, pp. 455-562.

bajo la estructura de la organización del poder emanada de la Ley Fundamental.

En igual sentido, este autor sostiene que en el caso de llevar a cabo algún control, el máximo tribunal de garantías constitucionales estaría desplazando tanto la voluntad del Congreso de la Nación al establecer el temario como la de la Asamblea General Constituyente al sancionarlo y, de este modo, la CSJN funcionaría como un poder constituyente en sesión permanente. Así, el Poder Judicial estaría afectando, claramente la división de poderes y los mecanismos de debido control que apuntan a la estabilidad del sistema consagrado por el Estado Constitucional de Derecho.

Esta corriente, en consecuencia, considera que la reforma constitucional es cuestión política no justiciable y, por lo tanto, **no admite control** de ningún tipo por parte del Poder Judicial.

Ahora bien, cada uno de los autores presentados ha establecido, de acuerdo a su entender y bajo fundamentos correctamente presentados, una teoría sobre el control de constitucionalidad sobre una reforma constitucional.

En función de cada de esos sistemas argumentativos, fue posible clasificar a cada autor en tres criterios jurídicos diferenciados. Vale aclarar que tal clasificación está basada en los rasgos generales de las teorías presentadas ya que, cada autor presenta particularidades y valoraciones que le son propias. Así, en las

siguientes seccionadas, una vez presentada en detalle la jurisprudencia referida al tema aquí estudiado, se analizarán cada unos esos criterios antes mencionados y se producirá la correspondiente asociación con la jurisprudencia.



Universidad de
San Andrés

Jurisprudencia.

Fallo 'Soria de Guerrero'.

Este caso es el primer antecedente en la historia jurídica argentina en la que el Poder Judicial debió expedirse sobre la validez o invalidez de una reforma constitucional a partir de un caso concreto. Puntualmente, la sentencia versa sobre la vigencia del artículo 14 bis³⁵ de la CN (especialmente sobre la consagración del derecho a huelga) y surge a partir del despido de Juana Soria de Guerrero luego de su participación en una huelga. Ante la situación, la afectada demanda a su contratante, Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S. A., quien justifica la cesantía alegando la invalidez del mencionado artículo constitucional estableciendo que al momento de la reforma constitucional de 1957 (en la cual se incorporó el artículo 14 bis a la CN), la Convención Constituyente, convocada al efecto, omitió aprobar el acta y la versión taquigráfica de la sesión en la que fue sancionado y no se realizó una reunión posterior de modo de hacer efectiva su conformidad, incumpliendo así el reglamento establecido.

Tanto el magistrado de primera instancia como los jueces de la alzada hacen lugar a la demanda y rechazan el planteo de la invalidez del artículo constitucional alegando que el ejercicio del derecho a

³⁵ Ver análisis del artículo en Gelli, María Angélica, Op. Cit., Tomo I, pp. 194-229.

huelga no extingue la relación de dependencia laboral sino que simplemente la supedita. Por ello, la parte demandada interpone Recurso Extraordinario Federal³⁶, el cual es admitido por la CSJN.

Una vez analizada la situación, el máximo tribunal de garantías constitucionales, conformado en ese entonces por Benjamín Villegas Basavilbaso, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid, Pedro Aberastury, Ricardo Colombres, Esteban Imaz, José Bidau y Luis María Boffi Boggero (este último fue el único que votó en disidencia apreciando que el presenta caso era materia justiciable) no se expide sobre la validez o invalidez del artículo 14 bis de la CN aludiendo, *a prima facie*, que la cuestión presentada no es de su competencia fundada en el principio de división de poderes y en la no intromisión en las funciones excluyentes y exclusivas de cada poder. Sin embargo, y aún sin aplicarla en este fallo, establece como excepción al no inmiscuirse el incumplimiento del debido proceso adjetivo. De este modo, si bien quedó establecido el precedente de que las reformas constitucionales son cuestiones políticas no justiciables, se determinó la posibilidad de controlar el procedimiento de reforma e invalidar las normas que

³⁶ No es objeto del presente trabajo analizar el Recurso Extraordinario Federal, para mayor información ver Vanossi, Jorge, *“Recurso Extraordinario Federal: Control de Constitucionalidad”* en Miller, J. - Gelli, M. A. - Cayuso, S., Constitución y Poder Político, Buenos Aires: Astrea, 1987, pp. 46-49.

efectivamente no superen el test del debido proceso (considerando 3°).

Tal justificación, sería la utilizada por la CSJN 36 años después al decidir el caso 'Fayt'.

Fallo 'Fayt'.

Para entender este caso debe partirse de la contradicción de dos normas parte del sistema jurídico, es decir, de la colisión existente entre el nuevo artículo 110³⁷ de la CN y artículo 99³⁸, inciso 4°, párrafo tercero de la CN, ambos con igual jerarquía constitucionales; ya que tal disputa da origen a toda la cuestión.

El artículo 110 de la CN establece que *“Los Jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta [...]”*. Ahora bien, el nuevo inciso 4° del artículo 99 de la CN -en su tercer párrafo- dispone que *“Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo (las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores), será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco*

³⁷ Ver análisis de la garantía de inamovilidad del cargo en el análisis del artículo 110 de la CN en Gelli, María Angélica, Op. Cit., Tomo II, pp. 457-471.

³⁸ Para profundizar esta y otras atribuciones del Poder Ejecutivo, ver análisis del artículo en Gelli, María Angélica, Op. Cit., Tomo II, pp. 385-392.

años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

También, el nuevo artículo, en la disposición transitoria undécima, estipula que la caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas entrarán en vigencia a los 5 años de la reforma constitucional, es decir, a partir de 1999.

En función de lo expuesto, surge un claro enfrentamiento entre ambas normas, cuyo principal objeto versa sobre la inamovilidad de los jueces en su cargo. Así, y frente a tal situación, Carlos Santiago Fayt (Juez de la CSJN, nombrado en 1983) demanda al Estado nacional aludiendo la inconstitucionalidad del párrafo antes mencionado alegando dos cuestiones fundamentales: a) que la Asamblea General Constituyente convocada en 1994 no podía efectuar tal reforma dado que el artículo 110 de la CN no estaba presente en el Núcleo de Conciencias Básicas³⁹ y que la misma ley reformadora -Nº 24.309⁴⁰- establecía que toda nueva introducción no prevista sería declarada nula de nulidad absoluta (argumento de

³⁹ No es objetivo de este trabajo el análisis de constitucionalidad de una reforma bajo las condiciones establecidas por la ley 24.309 (“cláusula cerrojo”). En relación a esto, ver los fallos ‘Polino’ y ‘Romero Feris’, citados *ut supra*.

⁴⁰ Sancionada y promulgada el 29/12/1993, publicada en el Boletín Oficial el 31/12/1993.

debido proceso adjetivo); y b) la nueva norma es irrazonable respecto al artículo 110, por lo que esta modificación no cumple con los controles de razonabilidad estipulados en la misma CN (argumento del debido proceso sustantivo).

Con la lógica antes descrita, Fayt se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, el cual da lugar a la petición y declara nula la reforma introducida en el párrafo suscitado. Esta sentencia es apelada por el Estado nacional y la causa se traslada a la Cámara en lo Contencioso Administrativo, quien si bien revoca la nulidad de la cláusula reformada, establece que aplicar la disposición a los jueces nombrados previos a la reforma sería violar la irretroactividad de la ley⁴¹ por lo que dispone que la norma no es aplicable a la parte demandante.

Ante tal situación, la parte demandada decide interponer Recurso Extraordinario Federal y la cuestión llega a la CSJN. Al examinar el asunto, el máximo tribunal de garantías constitucionales, conformado en ese entonces por Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo Vázquez, Gustavo Bossert y Enrique Santiago

⁴¹ El artículo 3 del Código Civil de la Nación establece “[...] las leyes [...] no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Petracchi⁴², resuelve declarar la *nulidad* de la cláusula reformada, y su disposición transitoria undécima, utilizando el argumento del incumplimiento del debido proceso adjetivo expuesto por Fayt.

De este modo, y sin importar la incuestionable legitimidad y esencia democrática de la reforma constitucional de 1994, la CSJN, por primera vez en la historia argentina, realiza un juicio de constitucionalidad sobre una reforma constitucional nacional.

Así, sienta el precedente sobre el control de constitucionalidad de una reforma constitucional referido al control formal. Deja de lado el criterio de cuestión política no justiciable que había marcado el fallo 'Soria de Guerrero' y retoma de este la posibilidad de custodiar el debido proceso adjetivo.



⁴² Vale mencionarse que si bien a todos los jueces se los podría considerar afectados directos de su propia decisión y siendo esta situación causal de excusación de acuerdo al artículo 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sólo Enrique Santiago Petracchi se excusó en función del artículo mencionado *ut supra* ya que el resto de los jueces que conformaban el Máximo Tribunal rechazaron el pedido de excusación realizado por el entonces Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra.

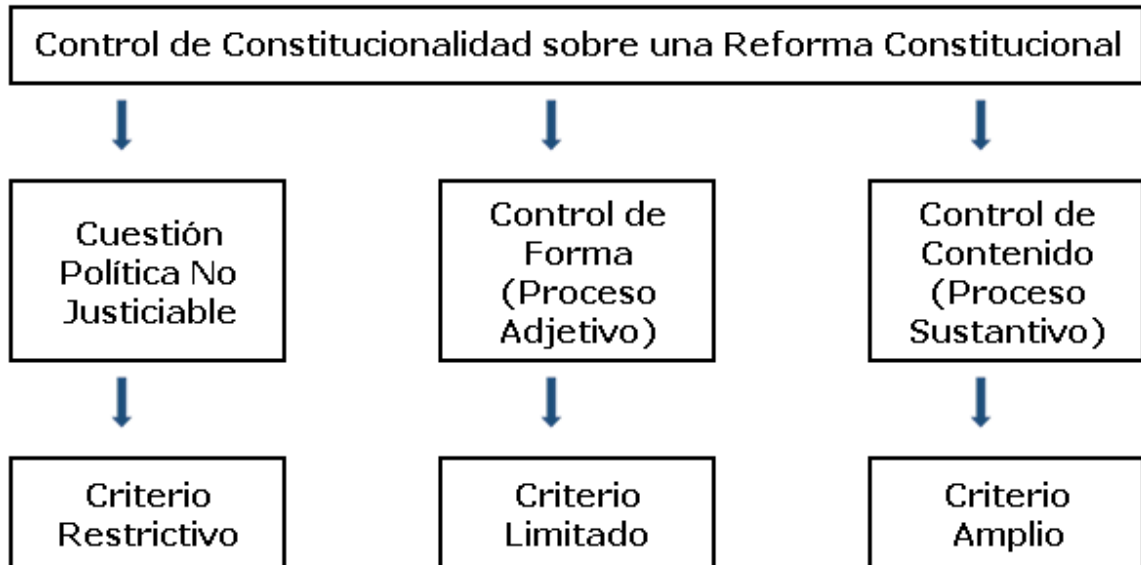
Criterios de Control.

Luego de haber presentado la jurisprudencia relativa al tema ('Soria de Guerrero' y 'Fayt') y las diferentes posturas existentes entre los más acreditados constitucionalistas, es menester realizar ahora la presentación de los distintos criterios de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales y sus respectivos preceptos. De este modo, *a posteriori*, presentaré su debida asociación a la evolución jurisprudencial de la CSJN.

Podemos determinar, en consecuencia, la existencia de tres criterios diferentes:

- a) *Criterio Restringido*, asociando a la reforma constitucional como una cuestión política no justiciable y, por ello, no susceptible de ningún tipo de control, es decir, ni de forma ni de contenido.
- b) *Criterio Limitado*, comprendiendo la esencia política de toda reforma constitucional pero advirtiendo también que dadas sus consecuencias jurídicas, esta debe ser posible de controlar desde el debido proceso para garantizar la juridicidad existente.
- c) *Criterio Amplio*, estableciendo que la reforma jurídica es un acto jurídico propiamente dicho y si bien sus consecuencias son, en parte, políticas, su debido control, tanto adjetivo como sustantivo, debe estar en manos del Poder Judicial.

Desde una visión gráfica, los criterios pueden presentarse de acuerdo al siguiente esquema:



Criterio Restrictivo.

El criterio restrictivo de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales es el que hace más hincapié en la división de los Poderes Constituidos del Estado y, por ello, en una diferenciada, clara y precisa distribución de funciones exclusivas y excluyentes de cada uno de ellos. Asimismo, para garantizar tal diferenciación y teniendo como base el Estado Constitucional de Derecho, el criterio restrictivo valora particularmente el sistema de frenos y contrapesos, dentro de los cuales el control de constitucionalidad juega un rol fundamental. Sin embargo, los fundamentos de este control, si bien tienen una base normativa en la

noción de supremacía constitucional⁴³, la mayor justificación se basa en la esencia democrática y el carácter legítimo que adquiere este control si es realizado por la sociedad mediante algún medio de participación directa⁴⁴.

De este modo, este criterio restrictivo considera que la reforma constitucional es un acto esencialmente político y si bien afecta directamente a toda la estructura judicial, esta carece de la competencia necesaria para entrometerse dentro de tal proceso por la ausencia de la esencia democrática necesaria para revertir otra decisión cuya legitimidad es de primer orden. Dicho de otro modo, este criterio pondera que toda reforma constitucional es una cuestión política no justiciable y, por ello, se encuentra vedado todo control judicial sobre ella.

Tal como se adelantó en la sección *Estado de la cuestión*, los autores Roberto Gargarella y Carlos Santiago Nino son quienes se encuentran dentro de esta categoría restrictiva aludiendo a los fundamentos ya mencionados.

Vale mencionar que en la jurisprudencia argentina, este principio tiene origen en el fallo 'Cullen vs. Llerena'⁴⁵. En función de

⁴³ Ya analizada *ut supra*.

⁴⁴ Estos mecanismos de participación directa están consagrados en los artículos 39 (iniciativas para la presentación de proyectos de ley) y 40 (consulta popular) de la CN.

⁴⁵ CSJN, "Cullen, Joaquín M. c/ Llerena, Baldomero", *Fallos 53:420* (1893).

lo expuesto, es advertible y al mismo tiempo paradójico, que la consagración de este principio, de un modo u otro, aumenta la arbitrariedad del Poder Judicial respecto a sobre qué hechos fallar debido que la línea límite entre lo jurídico y lo político muchas veces es sumamente delgada y, tal como se mencionó, el máximo tribunal tiene el poder de decidir arbitrariamente, además de los casos de su competencia originaria, qué situaciones resolver por vía de apelación.

Desde las cuestiones prácticas, este criterio restrictivo no admite la diferencia, desde el punto de vista de su alcance, entre el Poder Constituyente Original y el Poder Constituyente Derivado o Poder Reformador. Así, una vez conformada la Asamblea General Constituyente, en su carácter de Poder Reformador, esta tiene todas las atribuciones propias del Poder Constituyente, sin ningún tipo de limitación, es decir, puede alterar por completo lo existente y generar un orden nuevo, incluso más allá de los poderes constituidos.

Desde lo procedimental, sólo serían exigibles los preceptos que establece literalmente la CN en su artículo 30 y no aquellos que ha consagrado el Derecho Consuetudinario en relación al Derecho Constitucional o que el Congreso Nacional se ha atribuido y determinado como requisitos exigibles y de carácter *sine qua non*.

Es menester mencionar que este criterio nunca ha sido receptado por la jurisprudencia de la CSJN en materia de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales.

Criterio Limitado.

El criterio limitado tiene su fundamento principal en la atribución de la esencia política a toda reforma constitucional, entiende a esta situación como un fenómeno político por excelencia en el que la ciudadanía se expresa y decide, por medio de sus representantes, el tipo de macroestructura jurídica y de organización del poder que desea tener.

No obstante, incluso con esta clara visión política de la reforma constitucional, este criterio limitado, caracterizado por una amplia prudencia, no pierde de vista que la forma de consagración de toda reforma constitucional es una cuestión puramente jurídica y que su procedimiento está establecido en la misma Ley Fundamental. Por tal situación, es aquí dónde entra en juego la noción de supremacía constitucional como concepto legitimante del Poder Judicial y de la CSJN en su carácter de último guardián e interprete de la CN de la realización del control al procedimiento.

Entonces, por los argumentos antes presentados, podemos afirmar que el criterio limitado avala el control constitucional sobre una reforma constitucional pero únicamente en lo que refiere a lo formal, al procedimiento, es decir, de acuerdo a este criterio, es susceptible de control el debido proceso adjetivo.

Así, desde el punto de vista aplicativo, este criterio admite las diferencias entre el Poder Constituyente Originario y el Poder

Constituyente Derivado o Reformador y reconoce que las competencias del segundo están sujetas a lo establecido por ley que declaró la necesidad de la reforma, la cual, además de ser sancionada por el Congreso Nacional superó el test de constitucionalidad realizado por el Poder Judicial. De este modo, es criterio limitado, fiel a la literalidad del artículo 30 de la Ley Fundamental establece que toda la CN puede reformarse pero siempre que se cumpla el procedimiento establecido para ello y que exista, por sobre todo, un gran consenso y acuerdo político con esencia democrática que lo respalde. De tal premisa se desprenden dos cuestiones. Por un lado, la validez de las prácticas constitucionales asociadas al Congreso Nacional -y, por lo tanto, la posibilidad de un control ulterior- al declarar el temario y el plazo, ambos considerados requisitos *sine que non* para el cumplimiento del debido proceso. Por otro, la firme convicción de la inexistencia de contenido o norma pétrea⁴⁶ alguna, es decir, la carencia de alguna norma o contenido que sea inmodificable basado en el espíritu constitucional. Esta situación, genera, además, otro de los argumentos principales para creer que ninguno de los Poderes Constituidos, al no tener nada que

⁴⁶ La existencia de los contenidos pétreos fue uno de los temas más discutidos entre los juristas especializados en derecho constitucional en el siglo XX. Actualmente, es una cuestión mayormente abandonada.

resguardar, no tiene facultad alguna para revisar el contenido elaborado por la Asamblea General Constituyente.

Asociados a este criterio encontramos a los doctrinarios Alberto Antonio Spota, Jorge Vanossi, María Angélica Gelli, Gustavo Ferreyra, Juan Vicente Sola y Alberto Bianchi, los cuales, por las bases de su pensamiento, ya expuestos, acuerdan, en líneas generales, con este criterio que habilita el control adjetivo de una reforma constitucional en manos del Poder Judicial.

Desde lo jurisprudencial, es advertible que, de acuerdo a los argumentos esgrimidos por la propia CSJN, tanto 'Soria de Guerrero', aquel primer precedente en la historia argentina en el que el máximo tribunal de garantías constitucionales se expidió sobre la validez de una reforma de la Ley Fundamental, como 'Fayt' están asociados a este criterio jurídico limitado de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales.

Sin embargo, de acuerdo a las diferencias ya explicitadas de los casos, la inclusión de ambos en la misma categoría genera la necesidad de realizar una aclaración. ¿A qué refiere esto? A que si bien ambas sentencias responden al mismo criterio, es decir, la aceptación de un control sobre el debido proceso adjetivo sin intromisión sobre lo sustantivo, la aplicación de éste en cada precedente tiene alcances diferenciados. Así, en 'Soria de Guerrero' no existe una aplicación completa del mismo ya que este fallo avala

únicamente el control por parte del Poder Judicial de los requisitos mínimos del debido proceso. En cambio, en 'Fayt', tal criterio se agudiza y todas y cada uno de las aristas procedimentales son susceptibles de control e incluso, si correspondiera, las modificaciones introducidas de un modo contrario al establecido, serían consideradas nulas.

Entonces, en función de lo expuesto, es que resulta que la CSJN ha aplicado un idéntico criterio pero en diversos grados de intensidad.

Criterio Amplio.

Este criterio de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales es el más abarcativo y el que le atribuye mayores competencias y facultades al Poder Judicial.

De acuerdo al criterio amplio toda reforma constitucional es susceptible de control de forma y de contenido siempre que exista un menoscabo o daño a los principios constitucionales que rigen y están omnipresentes a lo largo de todo el texto de la Ley Fundamental o bien se produzcan incorporaciones a la nueva CN que hayan estado prohibidas por su propio texto anterior, por los tratados internacionales en materia de derechos humanos o incluso por el propio Derecho Natural.

Este criterio amplio presupone la existencia plena de contenido pétreos en el texto de la CN, cuya modificación o afectación tangencial sería susceptible de una declaración de nulidad por parte del Poder Judicial.

De este modo, bajo tales situaciones, la CSJN tendría un poder de mayor alcance respecto a los otros Poderes Constituidos del Estado ya que, de hecho, podría controlar e incluso revocar la voluntad misma del Poder Constituyente. En otras palabras, el máximo tribunal de garantías constitucionales actuaría como un Poder Constituyente en sesión permanente produciendo, indefectiblemente, un quiebre en el armónico balance de todo Estado Constitucional de Derecho.

Este criterio reconoce las diferencias entre el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Reformador y a la hora de caracterizarlos, este punto de vista es el que más acota las facultades del Derivado ya que este debe, obligatoriamente, acatar los contenidos Originarios bajo pena de declaración de nulidad por parte de un Poder Constituido.

En relación a los autores, es razonable aclarar que existen distintos niveles de profundidad respecto al grado de control propuesto por cada uno de los que avalan el control de contenido. Sin embargo, por una cuestión de sistematización y ante la coincidencia de un patrón general, han sido incorporados a esta categoría los

doctrinarios Segundo Linares Quintana, Julio Cueto Rúa, Germán José Bidart Campos, Humberto Quiroga Lavié, Néstor Sagüés, Miguel Ángel Ekmekdjian y Gregorio Badeni.

Vale mencionar, por último que en la jurisprudencia argentina no existe antecedente que, al menos abiertamente, consagre el criterio amplio de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales, al menos hasta el momento. Siempre en el campo del Derecho se dice que la doctrina va uno o varios pasos adelante que la jurisprudencia, parece ser que esta regla se cumple en relación al tema aquí tratado.

No es posible saber si en algún momento la CSJN decidirá dar un nuevo realizar una interpretación y consagrar el criterio amplio como patrón general de control de constitucionalidad, pero, ante tal hipótesis, sí es factible advertir que la única garantía que mantendrá el debido balance entre las facultades de los Poderes Constituidos será el contar con un excelente, eficiente, eficaz y honesto mecanismo de selección y remoción de magistrados, ya que en ellos recaerá la responsabilidad máxima de decidir todas y cada una de las cuestiones que hacen a la CN y, por ello, al funcionamiento jurídico y político de la sociedad.

Conclusiones.

En esta instancia, hay dos cuestiones innegables. Por un lado, que la CSJN, en carácter de autoridad del Poder Judicial, se ha expresado sobre la posibilidad de actuar como órgano de control de una reforma constitucional profundizando el sistema *checks and balances* y el equilibrio propio de un Estado Constitucional de Derecho.

Por otro lado, que esa posibilidad de control ha estado justificada, por diversas lógicas y ha tenido, tal como se demostró, distintos alcances y efectos, tanto jurídicos como políticos.

Al respecto, la CSJN ha evolucionado en el grado en el que ha aplicado el criterio limitado. El máximo tribunal de garantías constitucionales ha asumido una nueva facultad dentro de su competencia e incrementando, consecuentemente, su poder de acción.

Muchas son las hipótesis que pueden plantearse a partir de este cambio, de este incremento de poder, de esta evolución. Las que siguen a continuación son un mero intento por presentar, solo con efectos de disparador de un nuevo proyecto de investigación, algunas de ellas.

En primer lugar, es notorio que la evolución histórica, social, cultural y jurídica indefectiblemente ha producido diversas consecuencias en la cultura jurídica y en la sociedad toda. El haber

pasado rupturas constitucionales e inestabilidades institucionales de todo tipo sin duda es una pauta que respalda el cambio, que permite pensar un tribunal que necesita disponer de un mayor margen de acción para hacerle frente a cualquier intento de quebrantamiento del orden constitucional vigente.

Por otro lado, la necesidad de reforzar el equilibrio entre los poderes constituidos bajo el sistema *checks and balances* podría haber sido otro punto de influencia. Desde esta óptica, podría pensarse una Corte Suprema que bajo la discrecionalidad en la admisión de recursos extraordinarios federales⁴⁷ y de queja⁴⁸ buscó el momento esperado para actuar en resguardo de la independencia del Poder Judicial; una independencia que le permita afianzar la justicia y resguardar a la CN sin ningún tipo de presión por parte de los otros poderes constituidos.

Ahora bien, más allá de la diversidad de razones que pueden pensarse respecto a qué fue lo que llevó a la CSJN ha cambiar su sistema argumentativo de justificación del control de

⁴⁷ El artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que “[...] La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario [...]”.

⁴⁸ El recurso de queja es un instrumento procesal que permite a la CSJN revisar las denegatorias de los recursos extraordinarios federales realizadas por el tribunal superior de la causa. El mismo tribunal apelado juzga, en principio, la admisibilidad formal del recurso extraordinario federal pero la CSJN puede entender, vía recurso de hecho o de queja, decidiendo en última instancia sobre la admisibilidad de todo recurso extraordinario interpuesto.

constitucionalidad, vale concluir que el máximo tribunal argentino ha adoptado, a lo largo de su jurisprudencia el mismo criterio jurídico de control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales pero con distintos grados.

En primer lugar, en 'Soria de Guerrero', utiliza un control de las cuestiones formales pero de mínima, es decir, únicamente las exigidas por el artículo 30 de la CN. Luego, exactamente 36 años después, la CSJN ajusta este criterio limitado para controlar constitucionalmente todos y cada unos de los procedimientos de las reformas constitucionales y de este modo resolver 'Fayt'.

Producto de ello, se desprende que la CSJN no ha sido concordante con su propia jurisprudencia. Sin embargo, no puede atribuírsele la condición de incoherencia, ya que, de algún modo, la lógica de 'Fayt' es producto y consecuencia del precedente 'Soria de Guerrero', el cual dejó presente, tanto de forma implícita en su voto mayoritario como taxativa en el voto disidente del juez Luis María Boffi Boggero, la semilla el control del debido proceso adjetivo sobre una reforma constitucional que fue debidamente interpretado por otra conformación.

Por último, vale mencionar que más allá del criterio aplicado e incluso del juicio de concordancia, lo indiscutible es que a lo largo de su jurisprudencia el Poder Judicial todo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular, bajo el uso del control de forma y el

desarrollo de fallos exhortativos, ha incrementado ampliamente sus facultades implícitas generando, indefectiblemente, el aumento de su poder de acción sobre las decisiones que determinan al Estado Constitucional de Derecho y, por ello, a la sociedad misma.

* * *



Universidad de
San Andrés

Bibliografía.

- Ackerman, Bruce, *"Constitutional Politics / Constitutional Law"*, en Yale Law Journal, 1989, N° 89, pp. 453-546.
- Álvarez, Fernando – Santiago, Alfonso (coordinadores), Función Política de la Corte Suprema, Buenos Aires: Ábaco, 2000.
- Alberdi, Juan Bautista, Bases y puntos de Partida para la organización política de la República Argentina, Buenos Aires: Sopena Argentina, 1957.
- Badeni, Gregorio, Instituciones de Derecho Constitucional, Capital Federal: AD-HOC, 1999.
- Badeni Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, Buenos Aires: La Ley, 2004.
- Bianchi, Alberto, Control de Constitucionalidad, Buenos Aires: Abaco, 2002.
- Bianchi, Alberto, *"Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994"*, nota a fallo, El Derecho, diario de jurisprudencia y doctrina, serie especial de derecho constitucional, 17/9/1999.
- Bidart Campos, Germán José, La Corte Suprema. El tribunal de la garantías constitucionales, Buenos Aires: Allende y Brea, 1982.
- Bidart Campos, Germán José, Manual de la Constitución Reformada, Buenos Aires: Ediar, 1997.
- Bidart Campos, Germán José, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires: Ediar, 2000.
- Carrió, Alejandro, La Corte Suprema y su independencia, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- Cueto Rúa, Julio, *"Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional"*, Buenos Aires: La Ley, 2004, tomo 36, pp. 1100-1107.

- Dalla Vía, Alberto Ricardo, Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional, Buenos Aires: La Ley, 2002.
- Dalla Vía, Alberto Ricardo, Manual de Derecho Constitucional, Buenos Aires: LexisNexis, 2004.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina, Buenos Aires: De Palma, 1995.
- Fayt, Carlos Santiago, *"Poderes Implícitos" y "Reformas Constitucionales"* en Fayt, Carlos Santiago, Nuevas fronteras del derecho constitucional. La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación, Buenos Aires: La Ley, 1995, pp. 189-220 y 265-314 respectivamente.
- Fayt, Carlos Santiago, Supremacía Constitucional y la independencia de los jueces, Buenos Aires: Depalma, 1994.
- Ferreyra, Raúl Gustavo, Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad, Capital Federal: Ediar, 2007.
- Ferreyra, Raúl Gustavo, *"Control de la reforma de la Constitución Argentina"*, Buenos Aires: La Ley, 2009-D, p. 1048.
- García Belsunce, Horacio, *"La inconstitucionalidad o nulidad de una Reforma Constitucional. Implicancias de su declaración"*, en Academia Nacional de Derecho, 2000, p. 175.
- García Lema, Alberto Manuel, *"Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 99, inc. 4 de la Constitución Nacional"* en Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 172 (agosto de 2000).
- Gargarella, Roberto, *"Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América: dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional"* en Gargarella, Roberto

-
- Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.
- Gargarella, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial, Buenos Aires: Ariel, 1996.
 - Gelli, María Angélica, *"A quince años de la reforma constitucional de 1994"* en La Ley, Año LXXIII, N° 159.
 - Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada. 4ª edición, ampliada y actualizada, Buenos Aires: La Ley, 2008.
 - Gelli, María Angélica, *"Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema"* en La Ley, Año LXXIII, N° 198.
 - Gelli, María Angélica, *"El control judicial de una reforma constitucional"* publicado en La Ley 2008-B, 386.
 - Hernández, Antonio María (h), El caso <Fayt> y sus implicancias constitucionales, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.
 - Ibarlucía, Emilio A., *"Reflexiones sobre el fallo de la Corte en el Caso "Fayt" y el sistema de control de constitucionalidad en la Argentina"* en Dalla Via, Alberto Ricardo, Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires: La Ley, 2002.
 - Linares Quintana, Segundo, Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado, Buenos Aires: Plus Ultra, 1953/63.
 - Linares Quintana, Segundo, *"¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?"*, Buenos Aires: La Ley, 1944, Tomo 34, p. 1153.
 - Lorenzetti, Ricardo, *"La decisión judicial en casos constitucionales"*, Buenos Aires: La Ley Online, 01/11/2010.

- Losteau Heguy, Guillermo, Democracia y Control de Constitucionalidad, Los Fundamentos Filosóficos de la Judicial Review, Buenos Aires: Dunken, 2002.
- Miller, Jonathan, *"Control de constitucionalidad: el poder político del poder judicial y sus límites en una democracia"* en Miller, J. - Gelli, M. A. - Cayuso, S., Constitución y Poder Político, Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Molinelli, Guillermo, La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos, a través del Control de Constitucionalidad, 1983-1998, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1999.
- Nino, Carlos Santiago, *"La competencia del constituyente originario y el carácter moral de la justificación jurídica"* en Nino, Carlos S., La validez del derecho, Buenos Aires: Astrea, 2006.
- Nino, Carlos Santiago, *"El Control Judicial de Constitucionalidad"* en Nino, Carlos S., Fundamentos de Derecho Constitucional, Capital Federal: Astrea, 1992.
- Pérez Sanmartino, Osvaldo, *"Poder Reformados y Control Judicial"* en Dalla Vía, Alberto Ricardo (editor), Derecho Constitucional. Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires: La Ley, 2002.
- Petracchi, Enrique Santiago, *"Facultad judicial de revisar el procedimiento establecido por la Convención Constituyente frente a la sanción de un proyecto constitucional"*, Buenos Aires: La Ley, 1963, Tomo 112, p. 225.
- Pizzolo, Calogero, *"La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal"*, Buenos Aires: La Ley, 2006-D, p. 1023.

- Quiroga Lavié, Humberto, Constitución de la Nación Argentina Comentada, Capital Federal: Zavallía, 2002.
- Sabsay, Daniel Alberto, *"El Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación"* en Revista Argentina de Derecho Constitucional, N° 1, Buenos Aires: Ediar, 2000, pp. 111-117.
- Sabsay, Daniel Alberto, *"El Control de Constitucionalidad de una Reforma Constitucional"* en Sabsay, Daniel Alberto (editor), Derecho Constitucional. Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires: La Ley, 2002.
- Sagües, Néstor, Elementos de Derecho Constitucional, Buenos Aires: Astrea, 2002.
- Sampay, Arturo Enrique, Espíritu de la reforma constitucional, La Plata: Laborems, 1949.
- Schmitt, Carl, Teoría de la constitución, Madrid: Alianza, 2002.
- Serrano, María Cristina, *"El Poder Constituyente Derivado. Análisis de una fallo de la Corte"* en Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 167 (marzo de 2003), pp. 2-3.
- Sola, Juan Vicente, Control Judicial de Constitucionalidad, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- Spota, Alberto Arturo, Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente, Buenos Aires: Plus Ultra, 1993.
- Spota, Alberto Arturo (h), *"El Poder Constituyente Reformador. Una Mirada Retrospectiva a cuatro años del fallo 'Fayt'"*, en Revista Jurídica UCES, 2004, pp. 170-188.
- Treanor, William, *"Judicial Review Before Marbury"*, Stanford Law Review, Vol. 55, 2005, pp. 455-562.
- Vanossi, Jorge, *"Recurso Extraordinario Federal: Control de Constitucionalidad"* en Miller, J. - Gelli, M. A. - Cayuso, S., Constitución y Poder Político, Buenos Aires: Astrea, 1987.

- Vanossi, Jorge, Teoría Constitucional: Supremacía y Control de Constitucionalidad, Buenos Aires: 1976.



Universidad de
San Andrés