



## EDICIÓN ESPECIAL

# Remoción de los jueces por razones de edad

**Control de la reforma constitucional de 1994. Revisión de la doctrina de la Corte Suprema. Garantía de inamovilidad. Criterio amplio y extensivo respecto de las facultades de la Convención Constituyente. Validez del art.99, inc. 4 de la Constitución Nacional. Disidencia.**

**Hechos:** *Un juez impugnó la reforma del art. 99, inc. 4 de la Constitución Nacional que impone un límite de edad de 75 años para el ejercicio del cargo. En primera instancia fue declarada la nulidad e inaplicabilidad del texto constitucional conforme lo sostenido por la Corte Suprema en el precedente "Fayt" —Fallos: 322:1616—. El Estado Nacional interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema revocó la sentencia apelada y rechazó la demanda.*

- 1.- El límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 para el ejercicio del cargo de los jueces federales no afecta la sustancia de la garantía de inamovilidad ni, por ende, el principio arquitectónico de independencia judicial, pues la inamovilidad no exige un cargo de por vida, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen bien y legalmente, de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley.
- 2.- El límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 para el ejercicio del cargo de los jueces federales no lesiona el principio de independencia judicial, porque se trata de una limitación objetiva e impersonal, lo cual se desprende claramente de la finalidad de la norma así como de la intención de los constituyentes.
- 3.- El límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 para el ejercicio del cargo de los jueces federales no vulnera derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, y esta doctrina se ahonda cuando se trata de una reforma constitucional.
- 4.- Toda vez que el art. 3º de la ley 24.309 de necesidad de la reforma, al habilitar como tema a tratar por la Convención Constituyente lo referido a la actualización de las

atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional —arts. 67 y 86 de la Constitución Nacional— entre las que se encontraba la referida a la intervención de aquél en el proceso de designación de los jueces federales —art. 86, inc. 5º—, y, como consecuencia de ello, fue incorporado el art. 99, inc. 4º, tercer párrafo que requiere la renovación del nombramiento para los jueces que alcancen la edad de 75 años, estableciendo la necesidad de una designación periódica quinquenal en su caso, no es posible sostener con fundamentos consistentes que hayan sido transgredidos los límites de la habilitación conferida por el Congreso de la Nación al Poder Constituyente reformador.

- 5.- Si bien la regularidad del proceso de Reforma Constitucional es una cuestión justificable, es el estándar del más amplio respeto hacia la actividad de la Convención Constituyente el que debe aplicarse para su interpretación, y ello tiene sustento en un hecho de singular importancia: se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de un órgano —la Convención Reformadora— que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia y conocimiento de que llevarán a cabo en forma inmediata y concreta la misión de reformar la Ley Fundamental.
- 6.- El criterio restrictivo de la actividad de la Convención Constituyente, que establece que el Congreso de la Nación puede establecer no sólo la necesidad de la reforma, sino también su contenido; que la Convención Constituyente no puede apartarse de ello porque acarrearía la nulidad; y que el Poder Judicial es el encargado de controlar que ese límite, no puede sostenerse en los principios que estructuran la división de poderes sobre la que se asienta la forma republicana de gobierno vigente, porque implica un alto riesgo de interferir en el proceso democrático, alterando el equilibrio diseñado por la Constitución Nacional para que, por un lado, cada uno de los poderes se mantenga dentro de su esfera y, por el otro, para que el poder constitui-

do no deje sin efecto la voluntad soberana del pueblo expresada, mediante una Convención Reformadora integrada por sus representantes electos, en la Ley Fundamental.

- 7.- El Poder Judicial no puede analizar la conveniencia de las decisiones de los constituyentes ni desconocer un presupuesto esencial de nuestra democracia, según el cual la Constitución Nacional materializa un pacto de unión nacional entre todos los ciudadanos.
- 8.- Sólo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos: cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional o de los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución.
- 9.- Si se faculta a la Convención Constituyente para reformar un artículo sobre determinada materia, su poder en ese ámbito es total, pues el ejercicio del poder constituyente es la máxima expresión de la soberanía popular (del voto del Dr. Maqueda).
- 10.- La doctrina sentada por la Corte Suprema en "Fayt" —Fallos: 322:1616— debe ser abandonada, en tanto declaró la nulidad absoluta de la reforma del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, pues, si bien era aplicable al caso concreto del referido al magistrado, esa decisión ha significado en los hechos, la derogación de una norma de la Constitución, reescrita así por los jueces (del voto del Dr. Maqueda).
- 11.- Los arts. 99, inc. 4º, tercer párrafo, y 110 de la Constitución Nacional son compatibles lógicamente y jurídicamente, pues la inamovilidad de los jueces puede revestir el carácter de "permanente" o "temporario" sin

que ello desnaturalice la garantía ni afecte la idoneidad para el resguardo de la independencia judicial, en la medida que se asegure que, durante el período previsto constitucionalmente para el ejercicio de su función, el magistrado no podrá ser destituido de su cargo sino mediante el procedimiento específicamente previsto por la Constitución Nacional (del voto del Dr. Rosatti).

- 12.- En virtud del art. 30 de la Constitución Nacional, la Convención Reformadora debe mantenerse dentro de los límites que fija el Congreso al hacer la declaración de la reforma; el principio regulador de toda la vida en común es que no estamos sujetos a un gobierno de hombres sino de leyes, que ninguna persona u autoridad está por encima de la ley o de la Constitución, ni siquiera las convenciones reformadoras las que también están constitucionalmente reguladas (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).
- 13.- Si la Ley de Necesidad de la Reforma Constitucional de 1994 habilitaba al poder constituyente a reformar el art. 86, inc. 5º del texto, esto sólo podía entenderse como permitiendo modificar el procedimiento de designación de los jueces de la Nación, mas nunca como un permiso para alterar la duración de su mandato, determinado por el art. 96 —vitalicio—, pues la declaración de necesidad de reforma referida a un artículo determinado no es una licencia para introducir en él cualesquiera contenidos, sino solamente una autorización para que la convención modifique, del modo en que estime conveniente, las mismas cuestiones que el artículo ya regulaba (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

**120.016** — CS, 28/03/2017. - Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa.

[Cita on line: AR/JUR/3692/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, [www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar) o en Proview]

### NOTA A FALLO

*Overruling* en la Corte o los dilemas del control judicial de una reforma constitucional

Jorge Alejandro Amaya ..... 2

La doctrina de la Corte de "máxima deferencia" para la revisión judicial de reformas constitucionales

Gustavo Arballo ..... 5

¿Cambió la jurisprudencia o la cuestión sigue abierta?

Alberto R. Dalla Via ..... 8

El control de constitucionalidad de la reforma constitucional y la aplicación efectiva del art. 99.4 de la Constitución argentina.

Andrés Gil Domínguez ..... 10

¿Habrán "jueces mantenidos en sus cargos"?

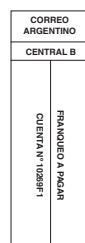
Emilio A. Ibarlucea ..... 11

El juicio de ponderación en casos de relevancia institucional

Patricio A. Maraniello ..... 12

La justiciabilidad de una reforma constitucional

Néstor P. Sagüés ..... 15



CORREO ARGENTINO

CENTRAL B

FRANQUEO A RECLAMAR CUENTA N° 108881

# Overruling en la Corte o los dilemas del control judicial de una reforma constitucional

**SUMARIO:** I. El caso y el precedente “Fayt”. La fallida justificación del *overruling*.— II. El procedimiento de reforma constitucional fijado por el artículo 30 de la Constitución. Su naturaleza jurídica.— III. El paradigmático “Pacto de Olivos” y su influencia en el caso.— IV. Una reflexión sobre la construcción de la sentencia en los tribunales colegiados y el principio de congruencia. Reglas y conclusiones que precisan pero no agotan el debate.— V. La disidencia del juez Rosenkrantz.— VI. Dilemas del control judicial de una reforma constitucional.

Jorge Alejandro Amaya

## I. El caso y el precedente “Fayt”. La fallida justificación del *overruling*

El presente caso en comentario, al igual que el reciente fallo de la Corte *in re Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto* (1), constituyen importantes cambios de posicionamiento en dos temáticas de mayor trascendencia institucional, previsible para algunos especialistas de la doctrina constitucional a partir del pensamiento público de los nuevos integrantes del Alto Tribunal; y de la evolución y consecuencias jurídico-políticas de la reforma constitucional de 1994.

El juez Schiffrin, al igual que recientemente la jueza de la Corte Highton de Nolasco, quien lógicamente se abstuvo de votar al haber preopinado en la cuestión a través de la acción judicial, dedujo demanda contra el Estado Nacional a los efectos de obtener la nulidad e inaplicabilidad del tercer párrafo introducido por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99 inciso 4º de la Constitución, que establece la necesidad respecto de los jueces federales de un nuevo nombramiento —precedido de igual acuerdo— para mantenerse en el cargo una vez cumplidos los setenta y cinco años de edad. Cláusula con vigencia a partir de los cinco años de sancionada la reforma (cláusula transitoria undécima de la reforma).

A dichos fines argumentó que la ley 24.309 declarativa de la reforma no había autorizado la modificación de la garantía de inamovilidad de los jueces establecida en el artículo 110, Const. Nac., alterando así la independencia judicial, y desbordando los límites que el artículo 30, Const. Nac., fija a la Convención Constituyente, la cual se encuentra acotada por los temas establecidos por el Congreso Nacional, que, en el caso, no había sido habilitado.

Tanto el tribunal de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones le dieron razón siguiendo el precedente *Fayt* (2), señalando asimismo —la Cámara de Apelaciones— que los jueces designados al amparo del régimen anterior a la reforma no podían ser alcanzados por la norma impugnada, pues ello implicaría afectar *derechos adquiridos*.

Llegado el tema a la Corte Suprema por concesión del Recurso Extraordinario Federal interpuesto por el Poder Ejecutivo, se lo

declaró precedente revocándose la misma y rechazándose las pretensiones del juez Schiffrin, al considerarse que debía modificarse el precedente *Fayt*.

Recordemos que en *Fayt* la Corte había declarado la *nulidad absoluta* de la reforma introducida por la Convención de 1994 en el art. 99 incisos 4º párrafo tercero y en la disposición transitoria undécima por contravenir el art. 110 de la Constitución Nacional (3).

La doctrina fijada en el caso *Fayt* significó que, por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la Corte, se realizara un juicio de constitucionalidad en plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la Carta Magna. Como es imaginable, el caso dio origen a un debate profundo en la doctrina nacional (4).

En dicho precedente, ahora dejado sin efecto (5), la Corte sostuvo que la doctrina del control judicial sobre el proceso de reforma de la Constitución había sido elaborada por el Tribunal hacía más de treinta años, surgiendo de la recta interpretación de la sentencia dictada en *Soria de Guerrero Juana Ana c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.*

En dicho precedente se aplicó a la actividad de una Convención reformadora el principio jurisprudencial que limitaba las facultades jurisdiccionales respecto del procedimiento de formación y sanción de las leyes. Sin embargo se afirmó que esa regla general sólo cedería si se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables, que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada.

Seguidamente, el tribunal recordó la doctrina citada en *Ríos*: la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación constitucional sobre la que descansa.

En esta comprensión afirmó que si bien el art. 2º inciso “a” de la ley 24.309 había habilitado modificar el artículo 99 —numeración anterior a la reforma— del Capítulo I, Sección Tercera, Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución Nacional, y si bien el art. 2º inciso “c” de la ley había autorizado la incorporación de un nuevo artículo en este capítulo, dedica-

do a tratar la naturaleza del Poder Judicial de la Nación, ello sólo se correlacionaba con el apartado “H” del “Núcleo de Coincidencias Básicas” y respondía a la voluntad de crear el Consejo de la Magistratura (6).

También sostuvo que no podía razonablemente admitirse que con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del Poder Ejecutivo, a saber, la intervención del Presidente en la designación de magistrados federales (art. 99 inciso 4º), materia que explícitamente habilitaba a la convención reformadora a incorporar una cláusula notoriamente extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo, puesto que todo lo concerniente a la inamovilidad de los jueces es inherente a la naturaleza del Poder Judicial y configura uno de los principios estructurales del sistema político (7).

Lo expuesto llevó a la Corte a la siguiente conclusión: “esta Corte no comparte la afirmación de que el Congreso, en cumplimiento de su función preconstituyente, habilitó una modificación de significativa trascendencia a la garantía de inamovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan sustancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar —en los términos del apartado del Núcleo de Coincidencias Básicas incorporado a la ley 24.309— el régimen de designación, *ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo* (el destacado es propio) (sobre este último argumento que desecha *Fayt* se construirá el cambio de doctrina en *Schiffrin*).

La sentencia de la Corte en el caso *Fayt* constituyó una verdadera declaración de política judicial, no sólo porque efectuó control jurisdiccional sobre el procedimiento de la reforma constitucional, sino porque al efectuar el examen y alcance de la inamovilidad de los jueces sesgó el control hacia los aspectos sustantivos de la reforma, aunque el tribunal lo negara expresamente en el considerando 16 (8).

Fiel reflejo del intensivo control que significó el caso *Fayt* lo constituyó la parte resolutoria de la sentencia, al disponer la *nulidad absoluta* de la disposición normativa, cuando el modelo de control de constitucionalidad argentino extiende por naturaleza los efectos de la sentencia al caso concreto.

Sin embargo en *Fayt* las intenciones del Tribunal fueron las de expulsar del sistema las reglas enjuiciadas (9).

Como era de esperar, ante un fallo tan discutido, éste se constituyó como centro de debate de la doctrina y como un precedente abierto, volviéndose punto de referencia jurídico y político en torno a las facultades de control del Poder Judicial sobre el poder político, de tal magnitud que impulsó a algunos tribunales de provincia a declarar inválidos capítulos completos de reformas constitucionales (10).

Ahora en *Schiffrin* la Corte vuelve sobre sus pasos y en un fallo, a mi criterio, excesivamente extenso, producto en gran parte de la natural dispersión que produce edificar una sentencia de un tribunal colegiado con votos individuales, practica *overruling* respecto de la doctrina de *Fayt*.

La Corte sostiene en *Schiffrin* que la Convención Constituyente de 1994 no excedió los límites de la norma habilitante del art. 30, Const. Nac., al incorporar la cláusula cuestionada de los 75 años, ya que encuadraba dentro de la *habilitación dada en el art. 3º punto e) de la ley declarativa, cuando dispuso actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional*. Sostiene también que la norma no vulnera derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues es consolidada y reiterada la doctrina del Tribunal de que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, lo que se ve ahondado cuando se trata de una reforma constitucional. Tampoco la norma altera, a criterio del Alto Tribunal, el principio de independencia judicial, en tanto el límite de edad (75 años) modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad.

Por último, también establece como regla que, 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.

Para el pensamiento actual de la Corte, el nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, de acuerdo con al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Asamblea; y, en caso de duda, debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente.

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CSJN, 14/02/17.

(2) *Fayt, Carlos Santiago s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 322:1616 (1999).

(3) El fallo fue suscripto por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor; Belluscio; López; Vázquez; y Bossert, estos dos últimos según su propio voto y con disidencia parcial respectivamente.

(4) A favor de la decisión de la Corte Suprema pueden verse -entre otros- los trabajos del propio juez, Fayt, C., “El *self moving*. Garantía de independencia del Poder Judicial. La inamovilidad de los jueces federales, nacionales y provinciales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2000; SÁNCHEZ MARÍNCOLO, M., “La inconstitucionalidad y nulidad en la sanción de la modificación de una norma constitucional”, *LA LEY Actualidad*, 2 de noviembre de 1999; MIDÓN, M., “Los límites del poder constituyente. A propósito del caso *Fayt*”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* N°169, mayo de 2000;

GIL DOMÍNGUEZ, A., “El caso *Fayt*. Una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de una reforma constitucional”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* N° 170, junio de 2000; GARCÍA BELSUNCE, H., “La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional. Implicancias de su declaración”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, anticipo de *Anales*, año XLV, segunda época, N° 38, junio de 2000. En contra de la decisión de la Corte pueden verse los trabajos de Cfr. HERNÁNDEZ, A., “El caso *Fayt* y sus implicancias constitucionales”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2001; SABSAY, D., “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3, 1999, editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España; COLAUTTI, C., “Las reformas a la constitución y los límites de la revisión ju-

dicial”, *JA*, suplemento especial del *Semanario* N° 6168, 17/11/99; GARCÍA LEMA, A., “Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del art. 99 inciso 4º de la Constitución Nacional”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N°172, agosto de 2000; SERRANO, M., “El poder constituyente derivado. Análisis de un fallo de la Corte”, *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, N°167, marzo de 2000; GELLI M., “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, *La Ley*, Buenos Aires, 2005, tercera edición, p.364.

(5) Hemos expuesto nuestra visión crítica de la sentencia *Fayt* en AMAYA, Jorge Alejandro, “Control de Constitucionalidad”, *Astrea*, 2017, 2ª edición, 2ª reimposición, ps.345/341.

(6) Consid. N°13.

(7) Consid. N°14.

(8) En los considerandos 6º y 8º se había preanunciado una expresa referencia sobre el control judicial al proceso de reforma y se referenció a que la caracteris-

tica de la Convención reformadora era la de contar con poderes limitados. En el consid. 16, la Corte sostiene que la sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada -juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial- sino en la comprobación de que aquella es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora.

(9) La disidencia parcial del juez Gustavo Bossert propuso la confirmación de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, en cuanto hacía lugar a la acción declarativa para el caso concreto.

(10) Ver nuestro comentario al fallo “Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/ inconstitucionalidad” AMAYA, Jorge Alejandro, “Democracia vs. Constitución Cuando los jueces vienen marchando”, *LA LEY*, 13 de febrero de 2008.

Ingresaremos en el comentario de sólo algunos aspectos del fallo por razones de extensión.

Destacamos de inicio que el Tribunal se haya sentido motivado por justificar el cambio de doctrina, una técnica democrática adecuada que no siempre la Corte expuso en sus sentencias. Lamentablemente, no logra unificar un criterio mayoritario al respecto.

Efectivamente, el *considerando 9º* del voto del Dr. Lorenzetti se dedica a justificar el cambio. Recuerda que el Tribunal, en los últimos diez años, modificó numerosos precedentes invocando la plena aplicación de la reforma de 1994 y que el cambio del precedente *Fayt* debe ser subsumido en dicha categoría (para lograr ahora que la norma constitucional logre plena efectividad), ya que dos razones habían dilatado su efectividad: 1) “...estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo, de esta norma sobre la estabilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio”; 2) “...ha transcurrido un tiempo suficiente, más de veintidós años, que disipa todo temor respecto de que su aplicación pudiera afectar la situación de independencia de los jueces, y que por esa razón corresponde examinar en profundidad los argumentos, sin que pueda afirmarse que la norma fue diseñada para la afectación específica de la estabilidad de un magistrado”.

Estos argumentos, difíciles de encuadrar en la teoría argumentativa constitucional, no son compartidos por los jueces Maqueda y Rosatti, quienes en los considerandos 6º y 22 respectivamente de sus votos, lisa y llanamente, justifican el *overruling* en la doctrina del error. Por consiguiente, no tenemos una opinión mayoritaria del Tribunal respecto de las razones que motivaron el cambio de doctrina.

## II. El procedimiento de reforma constitucional fijado por el artículo 30 de la Constitución. Su naturaleza jurídica

El art. 30 de la Constitución Nacional es la única norma que consagra el procedimiento de reforma en el sistema constitucional argentino. La redacción de 1853 establecía: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los Pueblos. 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”.

Esta cláusula se complementaba con el art. 51 que establecía que sólo el Senado iniciaba las reformas de la Constitución. La fuente directa de estas normas fue el proyecto de reforma que Alberdi incluyó en la segunda edición de sus “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina” del 31 de agosto de 1852.

La novedad de la norma fue la elección de una asamblea extraordinaria que pasaba a llamarse “Convención”, ya que hasta entonces en todos los precedentes nacionales y provinciales las reformas habían sido atribución del Congreso Nacional o de las Salas de Representantes en las Provincias.

Así quedó redactado el actual art. 30, estableciendo un procedimiento de reforma que sigue el modelo francés y consta de dos etapas diferenciadas: declaración de reforma a cargo del Congreso, el cual fija los puntos de la reforma en caso de ser parcial; y la convocatoria a una Convención, a cuyo cargo queda la materialización de los puntos de reforma propuestos por el Congreso.

La ubicación de la norma, en la primera parte de la Constitución, denominada “Declaraciones, Derechos y Garantías”, mantuvo la propuesta de Alberdi de considerar a la reforma como garantía de progreso y de orden.

Algunas constituciones modernas, como la italiana, ubican las reglas de reforma en un título dedicado a “Garantías institucionales” juntamente con el Tribunal Constitucional. La ubicación garantista del procedimiento de reforma nos permite aproximarnos al sentido general del proceso de revisión.

Por un lado, garantiza un orden en cuanto a que las modificaciones constitucionales sólo pueden hacerse a través de un procedimiento agravado, nota clásica en una Constitución rígida como la Argentina; y por el otro, garantiza el progreso que el avance social demande.

La rigidez de la reforma de la Constitución federal es dual, es decir, tanto por el procedimiento como por el órgano especial que habilita para realizarla. Su revisión debe efectuarse por un procedimiento especial que es distinto al de la legislación ordinaria y se acentúa orgánicamente, porque el procedimiento de reforma no sólo difiere del procedimiento legislativo común, sino que además está dirigido al establecimiento de una convención especial para realizarla.

El modelo, como hemos dicho, ha seguido el diseño francés caracterizado por la conformación de una Asamblea Especial Extraordinaria. Mientras en algunos sistemas, como el alemán(11) o el italiano(12), la reforma es operada por el Parlamento ordinario, en el modelo francés aparece un cuerpo representativo *ad hoc* que se reúne al solo fin constituyente; y, una vez cumplida su finalidad, se disuelve.

Esta modalidad proviene de las constituciones francesas de los siglos XVII y XVIII; y buscó dar concreción a la doctrina del poder constituyente, estableciendo una diferencia objetiva superior entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Sin embargo, en la práctica, el modelo trajo confusiones a partir de la intervención de los dos órganos: el Parlamento ordinario y la Asamblea extraordinaria, ya que la estrecha relación entre la decisión del Legislativo que fija el alcance de la reforma y lo que resuelve la Convención, que debe moverse dentro de la soberanía fijada por el Congreso, ha sido fuente de innumerables conflictos por los frecuentes cuestionamientos sobre los alcances de la competencia de cada uno de los órganos.

Esta cuestión también ha traído problemas para definir la posición de los órganos intervinientes dentro de la función constituyente. Se han dado básicamente cuatro posturas:

a) Que sólo hubo poder constituyente en el acto del dictado de la primera Constitución (1853), ya que la idea de poder constituyente no es aplicable a un proceso de reforma(13);

b) Que sólo ejerce poder constituyente la Convención extraordinaria(14);

c) Que el Congreso ejerce una función preconstituyente y la Convención la función propiamente constituyente(15) (posición sostenida tanto en *Fayt* [considerando 8º] como en *Schiffirin*, regla a) de las Reglas y conclusiones del fallo).

d) Que tanto el Congreso como la Convención cumplen función constituyente(16) (doc-

trina de la *soberanía compartida*) (aquí parece situarse la disidencia del Dr. Rosenkrantz);

La cuestión no es menor. Ya que la posición que asumamos definirá la extensión y límites de cada uno de los órganos que intervienen en el procedimiento de reforma constitucional argentino, como surge de *Fayt* y *Schiffirin*.

Efectivamente, deberíamos ser más proclives a equilibrar o tolerar ejercicios intensos de las facultades de ambos órganos, si consideramos que tanto el Congreso como la Convención Constituyente ejercen funciones *constituyentes*; en cambio, si asumimos que el poder constituyente sólo lo ejerce la Convención extraordinaria, seguramente estaríamos más inclinados a encasillar las facultades del Congreso, censurando sus excesos.

Lo cierto, es que la enorme mayoría de la doctrina nacional y la propia jurisprudencia asumen la posición de considerar que el procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 30 es una actividad compleja donde el Congreso ejerce función *preconstituyente* y la Asamblea, función *propiamente constituyente*.

Esto significa que la reforma (acto complejo) es producto de la conjunción de dos voluntades estatales: el Congreso y la Convención extraordinaria, compuesta tradicionalmente por elección popular.

Denominar a la función del Congreso acto *preconstituyente* implica negarle claramente el carácter de *poder constituyente*, más allá de reconocer las funciones habilitantes que dentro del procedimiento de reforma le compete a nuestro Poder Legislativo.

Esto ha sido fuertemente criticado por quienes entienden que ambos órganos ejercen función constituyente, pues se trata de la aplicación del principio de soberanía dividida, no siendo ninguno de los órganos en sí mismo absolutamente soberanos, sino que cada uno cuenta con su cuota parte.

Para avalar esta posición se sostiene que la prueba de que el Congreso ejerce su cuota de poder constituyente está en el valor superlativo que tiene la ley de reforma para determinar los límites a la Convención reformadora; y que precisamente el modelo francés adoptado se caracteriza por la confluencia de voluntades entre el Congreso ordinario y la Asamblea extraordinaria, porque esa era la concepción de la Revolución francesa con la intención de diferenciar la elaboración de las normas constitucionales [siguiendo la doctrina del poder constituyente de Sieyès(17)] y para dificultar los intentos de reforma.

No estamos de acuerdo con estos últimos argumentos. Primero, porque de la interpretación gramatical del artículo 30, Const. Nac., (la primera a la que debe acudir) surge que el Congreso *declara* la necesidad de la reforma y la convención extraordinaria (convocada al efecto) la *efectúa*.

Existen dos acciones (*declarar* y *efectuar*) que son atribuidas a los órganos integrantes del procedimiento reformador. Si acudimos al *Diccionario* de la Real Academia Española veremos que ambos verbos tienen connotaciones complementarias pero muy diferentes, ya que declarar se entiende como sinónimo de manifestar y efectuar como sinónimo de hacer. Sin duda, el hacer es una acción más intensa que el declarar.

Segundo, el modelo francés —al menos el fiel a Sieyès—, seguido por Alberdi, reafirma la

asignación del poder constituyente a la Asamblea extraordinaria y no al Parlamento ordinario, más allá de la combinación en el actuar de ambos órganos. Recordemos que para Sieyès el poder constituyente es la facultad que tiene la nación (*el pueblo*) para delegar una porción de la voluntad general en sus representantes, distinguiendo entre representantes *ordinarios* y *extraordinarios* de la Nación.

Los primeros son los encargados de ejercer la administración normal; los segundos son aquellos a los cuales la nación les otorga un poder especial y temporario para darse las formas políticas convenientes (*poder constituyente*).

Por consiguiente, el poder constituyente, siguiendo el pensamiento de Sieyès, nunca podía ser ejercido por el poder ordinario, ya que la Constitución en cada una de sus partes es obra del poder constituyente, no del poder constituido. Ninguna clase de poder delegado podía cambiar —para Sieyès— nada en las condiciones de la delegación. De allí la necesidad de convocar a una Asamblea extraordinaria *ad hoc* como titular nacional del poder soberano constituyente.

### II. a) la etapa a cargo del Congreso Nacional. Atribuciones y límites

Como hemos visto, el segundo párrafo del art. 30, Const. Nac., expresa que “La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”.

El contenido de este párrafo, sencillo en apariencia, ha traído complejos problemas de interpretación en torno a la naturaleza jurídica del acto (ley, resolución o declaración); a la mayoría calificada que requiere (dos tercios del total de los miembros; de los presentes; o de los legisladores en ejercicio) y de los límites y atribuciones.

Las atribuciones y límites del Congreso en ejercicio de su función preconstituyente a los que nos referimos en este punto están relacionados con la competencia del Legislativo dentro del marco particular del procedimiento reformador previsto en el art. 30, Const. Nac.. Este es el problema más álgido en esta materia. Podemos clasificar los límites del poder constituyente reformador en *temporales, formales, y materiales*; dentro de estos últimos nos referiremos a los límites *expresos*, a los *implícitos* y a los *internacionales*.

Los límites *temporales* se refieren al tiempo en que debe efectuarse la reforma. Así como existen constituciones que prevén la revisión periódica de sus normas, otras la prohíben durante determinado lapso, tal el caso de nuestra Constitución originaria de 1853, que impedía su reforma hasta después de diez años de jurada por los pueblos.

Las limitaciones *formales* son las relativas al procedimiento, o a la competencia del órgano reformador en las constituciones denominadas rígidas.

En estos casos, los límites están expuestos en el propio texto constitucional, como por ejemplo el procedimiento de nuestro artículo 30, Const. Nac., que establece un órgano especial para el ejercicio de la competencia constituyente (*Convención Constituyente*) y una mayoría calificada para la declaración de la ne-

## { NOTAS }

(11) La reforma la realiza el Parlamento a través de un acto único que se adopta por una mayoría especial.

(12) La reforma la realiza el Parlamento, pero con un procedimiento de doble deliberación separada cada una por un periodo de tiempo.

(13) SAMPAY, A., “La reforma constitucional”, Ediciones de Biblioteca Laberemus, La Plata, 1949, p.19.

(14) LONGHI, L. R., “Derecho Constitucional argentino y comparado”, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, t. I, p.107.

(15) Esta es la posición más arraigada en la doctrina nacional. Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, C., “El Poder Constituyente”, Ed. Kapelus, Buenos Aires, 1945, p.537.

(16) DÍAZ RICCI, S.M., “La Reforma de la Constitución (comentario al art. 30 CN)”, “Constitución de la

Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, (Daniel Sabsay, Director), Ed. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, t. 1, p.1157.

(17) SIEYÈS, E., “¿Qué es el Tercer Estado?”, UNAM, México, 1983, ps.108 y ss.

## ● VIENE DE PÁGINA 3

cesidad de la reforma (2/3 partes de los miembros del Congreso).

Los límites *materiales* o *de fondo* son los que despiertan mayores debates. Algunas legislaciones establecen límites expresos a la reforma constitucional, en tanto que un sector importante de la doctrina admite la existencia de límites implícitos a la reforma.

Tales límites están referidos a la postulación de las llamadas *cláusulas pétreas* que nos propone en el caso *Schiffirin* el voto del juez Lorenzetti (18), es decir, la existencia de normas y principios dentro de una Constitución que son irreformables tanto para el legislador ordinario como para el constituyente.

Algunas constituciones modernas, como la alemana y la italiana, producto de los hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial y los años que la antecedieron, contienen normas que autocalifican de *inmodificables*.

Tales cláusulas sólo pueden variarse mediante un cambio de ideología, lo cual implica una revolución en sentido técnico-jurídico. Por consiguiente, el poder constituyente derivado o reformador no puede ejercitarse contra los límites impuestos por las *cláusulas pétreas*. Los opositores a las *cláusulas pétreas* sostienen que no es posible admitirlas desde el punto de vista jurídico; y que el error fundamental de la tesis de estas *cláusulas* consiste en no distinguir entre *legitimidad* y *validez* de la Constitución.

Por último, parece haber cierto consenso acerca de algunos límites impuestos por el Derecho internacional. Que los tratados internacionales puedan establecer límites al poder constituyente no plantea, en definitiva, especiales dificultades. Se trata de obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados. Esto es particularmente intenso y frecuente en materia de derechos humanos.

#### II. b) la etapa a cargo de la Convención Constituyente. Atribuciones y límites

El último párrafo del art. 30, Const. Nac., dice: “no se efectuará sino por una convención convocada al efecto”. Como no podía ser de otro modo, esta frase también ha traído discusiones, tanto en el ámbito académico como político.

Una primera cuestión se planteó en torno a la forma de elección de los convencionales constituyentes, dado que el breve texto del art. 30 nada dice al respecto. En términos generales el derecho consuetudinario ha resuelto el tema en forma pacífica, estableciendo, con pequeñas diferencias, que los convencionales son elegidos directamente por el pueblo conforme el sistema utilizado para la elección de legisladores nacionales.

Se ha destacado que la Convención Constituyente, una vez reunida, tiene poderes *explícitos* e *implícitos*. Los *explícitos* son los que le han sido conferidos por la ley de declaración de la reforma y consisten —esencialmente— en el estudio, tratamiento y decisión de los puntos sometidos a su voluntad reformadora.

Los implícitos son los propios de todo órgano de poder, principalmente dictar su reglamento interno, elegir sus autoridades, establecer su sistema de votación, decidir sobre la validez de los títulos de sus miembros, etc.

En torno a las atribuciones explícitas de la *convención constituyente*, también se han edificado distintas discusiones académicas y políticas. Una de las discusiones más antiguas, hoy aparentemente superada tanto por la doctrina *Fayt* como la *Schiffirin*, se refiere a si la Convención Constituyente está atada a los límites que le marca la ley declarativa de la reforma o si, por el contrario, puede considerarse o declararse soberana y abocarse a temas no previstos en la ley de convocatoria.

Este punto se sostiene en razón de que en todos los casos de reformas en la historia constitucional del país, con excepción hecha de la de 1949 donde la ley declarativa daba un ambiguo criterio general sin establecer puntos específicos de reforma, las *convenciones constituyentes* nunca admitieron el tratamiento de temas por fuera de aquellos habilitados por el Congreso en ejercicio de su función pre constituyente.

Asimismo las *convenciones constituyentes* dejaron sin tratar puntos que habían sido declarados habilitados para su reforma por el Congreso. Por ejemplo, la Convención de 1898 rechazó la reforma propuesta por el Congreso en relación al art. 67 inciso 1º que proponía crear aduanas interiores en la Patagonia y rechazó abocarse al tratamiento de una solicitud firmada por más de veinte mil personas para modificar las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado, con el argumento que el tema no había sido sometido a su consideración por el Congreso.

Esta Convención sentó dos importantes precedentes respecto de los límites del poder constituyente reformador: 1. Las *convenciones constituyentes* pueden reformar o no los artículos habilitados por el Congreso. O sea que el Congreso no puede obligar en este aspecto a la Convención Constituyente (en contrario, el voto disidente); 2. La *convención constituyente* no puede tratar temas ajenos al temario sometido a su convocatoria. El órgano que ejerce el poder constituyente (*Convención*) queda limitado en sus atribuciones por el acto preconstituyente.

Otro antecedente lo constituye la reforma de 1949, ya que la ley 13.233 sancionada por el Congreso, habilitó la revisión y reforma de la Constitución Nacional de una manera muy amplia y ambigua, emitiendo un amplio mandato a la Convención Constituyente, la que circunscribió su actuación, reafirmando sus facultades de decidir qué temas debe reformar, más allá de la habilitación de los puntos de reforma por parte del Congreso Nacional.

La reforma de 1957 también nos es útil para ejemplificar el punto en análisis, ya que, más allá de su irregularidad de facto, cabe rescatar la actitud de la Convención Constituyente de no considerarse sometida en sus decisiones al gobierno de facto que la había convocado.

La Convención de 1957 fue convocada por el decreto ley 3838/57 ampliado por el decreto ley 6809/57 que declaran la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional en treinta artículos (19). La Convención adoptó varias decisiones para convalidar su carácter constitu-

yente y no considerarse atada a la convocatoria: prorrogó sus sesiones; aprobó su propio presupuesto; fijó los artículos sujetos a reforma (20).

#### III. El paradigmático “Pacto de Olivos” y su influencia en el caso

La ley 24.309 declarativa de la reforma constitucional de 1994 fue producto del consenso logrado por el acuerdo político y jurídico de los dos grandes partidos políticos nacionales de aquel entonces, el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical. Dicho acuerdo ha pasado a la historia democrática de la República con el nombre de *Pacto de Olivos* y contuvo normas destinadas a sellar los acuerdos institucionales logrados por los dos partidos nacionales para evitar que en el marco de la futura Convención Constituyente de composición incierta pudieran desconocerse alguno de los puntos comprometidos.

Tal fue el caso del artículo 2º de la ley, llamada *Núcleo de coincidencias básicas*, en alusión a los acuerdos jurídico-políticos comunes; y del artículo 5º (21) conocido como *cláusula cerrojo* (22) que estableció la forma cerrada en que debía ser votado el *Núcleo*.

Esta situación condujo a que la ley declarativa redactara la reforma respecto de todos los institutos (13 temas) incluidos en el artículo 2º (coincidencias); dejara abiertos otros temas a través del artículo 3º; y declarara por el artículo 6º nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realizara la Convención apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la ley de declaración. Siguiendo la línea argumental que venimos exponiendo, y por sobre otros cuestionamientos que hemos intensamente desarrollado en otros escritos (23), la ley declarativa desbordó claramente las facultades que el artículo 30 le asigna al Congreso Nacional.

La existencia de límites conduce a sostener que cuando una reforma se lleva a cabo sin respetarlos, la enmienda constitucional es impugnada. Los límites de la actuación de cada uno de los órganos que regula el artículo 30 están dados por la distribución de competencias de cada uno de ellos, por lo que pueden ser desbordados tanto por la Convención como por el Congreso. Como hemos visto, hasta la reforma de 1994 había aceptable consenso en que las facultades del Congreso se circunscribían a: 1. Manifestar inequívocamente la necesidad de reforma constitucional en todo o cualquiera de sus partes; 2. en el supuesto de una mera declaración de necesidad sin fijación de puntos, se entendía que se habilitaba la reforma integral; 3. si declaraba la reforma parcial de la Constitución, debía indicar los artículos sujetos a modificaciones o las partes que requerían revisión; 4. en caso de reforma parcial el Congreso podía limitar la actuación de la Constituyente a las normas habilitadas, nulificando cualquier exceso por sobre los temas sujetos a reforma; 5. el Congreso podía establecer un plazo para la actuación de la Constituyente.

En este sentido, nuestra tesis siempre fue que la ley declarativa 24.309 violentó límites materiales y formales. Por un lado, violentó limitaciones materiales al desvirtuar los principios de la representación política. Por otro, el Legislativo en la etapa de iniciativa de la reforma invadió claramente la competencia de la

Convención atribuyéndose facultades constituyentes, al aprobar un texto de reforma que constituyó respecto del *Núcleo de coincidencias básicas* cerrados, en su votación por la cláusula del art. 5º, la auténtica reforma.

El texto preestablecido por el Congreso y su ambición de que la Convención lo tome o lo rechace íntegramente lo transformó en el auténtico poder constituyente reformador trasponiendo sus límites competenciales.

El querido Bidart Campos reconoció que nunca había imaginado una hipótesis como la que planteó la ley 24.309; y se adelantó a repensar los esquemas constitucionales tradicionales desde una perspectiva abierta (24). Según la renovada visión de Bidart, el Congreso tiene competencia cuando declara necesaria la reforma para fijar la finalidad o el objetivo que tiene en cuenta en cada tema que deriva a revisión por parte de la Convención; y que la pauta respectiva es vinculante para ésta. También tendría competencia para prescribir, con igual efecto vinculante, que considera la reforma de tal o cual contenido de la Constitución a condición de que también se reforme otro contenido que también señala; todo ello para lograr un equilibrio relacional entre un tema y otro, conforme a la finalidad que adscribe a las enmiendas así correlacionadas.

Pero así como considera viable que el Congreso adicione al temario los fines u objetivos de la reforma con efecto vinculante para la Convención, simultánea y recíprocamente señala que el Congreso tiene un límite en su competencia para declarar la necesidad de la reforma. Tal límite consiste en que el Congreso no puede transferirle a la Convención textos ya articulados para que los incorpore tal cual les son deferidos o para que los rechace. Además, la correlación de enmiendas y su ensamble condicionado tampoco tolera que el Congreso lo imponga mediante textos ya redactados, que como en el caso anterior sólo dejan margen a la Convención para decir *sí o no*.

Esta invasión del poder *preconstituyente* sobre el poder *constituyente* constituyó una clara vulneración de los precedentes constitucionales y de la correcta distribución de competencias entre el Congreso y la Convención *ad hoc*, conforme el procedimiento previsto por el art. 30 de la Constitución Nacional y fue la razón fáctica, normativa y argumentativa de dos lecturas jurídicas y políticas diferentes: los precedentes *Fayt* y *Schiffirin*.

#### IV. Una reflexión sobre la construcción de la sentencia en los tribunales colegiados y el principio de congruencia. Reglas y conclusiones que precisan pero no agotan el debate

Como anticipamos, los cuatro integrantes que votan *Schiffirin* lo hacen a través de votos individuales, lo que requiere un especial esfuerzo del lector para advertir cuáles han sido los argumentos coincidentes en pos del respeto del principio de congruencia cualitativa de la sentencia (25).

Este tema, a nuestro criterio, excede en mucho el marco procesal constitucional del debate para proyectarse sobre la construcción de la voluntad del poder público (en el caso jurisdiccional) en la democracia constitucional. O sea, nos lleva a tratar el modo lógico de formación

#### { NOTAS }

(18) Consid. 16.

(19) Los decretos-ley mencionados implicaron el ejercicio de las atribuciones preconstituyentes del Congreso, en cuanto a la declaración de necesidad de la reforma. Se invocó para ello el ejercicio de poderes revolucionarios.

(20) La aprobación de la incorporación del art. 14 bis de derechos sociales se llevó a cabo en la sesión del 24 de octubre de 1957, en la misma sesión se modificó el art. 67 inc. 11, agregando el Código de Trabajo y Seguridad Social. Ante la pérdida de quórum por el retiro de varios convencionales de distintos partidos políticos, el

Presidente de la Convención la declaró disuelta el 14 de noviembre de 1957, haciendo saber al Poder Ejecutivo la sanción del nuevo artículo a continuación del 14 para su publicación.

(21) Art. 5º, ley 24.309: “La Convención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el artículo 2º de esta ley de declaración deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará 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”.

(22) La denominación “cláusula cerrojo” o “convención-cerrojo”, para identificar el artículo 5º de la ley 24.309, se debe a Pedro J. Frías. La misma terminología fue utilizada por Germán J. Bidart Campos, entre otros autores.

(23) En AMAYA, Jorge Alejandro, “Procesos Mayoritarios y Minorías Políticas, Análisis de la legalidad y legitimidad del artículo 5º de la ley 24.309 declarativo de la reforma constitucional de 1994”, desarrollamos nuestra

posición (Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Ed. La Ley, 2014).

(24) Cfr. BIDART CAMPOS, G.J., op.cit. p. 491.

(25) Recordemos que la Corte Suprema invalidó por arbitrariedad sentencias de tribunales inferiores que no respetaban el principio de congruencia. Al respecto puede verse nuestro comentario al fallo “Cámara Argentina de Bases de Datos y Servicios en Línea c. Estado Nacional”, CS, 04/08/09, LA LEY, 27/08/09 (*La congruencia interna de la sentencia y el control de constitucionalidad*).

de las mayorías en los tribunales colegiados y los eventuales vicios que pueden padecer las sentencias ante la incongruencia que la doctrina califica como “falta de mayoría” (26) o como “falsa mayoría” (27).

La relevancia del punto se vincula con principios del estado de derecho como la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso; y por consiguiente, con los poderes, límites y control de la judicatura; y especialmente —desde la perspectiva democrática— con el principio de comprensión e inteligibilidad de las sentencias por parte de la comunidad especializada y la sociedad toda.

En este contexto el principio de congruencia nos dice que la mayoría cuantitativa en el fallo se forma por la sumatoria de los votos de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, ya que el Dr. Rosenkrantz vota en disidencia.

Particularmente los citados ministros, conscientes de la dispersión argumentativa que ocasiona formar mayoría a través de votos individuales, se preocuparon de unificar criterios que denominaron “reglas y conclusiones comunes” sobre el final de cada uno de los votos (28).

Pero a estas “reglas y conclusiones comunes” se arriba, en algunos supuestos, por distintos fundamentos de cada uno de los jueces, lo que pone en duda la fortaleza del nuevo precedente, considerando además la estricta mayoría cuantitativa con que se forma (tres sobre cinco).

Adviértase que para el juez Lorenzetti el respeto por un estándar amplio de control con especial deferencia hacia la *convención constituyente* (órgano de máxima soberanía popular) [regla c) de reglas y conclusiones] permitiría el control de constitucionalidad de las reformas en dos casos: ante una “grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente”; o “cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderoga-

bles que forman parte del contenido pétreo de la Constitución” (29).

En cambio, para el Dr. Maqueda, “...sólo podrá invalidarse la actuación del poder constituyente en el marco de un proceso de reforma constitucional, si se corrobora una clara, manifiesta, violación de las facultades que le fueron atribuidas. Es decir que debe existir una inconcebible incompatibilidad entre la habilitación conferida y la actuación del constituyente, que de manera indudable desconozca la voluntad que tuvo el Congreso al declarar la necesidad de la reforma” (30).

A su vez para el juez Rosatti el control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder constituyente derivado “...oscila entre la imposibilidad y la excepcionalidad” (31), pudiéndose efectuar (en el marco y extensión de la doctrina de Soria de Guerrero) un control procedimental (32); y un control sustancial de razonabilidad y sistematicidad (33).

Como puede observarse, detrás de una misma regla o conclusión se encuentran argumentos diferentes que concederían una intensidad distinta al control y, por consiguiente, un universo de casos mayor o menor bajo la revisión de la Corte.

#### V. La disidencia del juez Rosenkrantz

Los argumentos disidentes del Dr. Rosenkrantz avalan con solidez jurídica y sencillez argumentativa el mantenimiento de la doctrina *Fayt*. Por razones de extensión no los abordaremos en este comentario.

Sólo queremos destacar dos afirmaciones con las cuales disintimos. No compartimos (por el momento) la visión inicial *herculina* del Poder Judicial, expuesta en el considerando 8º del voto, cuando sostiene “... no debe generar sospecha alguna el hecho... de que también seamos jueces de la Nación quienes debemos decidir sobre dicho reclamo. Abandonar las suspicacias y evaluar las sentencias de los jueces solamente en virtud de las razones en las que se apoyan y el modo en que ellas se integran con el texto, las normas y principios de la Constitución y las tradiciones de su interpretación, resulta además

un mandato social imperativo para que el país pueda constituir al Poder Judicial en un foro de razón y justicia y, de ese modo, pueda contar con un mecanismo de resolución de conflictos a cuyas decisiones todos puedan adherir, más allá de su circunstancial acuerdo o desacuerdo con un determinado resultado”.

Creemos que este caso, por sobre la enorme trascendencia institucional, encuadra en causal de inhibición (art. 30 CPCC) para los jueces por incurrirse en la tipificación prevista en el artículo 17 inciso 2 (tener el juez interés en el pleito o en otro semejante). En este sentido la propia Corte ha decidido que para ser aplicable esta causal el juez debe encontrarse en situación de aprovechar o sufrir económicamente las consecuencias del fallo (34).

Claramente la cuestión afecta económicamente a los jueces y por consiguiente —desde el primer caso— el tema, con independencia del resultado de ayer o de hoy, debió haber sido resuelto por conjueces no jueces. Las críticas corporativas al presente fallo en comentario y una reciente encuesta (35) que afirma que el 50% de los argentinos cree que los jueces y la Corte son permeables a los intereses y las presiones políticas reafirman la actualidad de nuestra visión.

También disintimos con su postura de soberanía compartida o dividida entre el Congreso y la Convención (esta calificación corre por nuestra cuenta) que expone al afirmar en torno al artículo 2º de la ley 24.309 “no otorgaba ningún ámbito de discreción a la Convención, diferente a la alternativa de aprobar o no la reforma de los artículos habilitados en los términos de los textos ya predispuestos por el Congreso en el mismo artículo 2º” y “En este caso la Convención, tal como lo disponía el artículo 5º de la ley 24.309, sólo podía votar si aprobaba o no aprobaba las reformas sugeridas” (36). Hemos expuesto nuestros argumentos contrarios en el punto III.

#### VI. Dilemas del control judicial de una reforma constitucional

En toda construcción democrática constitucional palpita la eterna tensión entre el orden jurídico y el orden político. La confluencia, no

exenta de rispideces, entre *democracia* y *constitución* (37), entendiendo a la *democracia* como el ejercicio del autogobierno social y a la *constitución* como los límites que la propia sociedad impone a su autogobierno.

En este contexto, se le ha asignado al Poder Judicial —en nuestro sistema— la difícil misión de asegurar la supremacía constitucional a través del ejercicio del control de constitucionalidad (38). El tema adquiere mayor complejidad si consideramos que nuestro Poder Judicial —siguiendo el modelo norteamericano— se inserta en una tradición institucional *contramayoritaria* (39); y que tanto en el precedente *Fayt* (hoy abandonado) como en *Schiff- frin*, nos encontramos en presencia del punto más álgido del control de constitucionalidad: una norma emanada de una reforma constitucional. Estamos en presencia, por consiguiente, del conflicto entre la *élite* guardiana de la Constitución y la voluntad mayoritaria de la representación popular, a través de la justicia-bilidad de la política y de los límites constitucionales al ejercicio del poder popular.

La interpretación de estos extremos esenciales del sistema que nos rige es una tarea de fino equilibrio judicial y político, para evitar, por un lado, que la utilización de la enorme herramienta del control de constitucionalidad extrapole al Poder Judicial a la autoasignación de funciones propias de un posicionamiento de sacralización judicial, imponiendo su visión de las instituciones y asumiendo una actitud autopolítica de la organización constitucional; y, por el otro, asegurar que cumpla eficientemente con su misión de ser el último garante de la vigencia de las instituciones republicanas y los derechos fundamentales de la sociedad democrática.

Sin duda, al igual que sucedió con *Fayt*, en *Schiff- frin* se volverá a dividir a la doctrina y el fallo despertará una ola de apoyos y críticas en distintos sectores de la vida jurídica y social del país. Son las reglas del sistema que la sociedad felizmente ha elegido; y que todos responsablemente tenemos la misión de mantener y consolidar. ●

Cita on line: AR/DOC/931/2017

#### { NOTAS }

(26) La falta de mayoría se produce cuando no se ha logrado un pronunciamiento expreso y positivo de opiniones concordantes, CS, Fallos 321:1653.

(27) En general la doctrina no diferencia entre la falta de mayoría y la falsa mayoría, cuando se refieren al vicio de incongruencia, pues se habla de falta de mayoría englobando las dos formas bajo esa categoría. Entre las dos categorías existe una diferencia cualitativa. En el primer caso -falta de mayoría- los votos son discordantes en cuanto al mismo tema. En la “falsa mayoría” todos los votos deciden sobre cuestiones diferentes, pero en la sumatoria adquiere calidad de mayoría. Lo que sí puede-

mos afirmar es que ambas alteran la regla procesal de sentenciar, generando una incongruencia interna.

(28) Consid. 27 voto del Dr. Lorenzetti; 47º voto del Maqueda; y 25º voto del Dr. Rosatti.

(29) Consid. N°16 voto del Dr. Lorenzetti.

(30) Consid. N°26 voto del Dr. Maqueda.

(31) Consid. N°8 voto del Dr. Rosatti.

(32) Consid. N°10 voto del Dr. Rosatti.

(33) Consid. N°11 voto del Dr. Rosatti.

(34) CS, 23/09/94, “Pandolfi, Oscar c. Rajneri, Julio”, LA LEY, 1995-B, 517.

(35) Encuesta de *Poliarquía e Idea* citada en el artículo

periodístico de Eduardo FIDANZA, “Un país que se debate entre la posverdad y la sospecha”, diario La Nación, 1/04/17, p.35.

(36) Consid. N°26, tercer párrafo, del voto del Dr. Rosenkrantz.

(37) Hemos desarrollado estas tensiones en nuestro libro “Democracia v. Constitución. El poder del Juez Constitucional”, Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2012.

(38) Este tema despertó históricos y apasionados debates, como los que enfrentaron en su momento a Coke y Blackstone en la Inglaterra del siglo XVII; a Juan B.

Alberdi y Domingo F. Sarmiento, durante el siglo XIX en Argentina; o más recientemente en Alemania a Hans Kelsen y Carl Schmitt, a principios del siglo XX, que dio origen a los *Tribunales Constitucionales*. El tema mantiene mucha actualidad en la doctrina norteamericana a partir de la corriente del “constitucionalismo popular”.

(39) Ver por ejemplo los fundamentos de la Cámara Nacional Electoral desarrollados en el caso “Patti”, sentencia N°4207/06, 14/09/06, donde el Tribunal se asigna dicho carácter. En doctrina, entre muchas obras, GARGARELLA, Roberto, “La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial” Ed. Ariel, Buenos Aires, 1996.

## La doctrina de la Corte Suprema de “máxima deferencia” para la revisión judicial de reformas constitucionales

**SUMARIO:** I. Una cláusula renacida. — II. Hay doctrina judicial sobre el estándar de control de competencia de las convenciones reformadoras: “máxima deferencia”. — III. Sobre las relaciones entre poder constituyente originario, poder constituyente derivado, y poderes constituidos. — IV. No hay “derecho adquirido” al mantenimiento de un régimen constitucional. — V. El significado de la “inamovilidad” de los cargos judiciales. — VI. ¿Puede el poder constituido condicionar al poder constituyente? — VII. El proceso preconstituyente como una restricción potenciadora de la soberanía popular. — VIII. El riesgo contingente para otras reformas introducidas en 1994. — IX. La pertinencia de argüir sobre la razonabilidad de la medida. — X. ¿Hay contenidos “pétreos”? — XI. Hay doctrina sobre el valor del precedente.

### Gustavo Arballo

#### I. Una cláusula renacida

Entre muchas otras reformas, la Convención Reformadora de 1994 introdujo

una cláusula (el actual art. 99, inc. 4º, CN) que obliga a los jueces federales que cumplan la edad de 75 años o más, a tener un nuevo acuerdo (prorrogable por otros cin-

co años más) para poder continuar en el cargo.

Esta cláusula tenía el dudoso privilegio de ser la única norma constitucional que la Corte Suprema declaró inválida en su historia: así lo hizo el Tribunal supremo

en el conocido fallo “Fayt” de 1999 (1), y por ello estuvo inerte desde ese momento hasta ahora. Aunque el fallo fuera criticado fuertemente por parte de la doctrina (2); y de que dos jueces de la Corte Suprema (Belluscio y Zaffaroni) asumieron la limitación impuesta y se retiraron al cumplir la edad señalada, lo cierto es que —como destaca Rosenkrantz en el Considerando 28 de su disidencia en el fallo que comentamos— “es preciso resaltar el muy revelador hecho que desde la reforma constitucional de 1994 han transcurrido más de 20 años, lapso durante

## VIENE DE PÁGINA 5

el cual ninguna de las autoridades constitucionales que tuvieron la responsabilidad de liderar los destinos del país jamás realizó acción alguna para que los jueces que cumplieron 75 años cesen en sus funciones”.

Esa cláusula “nulificada” en 1999 tiene desde ahora también otro título exclusivo: podría conocerse como *la cláusula renacida* de la Constitución Nacional, recobrada súbitamente para el plano de lo vigente por “Schiffrin” desde 2017.

El caso plantea algunas cuestiones políticas y coyunturales, sobre todo porque en el lapso transcurrido desde 1999 se ha ido formando un stock de cargos de jueces que, con litigación o sin ella, asumían su cargo como vitalicio. Un moroso tránsito del expediente en la Corte Suprema (la causa estaba en condiciones de resolverse desde 2012) dilató la definición sobre el mantenimiento de la doctrina “Fayt”, agravando la situación.

Se desencadena entonces ahora en forma simultánea un cúmulo de vacantes que en condiciones normales hubieran debido tener su renovación natural y progresiva a lo largo de varios ciclos políticos, y que ahora quedan abiertas y deberán proveerse en uno solo. Y la inconsistencia que se presenta en la situación de estos magistrados como la de la Dra. Elena Highton, vicepresidente de la Corte Suprema, que presentó su propio recurso de amparo en contra de la aplicabilidad de la cláusula y obtuvo resultado favorable en primera instancia en febrero de este año, en decisión que quedaría firme al no apelar el Estado (similar situación se dio años antes con la acción iniciada con el juez Petracchi) y que obviamente ha motivado que esa jueza no diera su voto en este caso “Schiffrin”.

Quedan dudas sobre cómo sería el sistema concreto de implementación de la opción entre renovación y retiros, sobre qué órgano debería reglamentarlo (si el Ejecutivo o el Consejo de la Magistratura), y otras cuestiones propias de la transición que implicará la aplicabilidad “a futuro” de la cláusula.

Obviaremos aquí tratar tal tipo de disquisiciones y consideraciones, para pasar a aspectos conceptuales que encontramos destacables en el análisis de este fallo.

## II. Hay doctrina judicial sobre el estándar de control de competencia de las convenciones reformadoras: “máxima deferencia”

La cuestión ha dado lugar a trabajos de la doctrina como la polémica ya clásica entre Linares Quintana y Cueto Rúa que data de 1944 sobre la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma constitucional (3). En su faz judicial, no es que este tema haya estado ausente de la casuística de la Corte Suprema, ya que aparece citado y reinterpretado —en distintos sentidos— el *leading case* “Soria de Guerrero” de 1963 (4), que si bien rechazó el planteo de validez de una cláusula incorporada en 1957 (el art. 14 bis) admitió que ese control de competencias podría ser ejercido por el Po-

der Judicial “en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”. También se glosan y analizan otros casos más contemporáneos de reformas provinciales como “UCEDE c. Mendoza” (5), “Gascón Cotti” (6), “Ríos” (7), “Colegio de Abogados de Tucumán” (8); y, por supuesto, el precedente “Fayt” de 1999. Pero debe decirse que se trata de fallos que no tenían un *holding* tan articulado como el que presenta “Schiffrin”. Dicho sea de paso, ante una notable dispersión de fundamentos en los votos de la mayoría, celebramos la práctica de incorporar un apartado de “conclusiones comunes”, desgranadas en nueve “incisos”, lo que permite encontrar de modo práctico los puntos convergentes entre quienes resuelven el caso. (9)

En lo que aquí interesa, nos centraremos por ahora en el mandato de escrutinio bien estricto que postula que el Poder Judicial (poder constituido) realice el control de lo actuado por el órgano reformador asumiendo que debe a éste “la máxima deferencia... acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Magna Asamblea” (inc. c), bastardilla añadida). En caso de duda, completa el inciso, *debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente*.

Nótese que, a pesar de arribar a una solución diferente, no es conceptualmente muy distinta la opinión que al respecto vierte Rosenkrantz en su disidencia: “...en caso de no mediar *absoluta certeza* de que la Convención Reformadora actuó más allá de sus poderes, esta Corte debe pronunciarse por la validez de la reforma cuestionada” (Cons. 9º, bastardilla agregada). A *contrario sensu*, se entiende que toda duda plausible que se presente sobre si la Convención Reformadora deberá resolver por la validez de la reforma cuestionada.

El argumento es común entonces a los cuatro jueces que se pronuncian, pero no su consecuencia: Rosenkrantz entiende, efectivamente con certeza absoluta, que la Convención se extralimitó.

Idea que compartimos pues el texto constitucional de base incluía una cláusula de inamovilidad estricta —“conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”—, que no estaba habilitada para la reforma, y que fue alterada por la Convención con la introducción de un plazo etario. Frente a ello, asumir un alcance expansivo del término “designación”, conforme al cual ésta llevaría de suyo la posibilidad de incluir especificaciones sobre términos y condiciones aplicables al nombramiento nos parece un esforzado subterfugio que esconde un desvío de poder. El efecto de una designación se cumple cuando el candidato jura, y pretender que ella puede proyectarse a condicionar cosas que suceden después de ella exorbita claramente el concepto.

## III. Sobre las relaciones entre poder constituyente originario, poder constituyente derivado, y poderes constituidos

No nos sorprende que, pese a la similitud del canon interpretativo postulado, los vo-

tos mayoritarios y la disidencia estén sustentados en premisas distintas, y aquí señalaremos una diferencia de orden conceptual entre ambos.

En la visión de la mayoría permea la idea de que el poder constituyente, aun siendo derivado, tiene una legitimidad democrática-deliberativa específica.

— Lorenzetti dice que “se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de un órgano —como lo es la Convención Reformadora— que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia y conocimiento de que llevarán a cabo en forma inmediata y concreta la misión de reformar la Ley Fundamental” (Consid. 10).

— Maqueda postula que “las asambleas constituyentes resultan ser la máxima expresión de la soberanía del pueblo de la Nación Argentina” (Consid. 17), y las describe como fruto de “un consenso de altísimo grado democrático, producto de procesos electorales que permiten la más amplia expresión posible de la voluntad ciudadana” (Consid. 25).

— A su turno, Rosatti señala “la disímil jerarquía observable entre el poder constituyente (originario y derivado) y el poder constituido”; su acotación entre paréntesis hace expreso que la relación de subordinación que supone también se predica no sólo respecto del originario, sino también del derivado.

— Para Rosenkrantz, en cambio, “el control judicial de una reforma constitucional... no puede ser visto como un enfrentamiento entre poder constituido y poder constituyente derivado sino que debe ser concebido como un ejercicio que milita en defensa de la Constitución que, ni hoy ni nunca debemos olvidarlo, es la fuente común de la autoridad de ambos poderes” (Consid. 9º).

También aquí creemos que la postura correcta es en este punto la de la disidencia. El *poder constituyente derivado* implica una hibridación: es *constituyente* en esencia, pero *derivado* (y por ende condicionado) en sus facultades. Sin este condicionamiento, no habría posibilidad de reconocer la contingencia de un control judicial de los actos de la Convención Reformadora, algo que aun trabajando en un “angosto andarivel” (la gráfica expresión es del voto de Rosatti, Consid. 9º), es algo en que concuerdan todas las opiniones vertidas en la causa.

Una duda que queda a propósito de ello es cómo debería el Congreso de la Nación consignar las cláusulas que considera *habilitadas* para la reforma. La posibilidad más estricta es la de enumeración directa: señalar los “artículos” que pueden ser reformados. Sin embargo, esta posibilidad no puede resolver los casos en donde se va a incorporar contenido “nuevo” a la Constitución Nacional, y es por ello inaplicable.

La otra posibilidad es aceptar criterios “conceptuales”, en donde se enuncien junto

con la indicación de los artículos puntualmente reformables, ciertos “temas habilitados” para la reforma, lo que resuelve el problema anterior, pero genera la duda de qué ocurre si alguno de los temas habilitados intersecta o impacta en el texto de un artículo no incluido entre aquéllos susceptibles de reforma. Por la forma en que se resuelve “Schiffrin”, parece atinado concordar que sería válida para la Corte Suprema la opinión que daba el procurador Becerra en “Fayt” de 1999, punto XIV, al decir que “las modificaciones introducidas en los temas habilitados pueden afectar a los temas que no fueron expresamente incluidos —cuya modificación no se excluye expresamente— siempre que sean razonables y no se aparten de ellos o los modifiquen en forma ostensible”.

Al respecto puede razonarse que un estándar agravado de revisibilidad, como el que adopta “Schiffrin”, puede disminuir, pero no eliminar el problema de incertidumbre, prueba de lo cual es que el caso mismo deriva en dos posturas diferentes y en cuatro votos distintos emitidos por sendos jueces, tres de los cuales participaron en el proceso de reforma en cuestión (dos como convencionales, Rosatti y Maqueda, y uno como asesor, Rosenkrantz).

## IV. No hay “derecho adquirido” al mantenimiento de un régimen constitucional

Hay dos cuestiones importantes con respecto al cambio de situación de los jueces. La primera concierne al argumento de que quienes asumieron el cargo bajo la Constitución de 1853/60 tendrían una suerte de “derecho adquirido” al mantenimiento de su régimen y por ende no pueden ser afectados por la restricción ulteriormente introducida en el texto constitucional en 1994.

Este tema aparece resuelto —a nuestro juicio, de modo correcto— en el punto h) de las “conclusiones” comunes del fallo que comentamos, en donde se establece que el argumento resulta improcedente por “la consolidada y reiterada doctrina de este Tribunal de que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, se abonda cuando se trata de una reforma constitucional”.

La importante consecuencia de ello es que el límite de los 75 años será de aplicación general, pues el argumento le sería oponible también a un juez que haya jurado por la Constitución anterior a la de 1994, que no incluía esa exigencia de “nuevo acuerdo” (de hecho, ésa era la situación del actor en la causa, Leopoldo Schiffrin, que había asumido su cargo de camarista en 1987), posibilidad que era negada por parte de la doctrina. (10)

## V. El significado de la “inamovilidad” de los cargos judiciales

Hay otra cuestión que es importante, que concierne a si la “inamovilidad” de los jueces implica o no necesariamente el carácter potencialmente “vitalicio” de su cargo. El tema aparece tratado específicamente en el Considerando 36 del voto del

## NOTAS

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
 (1) CS, “Fayt, Carlos Santiago c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, del 19/08/99. Fallos: 322:1616 (1999).  
 (2) HERNÁNDEZ, Antonio M., (h.), “El caso ‘Fayt’ y sus implicancias constitucionales” en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Vol. XXVIII, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001.  
 (3) LINARES QUINTANA, Segundo V., “Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional”, *La Ley*,

Buenos Aires, 1944, t. 34, ps. 1153-1158; CUETO RÚA, Julio, “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?”, *La Ley*, Buenos Aires, 1944, t. 36, ps. 1100-1107.  
 (4) CS, “Soria de Guerrero, Juana Ana c. Bodegas y Viñedos Pulentá Hnos. S.A.”, Fallos: 256:556 (1963).  
 (5) CS, “Unión del Centro Democrático y otro c. Gobierno de la Provincia de Mendoza”, Fallos: 312:2110 (1989).  
 (6) CS, “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros s/institu-

cionalidad ley 10.859 y decreto 5766/89”, Fallos 313:594 (1990).  
 (7) CS, “Ríos, Antonio Jesús s/plantea nulidad parcial de la reforma constitucional - Medida de no innovar”, Fallos: 316:2743 (1993).  
 (8) CS, “Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad”, Fallos: 338:249 (2015).  
 (9) Las conclusiones comunes están en el Considerando 27 del voto ponente no identificado, que es el que co-

rresponde al Presidente de la Corte, y que para simplificar llamaremos “Voto de Lorenzetti” en este trabajo. El mismo considerando “común” se repite luego en el Considerando 47 del voto de Maqueda y en el Considerando 25 del voto de Rosatti.  
 (10) BADENI, Gregorio, “Constitucionalidad de la reforma constitucional”, *LALLEY*, 1998-D, 1204.

Juez Maqueda, que aprovecha para apuntar que el error que la Corte cometió en el caso “Fayt” estuvo precisamente allí: con la equiparación entre carácter inamovible y carácter vitalicio “no se mantuvo una hermenéutica respetuosa” del art. 110 de la CN, ya que “el análisis efectuado supuso una única interpretación del significado de la garantía del art. 110 cuando existen otras posibles”.

Rosatti explícitamente dirá que “la exigencia de estabilidad debe ser entendida como un requerimiento funcional destinado al adecuado cumplimiento de la magistratura y, en la medida que se encuentre garantizado tal aspecto, una condición como la establecida por el Constituyente (límite de edad) debe reputarse satisfactoria de los fines constitucionales enunciados” (Consid. 16), citando luego a Bidart Campos para decir que “el carácter vitalicio no es un elemento consustancial a la noción de inamovilidad ni un requisito constitutivo o estructural del Estado de Derecho y del sistema republicano” (11) (Consid. 18). De ello, concluye que la limitación de edad “no resulta incompatible con la inamovilidad judicial; dicho de otro modo, que los arts. 99, inc. 4º y 110 son compatibles desde un punto de vista lógico y jurídico”.

El fallo presenta pues una concordancia parcial en este punto, aunque debe decirse que tácitamente los otros jueces que componen la mayoría no encontraron conflicto evidente entre la estabilidad judicial como concepto y la limitación por edad de los jueces.

Nos preguntamos en qué medida esto termina siendo compatible con lo dicho por la Corte Suprema en el caso Iribarren de 1999 (12). Allí, en relación con una cláusula de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, la Corte expresó que “choca frontalmente” con el deber de asegurar la administración de justicia “una disposición que transforma en precaria la situación de los jueces que arriban a una determinada edad, sin limitación alguna en el tiempo, dejando en manos de los otros poderes provinciales la disposición de sus cargos”. Nótese que, en sentido estricto, en el caso de los jueces federales que cumplen 75 años no hay posibilidad de un emplazamiento precario, pues si la renovación no se les dio *ex ante* su mandato habrá concluido al cumplir esa edad, y si se lo dio habrá una inamovilidad también, sólo que temporalmente limitada al plazo de “renovación” de cinco años. La situación es distinta de los jueces que, conforme al art. 88 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, pierden su inamovilidad al alcanzar la edad requerida para obtener la jubilación ordinaria, lo que —como dijo la Corte Suprema en el fallo— los somete desde entonces “a una situación de marcada precariedad en el ejercicio de sus funciones, sujeta al arbitrio de otro poder del Estado provincial”.

En conclusión, aun bajo las pautas de “Schiffirin” la solución de “Iribarren” debería repetirse: lo que estaba en juego allí no era sólo la condición de la edad cumplida, sino el virtual cambio en la *naturaleza* del cargo que se producía como efecto.

## VI. ¿Puede el poder constituido condicionar al poder constituyente?

Hay consenso en que, siendo la Convención Reformadora un poder constituyente “derivado”, su rango de acción será, en efecto, correlato del espacio habilitado por otro poder constituido, toda vez que éste es el que fija los puntos susceptibles de reforma.

Dado que además debe *convocar* a la Asamblea, allí evidentemente fijará condiciones tales como el lugar, la composición de la misma, la forma y la fecha de las elecciones de convencionales, y la fecha de realización (en el caso de la ley 24.309 se estableció un tiempo máximo de su duración de 90 días, con la aclaración de que no podría prorrogar su mandato), todos aspectos en el que el art. 30 de la CN permanece silente. (13)

Aquí la pregunta pertinente es si el “qué” de la reforma podría extenderse a la potestad de predefinir el “cómo”, esto es, cuál sería su sentido.

Pues bien: los jueces que forman mayoría en “Schiffirin” convergen en establecer que es finalmente la Convención —y no el Congreso que la convocó— quien va a “determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para *definir el contenido* de las disposiciones constitucionales que modificará” (inc. b) de la conclusión común, bastardilla añadida).

El argumento se sustenta en demostrar por el absurdo, la falsedad de su opuesto. Adopta así una forma de “pendiente resbaladiza” asumiendo que la proyección del criterio estricto de “Fayt” —usamos las palabras del voto de Lorenzetti en el Considerando 12— “presenta consecuencias que, de generalizarse, demuestran claramente su impropiedad”. Allí se plantea que “si se llevara al extremo, permitiría que el Congreso de la Nación dictara una ley de necesidad de Reforma Constitucional, estableciendo el contenido de modo preciso, y la Convención sólo tendría la facultad de aceptarlo o no”. En sentido similar, Maqueda concluye (Considerando 22) que “no tendría ningún sentido que la Convención fuese un apéndice del Congreso, y que carezca de libertad para ejercer la función constituyente”.

De todo ello se desprende que los condicionamientos del pre-constituyente no tendrían efecto jurídico alguno, ya que la Convención puede obviarlos perfectamente mientras se mantenga dentro de las habilitaciones temáticas y sistemáticas que le confirió la ley declarativa de la reforma.

Y allí surge ciertamente el problema de la “Caja de Pandora”, señalado por varios comentaristas, en el sentido de que una Convención —a veces conformada por un criterio más plebiscitario sobre el convocante, que sustantivo sobre el sentido de la reforma— podría introducir elementos disruptivos o imprevisibles en el ordenamiento una vez que comienza a sesionar, sin posibilidad ulterior de control por parte de los poderes constituidos salvo que se replique el consenso agravado que impone el art. 30 de la CN.

Damos en pensar, en efecto, que la doctrina de no asumir con estrictez los poderes del pre-constituyente no sale gratis: tiene un costo altísimo en la dificultad logística o “probabilística” de concertación para futuras reformas, teniendo en cuenta la mayoría agravada que se requiere para coronar con éxito la fase preconstituyente. Más específicamente, una imposibilidad que aparece a la luz de esta hermenéutica es la de hacer “paquetes” de reforma que deban votarse en un sentido único, como sucedió en la experiencia del Pacto de Olivos, luego materializado en los arts. 5º y 6º de la ley 24.309 (14).

Expone Díaz Ricci que el proceso de 1994 en efecto puso en evidencia las falencias del sistema de reforma, debido a que las incertidumbres políticas sobre lo que luego resolvería la Convención llevó a buscar mecanismos de garantía. Así, mediante la cláusula de “voto en bloque” se buscaba que el acuerdo de los partidos que consensuaban la reforma sea cumplido en su totalidad, evitando que “se aprobaran los puntos de interés de la mayoría y quedaran sin tratar los que interesaban a la minoría”. Díaz Ricci reconoce, al cabo, que la ley 24.309 “llevó al extremo la lógica del art. 30”, y que “sólo mediante este “administrículo” pudo hacerse viable una reforma de tamaño envergadura que sin una ley de este tipo hubiera sido inconcebible”. (15)

Esta misma idea aparece recogida en el Considerando 17 del voto de Rosenkrantz, que valora positivamente la experiencia histórica de 1994, explicando que “(l)a necesidad de que los acuerdos políticos sean efectivamente honrados no es un desideratum conjeturado desde el cómodo lugar de la magistratura judicial sino que fue un objetivo concreto y largamente negociado del Partido Justicialista y de la Unión Cívica Radical (...) los que representados por sus presidentes acordaron el Pacto de Olivos que posibilitó el proceso de reforma constitucional consumado en el año 1994”.

Por lo expuesto, creemos que en este punto la Corte Suprema pudo haber tenido margen para contemplar con deferencia la funcionalidad de la práctica “preconstituyente” como una instancia deliberativa condicionante y necesaria para una mejor implementación y tránsito por los procesos de reforma constitucional.

## VII. El proceso preconstituyente como una restricción potenciadora de la soberanía popular

A propósito de ello, una interesante idea está captada en la disidencia de Rosenkrantz, Considerando 11, y merece ser vista con especial atención. Rosenkrantz arguye que el hecho de que el Congreso tenga el poder de establecer restricciones a las convenciones reformadoras puede verse no como un menoscabo de la soberanía popular que éstas representan, sino como un mecanismo que las dota de mayor potencia. Su argumento es que la Constitución Nacional al adoptar el régimen de reforma del art. 30, con el requisito de una declaración de necesidad dado por una mayoría calificada (dos tercios de los miembros del Congreso) garantiza que el proceso sólo sea iniciado

“cuando exista un amplísimo consenso”. Asimismo, dice, “el mecanismo ideado por la Constitución permite que el pueblo de la Nación participe dos veces en el proceso de reforma: primero, a través de sus representantes legislativos en el Congreso, identificando qué es lo que será objeto de reforma, y luego a través de los convencionales constituyentes que el pueblo decida elegir, consagrando la reforma que éstos le propongan en sus respectivas campañas electorales”.

El argumento nos seduce y podemos agregarle otra ventaja colateral. Así como puede potenciarla a la luz de ese “doble conforme” (con un primer paso que lleva mayoría agravada, y otro que incluye una votación *ad hoc* de representantes para conformar la Asamblea Constituyente), entendemos que también le permite un ejercicio más ordenado, “enfocado” y previsible, y por ello, de mayor valor epistémico.

## VIII. El riesgo contingente para otras reformas introducidas en 1994

Los votos de mayoría sostienen *inter alia* que con la aplicación del criterio Fayt, todas las reformas de la Convención de 1994 estarían en riesgo: los jueces aprovechan al respecto para señalar cláusulas esenciales en materia de derechos, introducidas en esa ocasión, y para ponderar su relevancia. El problema no terminaría con lo estrictamente textual, pues el argumento luego avanza con la observación de que también quedaría desprovista de sustento también la copiosa (y muy ponderable) jurisprudencia que el Tribunal ha desarrollado a partir de las nuevas disposiciones.

La preocupación es legítima, pero el efecto dominó o de “pendiente resbaladiza” que se propone no está bien sustentado. Basta con decir, como dice el Considerando 26 de la disidencia de Rosenkrantz, que en una lectura razonables los arts. 2º y 3º de la ley 24.309 “no dan pie para invalidar ninguna de las otras reformas introducidas por la Convención”, y que “por el contrario, estos artículos sí otorgan justificación y legitimidad constitucional al resto de las reformas introducidas en el año 1994”.

## IX. La pertinencia de argüir sobre la razonabilidad de la medida

Otra línea argumental adoptada por la mayoría en favor de la cláusula es la que sostiene la razonabilidad de la medida de restricción del cargo judicial por razones de la edad, o —vista desde el revés, como lo hace Rosatti en el Consid. 11: “no aparece como notoriamente irrazonable”— la ausencia de arbitrariedad manifiesta en tal cláusula.

Aquí también cabe entender que —como es regla en el derecho— la razonabilidad de un acto no purga su vicio de incompetencia. Como dice Rosenkrantz en su disidencia, Considerando 27: del hecho de que la reforma del art. 86, inc. 5º no tuviera objetivos persecutorios, ni pretendiese debilitar la independencia del Poder Judicial, no puede en modo alguno seguirse su validez pues es

CONTINÚA EN PÁGINA 8

## { NOTAS }

(11) BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, en *La reforma constitucional de 1994*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 449.

(12) CS, “Iribarren, Casiano Rafael c. Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa”, Fallos: 322:1253 (1999).

(13) Sagüés ha distinguido entre el “poder de declaración”, cuando el órgano preconstituyente sólo decide abrir el proceso constituyente, del “poder de regulación”, cuando, además de declarar la necesidad de re-

forma, el órgano preconstituyente tiene la facultad de disciplinar todo o parte de la gestión del poder constituyente. En el caso de la Constitución Argentina, este autor entiende que cuando el art. 30 puntualiza que los cambios constitucionales se hacen “por una convención convocada al efecto”, la atribución de “convocar” parece comprender la de regular tal convocatoria. Cf. SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 123.

(14) El art. 5º de la ley 24.309 establece que: “La Con-

vención podrá tratar en sesiones diferentes el contenido de la reforma, pero los temas indicados en el artículo 2º de esta ley de declaración deberán ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará 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”. Por su parte, el art. 6º de la ley 24.309, dispone que “Serán nulas de nulidad absoluta todas las modifi-

caciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración”.

(15) DIAZ RICCI, Sergio, “La reforma de la Constitución”, en SABSAY, Daniel (dir.) - MANILI, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 1145-1190, en ps. 1175-1176.

## ● VIENE DE PÁGINA 7

una verdad constitucional de primera magnitud, que los jueces debemos acatar, que no todo lo que encontramos deseable o razonable es legal o constitucional”.

Con ese criterio, cualquier reforma plausiblemente funcional y sensata podría ser introducida por el convencional. Dado que no se puede interpretar la potestad de la convención reformadora de tal modo, cabría empero asumir una versión más tenue de ella, que discurriría del siguiente modo: la “razonabilidad” de la cláusula incluida puede ser ponderada como un indicador relevante para estar por su validez en caso de duda.

## X. ¿Hay contenidos “pétreos”?

Ciertamente no los hay definidos en la letra del art. 30 de la CN, que permite que la Constitución sea cambiada *toda o en parte*. Es así que entonces no aparece literalmente ningún elemento que esté *prohibido* reformar. Sin embargo, varios autores han postulado la existencia de contenidos “pétreos” —o, como propicia Loewenstein en aras de la precisión terminológica, “intangibles” (16)— que no podrían ser reformados. Por citar un ejemplo, Bidart Campos entendía como tales contenidos “pétreos” a la forma de Estado *democrático*, la forma de Estado *federal*, la forma *republicana* de gobierno, y la *confesionalidad del Estado*. (17)

Luego, Colombo Murúa ha realizado al respecto una defensa de las cláusulas “pétreas” basada expresamente en el término “reforma” de la Constitución Nacional, una idea en base a la cual la reforma no es conciliable con la supresión o la susti-

tución completa. “Si no se mantiene una sustancia última, un sujeto del cambio, no podrá hablarse de modificación, pues no existirá ningún elemento que nos permita identificar como ‘lo mismo’ a aquello que ha imitado. (...) Cuando una supuesta ‘reforma’ ignore esas notas definitivas, lo que estará operando, en realidad, será, lisa y llanamente, una supresión de la Constitución por medio de un proceso ilegítimo (y no un proceso estrictamente jurídico de ‘reforma’). (...) Por ejemplo, cuando mediante un procedimiento formal se estipule un régimen autoritario que desconozca ciertos derechos fundamentales de las personas, estaremos por afuera del marco conceptual que requiere la institución de ‘reforma constitucional’ para configurarse”. (18)

Dado el alcance amplio del *holding* de “Schiffrin”, cabe preguntarse si el fallo incluyó entonces alguna precisión —aunque sea a título de *obiter dicta*— sobre esta cuestión.

Pues bien, en el fallo, en comentario, la doctrina de los contenidos “pétreos” aparece en efecto, pero sólo en el voto del Juez Lorenzetti, Consid. 7º, punto f), que dice “que la Convención Constituyente representa la voluntad del pueblo, pero, en un estado constitucional de derecho, está limitada por el contenido pétreo de la Carta Magna”, agregando que “una Convención futura no podría derogar la estructura básica del sistema de poder constitucional ni los derechos humanos ya consagrados”.

Luego, el tema no es desarrollado en los otros dos votos de mayoría, ni en la disidencia. En este contexto, cabe suponer que no hay todavía consenso sobre la posibilidad de identificar un material

normativo “intangible” en nuestra Constitución (el hecho de que los otros votos no incluyan la referencia que hace Lorenzetti no implica necesariamente que la entiendan incorrecta, puesto que puede asumirse que simplemente era inatingente referirse a esa cuestión al resolver el caso).

## XI. Hay doctrina sobre el valor del precedente

Dejamos para el cierre este tema que es ajeno al control de lo actuado por la Convención Reformadora, pero es un tópico recurrente en la teoría constitucional: el de la vinculatoriedad “horizontal” (vale decir, la repetición en el tiempo o *stare decisis*) de los fallos de la Corte Suprema.

Como es sabido, “Schiffrin” es una abierta revocación de “Fayt”. Lorenzetti dice al respecto en el Considerando 6º que toda vez que exista un precedente, razones de seguridad jurídica imponen “la carga argumentativa de explicar por qué habría que modificarlo”. Más adelante, en el Considerando 7º, dirá que “el precedente de la Corte Suprema tiene un valor que obliga a ser seguido y respetado, salvo que exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente”. Y luego, en el Considerando 9º, especifica que “la carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada” (y, a propósito de ello, tomará la precaución de aclarar que numerosos casos de precedentes abandonados o sustituidos en la jurisprudencia reciente de la Corte se deberían al cambio sustancial que implicó para el ordenamiento constitucional la reforma de 1994).

Maqueda adopta al respecto una visión algo menos exigente. Dice en su Consid.

9º, que si bien en principio sus propios precedentes deben respetarse, “no es menos cierto que en numerosas ocasiones ha revisado su propia doctrina sobre la base de admitir que la autoridad de los precedentes debe ceder, especialmente en materia constitucional, ante la comprobación del error o de la inconveniencia de las decisiones anteriormente adoptadas sobre la cuestión jurídica en debate”. En similar sentido se pronuncia el voto de Rosatti (Consid. 9), para quien la regla del precedente “no es absoluta ni impide la modificación de la jurisprudencia cuando existen causas suficientemente graves o median razones de justicia, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión que no decide seguirse”.

Finalmente, la disidencia de Rosenkrantz (Consid. 28) expone un criterio de *stare decisis* agravado para “casos como el presente donde se juzga nada más y nada menos que la validez de una reforma constitucional”, en los que propicia aplicar “un respeto más riguroso hacia las decisiones que esta Corte ha adoptado en el pasado”.

Por irónico que parezca, entonces, el fallo que cambia un elemento central de la jurisprudencia constitucional más importante de la Corte contemporánea es también un fallo que predica unánimemente la bondad de la continuidad y la estabilidad, inconsistencia que en el criterio de los votos mayoritarios se salda al denunciar “Fayt” como un desvío incorrecto y “Schiffrin” como la vuelta a la tradicional —y correcta— doctrina limitacionista de “Sorria de Guerrero”.

De lo cual nos queda el siguiente corolario, que exponemos sólo a título descriptivo, sin pretensión de originalidad, y sin ironía alguna: *los que tienen fuerza vinculante son los precedentes correctamente decididos, y no los demás.* ●

## { NOTAS }

(16) LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, p.189. Citado en ZIULU, Adolfo G., “Derecho Constitucional”, Ed. Depalma,

Buenos Aires, 1997, t. I, p.69.

(17) BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, cit., t. I, p.379.

(18) COLOMBO MURÚA, Ignacio, “Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p.249.

Cita on line: AR/DOC/930/2017

## ¿Cambió la jurisprudencia o la cuestión sigue abierta?

SUMARIO: I. Introducción.— II. Características y alcance del fallo.— III. Otras consideraciones sobre la sentencia.— IV. El voto en disidencia y la buena doctrina.— V. Consideraciones finales.

Alberto R. Dalla Via

## I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación acaba de pronunciarse, con fecha 28 de marzo pasado, sobre un tema de gran trascendencia institucional como el de la edad en la que los jueces federales deben dejar sus cargos, estableciendo —el voto de la mayoría, integrado por los Doctores Lorenzetti, Maqueda y Rosatti— que dicho límite se ubica en los 75 años de edad, momento en que se deberá requerir de un nuevo acuerdo del Senado por cinco años, repitiéndose dicho requisito por igual período conforme lo establece el inciso 4º del artículo 99, incorporado por la reforma constitucional de 1994.

Para así decidir, el voto mayoritario se apartó de su jurisprudencia anterior establecida en el caso “Fayt” (1), donde se declaró la nulidad de la reforma que establecía un tope a la edad de los jueces federales, al considerar que se había excedido el límite de la ley 24.309, declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional. En su momento, el tema suscitó controversias de carácter político al tratar la sentencia sobre la situación de uno de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el caso “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa” (2), que comen-

tamos, no intervino la vicepresidente del Alto Tribunal, Doctora Helena Highton de Nolasco, quien obtuvo un amparo favorable sobre su situación personal, que no fuera recurrido por el Poder Ejecutivo Nacional.

El voto en disidencia del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz alude indirectamente a esa cuestión, en su parte final, cuando afirma en el considerando N° 28, última parte, que: “En este punto es preciso resaltar el muy revelador hecho que desde la reforma constitucional de 1994 han transcurrido más de 20 años, lapso durante el cual ninguna de las autoridades constitucionales que tuvieron la responsabilidad de liderar los destinos del país jamás realizó acción alguna para que los jueces que cumplieron 75 años cesen en sus funciones”.

## II. Características y alcance del fallo

Se trata de una sentencia declarativa que se compone de tres votos particu-

lares, toda vez que el voto mayoritario aparece firmado por el Presidente de la Corte, Dr. Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto); en tanto que el voto del ministro Dr. Juan Carlos Maqueda comparte los considerandos iniciales (1º a 5º) del primero, para después desarrollar también un voto particular, criterio que también siguió el ministro Rosatti al compartir los considerandos 1º a 5º con los jueces preopinantes, para después desarrollar su propio voto particular.

Las primeras consideraciones que cabe hacer giran en derredor de cuestiones de interpretación constitucional, especialmente cuando se trata de un cambio importante de jurisprudencia, como ocurre en este caso. La tradición europea continental se enmarca en la unanimidad de las decisiones de los tribunales colegiados —aun cuando esto se ha morigerado en los últimos años— en tanto la tradición anglosajona ha sido más amplia al admitir los votos particulares y los votos en disidencia, ya que pueden promover un debate democrático que sea base para cambios posteriores en la doctrina del Tribunal.

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(1) Fallos: 322:1616.

(2) CSJ 159/2012-48-8/CSI.



En la historia de nuestra Corte Suprema algunos votos individuales han marcado importantes líneas argumentativas, como fue el caso del ministro Dr. Luis María Boffi Boggero o del propio ministro Dr. Carlos Santiago Fayt; sin embargo, los altos tribunales suelen poner especial cuidado en la construcción de mayorías, cuando se trata de fundar una nueva jurisprudencia en casos institucionales de gran trascendencia, como la Suprema Corte de los Estados Unidos (país que sigue la tradición del *common law*) que suele argumentar especialmente los cambios de criterio del Alto Tribunal con mayorías que sean suficientemente holgadas para fortalecer su posición.

Los votos particulares no eran una costumbre frecuente en nuestra Corte Suprema y cuanto más atrás se vaya en el tiempo será un interés institucional por los votos unánimes, dejando conocer las disidencias cuando la cuestión así lo exigiera por la naturaleza del asunto y la necesidad de algún magistrado de dejar a salvo su doctrina.

Fue durante la década de los '90 cuando se incrementaron los votos particulares de los jueces especialmente en temas de interpretación de la reforma del '94; y uno de los paradigmas fue el caso "Urteaga", mediante el cual la Corte Suprema habilitara la garantía del *habeas data*, pero donde sus jueces desarrollaron distintos argumentos y distintos enfoques.

El problema se plantea cuando —como en el caso— no hay una parte dispositiva formal que marque con rigor los alcances de la decisión. Hay sí, una síntesis de los argumentos de los integrantes de la mayoría (consid. 27 voto del Dr. Lorenzetti, consid. 47 voto del Dr. Maqueda y consid. 25 del voto del Dr. Rosatti). Es en tales considerandos en donde se reúne el fallo de la mayoría y a cuya lectura nos remitimos *brevitatis causæ*, pero, más allá de esa síntesis, los argumentos particulares no son idénticos ni coincidentes en todos los puntos.

La parte dispositiva del fallo señala que "Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (artículo 16 de la ley 48), sin que la presente declaratoria afecte la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la publicidad de este pronunciamiento".

En el voto particular del Dr. Horacio Rosatti se hacen consideraciones con respecto a la aplicación temporal de la cláusula reformada en 1994, con relación a los jueces de manera independiente en que hayan jurado o no por la reforma de 1994.

Entendemos que la formulación dejó cuestiones que aún deberán ser aclaradas, tanto con respecto a la situación del actor, el Dr. Leopoldo Schiffrin, como a la de muchos otros magistrados del fuero federal.

### III. Otras consideraciones sobre la sentencia

La relación entre el *poder constituyente* y el *poder constituido* es una de las aristas más difíciles y complejas de la teoría del Derecho constitucional y, por lo tanto, debe ser analizada con la prudencia y equilibrio propios de la función que la Constitución le ha encomendado al Poder Judicial. El *poder cons-*

*tituyente reformador es poder constituido* de segundo grado y debe ceñirse al principio de la lógica de los antecedentes. Es de ese modo como debe desenvolverse la actuación de la *convención constituyente*; se trata de un marco estricto, delimitado por una ley del Congreso, como la 24.309. La actuación del Congreso, si bien ha sido calificada por "Sánchez Viamonte" como *acto preconstituyente*, integra el proceso de reforma constitucional, toda vez que así lo establece el propio art. 30.

De allí resulta que la actividad de la *convención* al momento de ser analizada por el Poder Judicial de la Nación deba ser vista con el "prisma" de lo jurídico y no con el "prisma" de lo político (3).

De lo contrario realizar un análisis político de la actuación de la *convención constituyente* nos lleva sólo hacia el debate de la naturaleza de la *convención*; y si admitiéramos su carácter político, nos internamos en el camino hacia el *poder constituyente originario* o *revolucionario*. Al pensar nuestra propia historia no escapa al recuerdo considerar "soberana" a la Asamblea Constituyente y donde sólo el límite inflexible del Derecho permitió evitar los males que conducen hacia la anarquía.

La nueva doctrina mayoritaria se explicita especialmente en los apartados c) y g) de la parte en común de los tres votos particulares que forman la mayoría. El punto c) señala que "El nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una *convención constituyente* debe adoptar la máxima "deferencia" hacia el órgano reformador, conforme el alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Magna Asamblea"; y que en caso de duda, debe optarse por la plenitud de la *convención constituyente*.

En el punto g) "La doctrina utilizada en el caso 'Fayt' debe ser abandonada y sustituida por un nuevo *standard* de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo, según lo establecido en el punto c)".

Claro está que esta nueva doctrina de la Corte debe ser armonizada con sus propios precedentes en la materia y no por ello soslayar su carácter de intérprete supremo donde a la hora de decir el Derecho, debe tener en cuenta la supremacía de la Constitución, tanto más cuando el texto es claro y no admite dudas. Así el artículo 22 sigue señalando con claridad que "...el pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes y autoridades creados por esta Constitución".

Resulta llamativo en el lenguaje utilizado por la Corte la expresión "deferencia", sinónimo de "cortesía", que tiene uso diplomático en las relaciones exteriores, respondiendo en general a un impulso de carácter voluntario y no compulsivo ni obligatorio, como el que aquí se impone a los jueces seguir.

Otra consideración a tener en cuenta es que dos de los ministros que integran el Alto Tribunal fueron convencionales constituyentes: el Dr. Juan Carlos Maqueda y el Dr. Horacio Rosatti, ambos de muy destacada actuación; sus votos particulares se enriquecen con las menciones referidas a una reforma, la más amplia e importante de nuestra historia.

La doctrina constitucional no reconoce al legislador constituyente el carácter de "intérprete auténtico" que a veces aparece en otras normas jurídicas (vg. la intención del

legislador); la Constitución, como se sabe, se interpreta a través de las leyes que reglamentan su ejercicio (artículo 14) y de otras disposiciones normativas infraconstitucionales, aun cuando los debates de la *convención* rescatan un muy importante valor histórico, motivo por el cual las intervenciones de aquélla deben ser analizados en el rol de jueces del Alto Tribunal, misión que supo desempeñar también uno de los redactores de la Constitución histórica José Benjamín Gorostiaga, quien fuera llamado a integrar la Corte en los primeros tiempos.

### IV. El voto en disidencia y la buena doctrina

El voto en disidencia del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz se mantiene en la buena doctrina sobre el control judicial del *poder constituyente derivado* como *poder constituido*, o si se quiere, también como "poder constituyente constituido" en la expresión de Sánchez Agesta.

Señala con toda claridad que la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma solamente habilitó modificar el mecanismo para la designación de los jueces federales y de ningún modo autorizó a modificar la duración del mandato que se encuentra regulada en otro capítulo y que es vitalicio (ex artículo 96 actual 110). Critica el magistrado disidente la compleja interpretación realizada por la mayoría para salir de ese cauce.

En su voto, reivindicó la línea argumental de la Corte en el caso "Fayt" sosteniendo la necesidad de mantener la jurisprudencia en el tiempo. En todo caso, agregamos nosotros, hubiera sido esperable del Alto Tribunal una mayor argumentación y fundamentación jurídica de ese cambio de jurisprudencia.

Ha enseñado muy bien Spota que el *poder constituyente es poder político que se juridiza al normarse* y que la sanción de la Constitución representa el momento del tránsito desde lo político a lo jurídico. Ello así, porque mientras lo característico de lo político es la discrecionalidad, lo jurídico se define por su acatamiento al principio de la lógica de los antecedentes (4). La ley de oro de la política es que siempre alguien manda y siempre alguien obedece, pero la legitimidad del poder depende del sistema de creencias que adopte una determinada comunidad. En el Estado de Derecho la legitimidad depende del acatamiento de las normas a la Constitución y la legitimidad de la Constitución descansa en el *poder constituyente* que le sirve de fundamento.

El *poder constituyente derivado*, en cambio, es poder de segundo grado; y no deriva del ejercicio del poder político en sentido puro, sino de su acatamiento al mecanismo previsto por la propia Constitución. Algunas constituciones pueden reformarse por el mismo sistema en que se reforman las leyes comunes u ordinarias. Son las llamadas "constituciones flexibles"; otras, en cambio, requieren de un sistema especial para reformar la Constitución como, por ejemplo, una *convención especial* convocada al efecto. Son las llamadas "constituciones rígidas".

Las *constituciones rígidas* son poco comunes y un ejemplo es la Constitución de la Nación Argentina, merced al mecanismo especial que establece el artículo 30, es decir, que debe haber una mayoría especial en cada una de las cámaras del Congreso para sancionar la ley declarativa de la necesidad de la reforma y *a posteriori* debe convocarse una *convención especial* que deberá reformar la Constitución. Se debe a James Bryce la clasificación de las constituciones en *rígidas* y *flexibles*.

Es decir, conforme lo enseña Spota, el *poder constituyente derivado* es siempre de segundo orden, como ocurre con los poderes

constituyentes provinciales que deben seguir el principio de la lógica de los antecedentes sin contravenir los límites del art. 5º, Const. Nac., y es también *poder constituyente derivado* el *poder constituyente reformador* cuando se trata de la Constitución Nacional, que debe en todos los casos respetar el mecanismo del art. 30.

Una de las cuestiones que ha debatido la doctrina es si la convocatoria a la *convención* y la declaración de necesidad de la reforma es un acto legislativo o de naturaleza política del Congreso, que integra el mecanismo de reforma como acto complejo. Nos ubicamos entre quienes consideran que la voluntad del Congreso se expresa por leyes, tanto más cuando las cámaras intervienen separadamente; en tanto que Sánchez Viamonte se ubica entre los autores que han entendido la declaración de necesidad de la reforma como acto político del Congreso.

La cuestión no es menor, porque lleva al punto sobre si es revisable judicialmente el mecanismo de la reforma constitucional. En 1957, en el caso "Soria de Guerrero", la Corte señaló que el contenido de la reforma era una cuestión política no justiciable, aunque quedaba bajo el control de la Corte la revisión del cumplimiento de los procedimientos de manera regular.

### V. Consideraciones finales

La sentencia presenta cuestiones novedosas en cuanto a la conformación de la mayoría y a la parte dispositiva del fallo, también en cuanto al lenguaje y algunas otras novedades, como la cita que hace el ministro Horacio Rosatti, en la última parte del consid. 20, de un autor vivo, el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, actual Presidente de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. La Corte no suele citar autores vivos, porque la doctrina puede variar pero, en este caso, el gran prestigio de Vanossi como constitucionalista da fundamento a esa cita.

Creemos que uno de los problemas que originó el caso "Fayt" es que declara "nula" una disposición de la reforma constitucional; en el Alto Tribunal se podía haber elegido ahondar en el carácter de esa cuestión formal.

Sigue pendiente la cuestión de separar entre los jueces mayores de 75 años designados antes de la reforma y los posteriores, toda vez que estos últimos juraron por el texto de la Constitución reformada, criterio que representa una importante cuestión a considerar.

Se ha dicho en la doctrina que los jueces que integran el Alto Tribunal deben tener una mirada "política": a decir de Morello, una mirada que debe dirigirse al horizonte del espectro jurídico, saliendo de la casuística propia del expediente, más adecuado a los jueces de las instancias inferiores que deben apegarse al silogismo. Sin embargo, los jueces deben argumentar y fundamentar sus decisiones alejándolas de criterios discrecionales; de manera que completan el sistema democrático con el estricto apego al Derecho de sus decisiones. En el caso y tratándose de una cuestión de tan gran trascendencia institucional, como lo es una reforma constitucional, donde en el punto de choque del mundo de la política (en donde el arbitrio es la regla) con el mundo de lo jurídico (en donde rige el principio de la lógica de los antecedentes) los jueces podrían haber elegido estar más cerca de Kelsen que de Rousseau, para analizar las relaciones entre *poder constituyente* y *poder constituido*, conforme a nuestra práctica jurisprudencial en la materia. ●

### { NOTAS }

(3) SPOTA, Alberto Antonio, "Lo Político, Lo Jurídico, El Derecho y el Poder Constituyente", Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

(4) SPOTA, Alberto Antonio, "Lo Político, Lo Jurídico, El Derecho y el Poder Constituyente", Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

# El control de constitucionalidad de la reforma constitucional y la aplicación efectiva del art. 99.4 de la Constitución argentina

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Control de constitucionalidad y reforma constitucional. — III. La aplicación del art. 99, inc. 4 de la Constitución Nacional. — IV. A modo de conclusión.

*Andrés Gil Domínguez*

## I. Introducción

La mayoría (1) de la Corte Suprema, conformada por tres votos concurrentes en la causa “Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa” (2), abandonó y sustituyó el estándar del control de constitucionalidad de una reforma constitucional que desarrolló la Corte Suprema con otra composición en el precedente “Fayt” (3). En tanto la minoría (4), decidió mantener íntegramente el estándar constitucional del caso “Fayt”, y a la vez, lo actualizó con nuevos argumentos.

Cabe recordar que en el caso “Fayt”, la Corte Suprema resolvió declarar la nulidad de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4, párrafo tercero, por considerar que la Convención Constituyente se había extralimitado en las facultades establecidas por la Asamblea Preconstituyente, por cuanto no estaba ni expresa o implícitamente previsto en la ley 24.309 que pudiera modificarse el carácter vitalicio del cargo de los jueces y juezas federales.

## II. Control de constitucionalidad y reforma constitucional

En el caso “Schiffrin”, la mayoría y la minoría de manera coincidente, con distintos matices en torno al grado de intensidad, mantuvieron el estándar expuesto en el caso “Fayt” sobre la procedencia del control de constitucionalidad de una reforma constitucional. Por ende, el caso “Schiffrin” consolidó la facultad del Poder Judicial de revisar mediante el control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

La mayoría concurrente estableció un estándar basado en un criterio de deferencia amplio y extensivo de las facultades que titulariza una Convención Constituyente acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que ostenta como representante de la voluntad soberana del pueblo, y que en caso de duda, el Poder Judicial siempre debe optar a favor de las modificaciones introducidas por el órgano reformador.

Lorenzetti propone un control de constitucionalidad formal (cuando se demuestre categóricamente que existe una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente) y sustancial (cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional o los derechos fun-

damentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución) (5). Al ampliar la segunda forma de control, el voto de Lorenzetti, en primer lugar, sostiene que los derechos humanos que forman parte de los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos (IIDH) que tienen jerarquía constitucional son “inderogables” y constituyen un límite a una Convención Constituyente (6). En segundo lugar, expresa que existen “principios fundantes del Estado de Derecho que integran el contenido pétreo de nuestra Ley Fundamental” (7). En tercer lugar, invoca una serie de autores y de teorías que se contradicen entre sí. Ahora bien, los IIDH no son inderogables puesto que el art. 75.22., segundo párrafo de la Constitución Nacional permite que sean denunciados por el Estado argentino, y de este manera, retirados de la regla de reconocimiento constitucional local. Tampoco existen contenidos normativos pétreos en nuestra Constitución. Bidart Campos cuando defendía la existencia de ciertos contenidos pétreos lo hacía sobre la base de considerar que su imposibilidad de abolición (pero sí de reforma) provenía de la fisonomía de una determinada estructura social y que si ésta cambiaba el “contenido pétreo” dejaba de serlo. (8)

Maqueda, propone un control de constitucionalidad que procede “en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley” (9). El escrutinio judicial debe partir de la premisa según la cual la soberanía popular otorga a los procesos de reforma constitucional el más alto nivel de legitimidad que la democracia representativa reconoce (10) y sólo podrá invalidarse la actuación del Poder Constituyente en el marco de un proceso de reforma constitucional si se corrobora una clara y manifiesta violación de las facultades que le fueran atribuidas mediante la verificación de una inconcebible incompatibilidad entre la habilitación conferida y la actuación del constituyente. (11). La postura de Maqueda es clara puesto que propone un control de constitucionalidad de la reforma constitucional formal y excepcional.

Rosatti, comienza su exposición argumental sugiriendo dos caminos posibles respecto del control de constitucionalidad de una reforma constitucional: la imposibilidad y la excepcionalidad (12). Respecto de este último, distingue entre el control formal de los procedimientos de reforma establecidos por la Constitución Nacional y el control sustancial sobre lo decidido por la Convención Constituyente (13). El control formal procede solamente cuando el impugnante demuestre la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e

indispensables que condicionan la creación de la ley (14). El control sustancial permitiría indagar si la cláusula aprobada por el Constituyente: a) Se desprende o no de las facultades otorgadas por la ley habilitante; b) Si es en sí misma irrazonable; y c) Si colisiona con el texto constitucional considerado como un sistema (15). En cualquier caso los jueces deben evitar ejercer un control predominantemente político e incidentalmente jurídico para ponderar al trabajo del órgano reformador (16). El problema de la postura argumental de Rosatti es que el carácter descriptivo que utiliza es más propicio para un artículo de doctrina que para una sentencia. Al final de cuentas no queda lo suficientemente claro el alcance o intensidad del estándar elaborado.

La minoría en cabeza de Rosenkrantz propone un control de constitucionalidad que tiene por objeto verificar la regularidad de los procesos de reforma constitucional (nacional y provincial) (17), de naturaleza excepcional (18) y que no puede ser visto como un enfrentamiento entre poder constituido y poder constituyente derivado sino que debe ser concebido como un ejercicio que milita en defensa de la Constitución Nacional que es la fuente común de la autoridad de ambos Poderes (19). La actuación del Congreso Nacional como órgano preconstituyente y las restricciones que se imponen a una Convención Reformadora no constituye un obstáculo al poder constituyente derivado puesto que dichas restricciones potencian la soberanía popular (20). En este punto, Rosenkrantz sostuvo:

“Si en la tarea de reformar la Constitución Nacional, la Convención no estuviera restringida por la declaración efectuada por el Congreso, el pueblo de la Nación vería reducida su aptitud para determinar qué es lo que, en última instancia, formará parte de la Constitución bajo la cual deberá vivir. De esa manera, su soberanía se vería limitada. En efecto, si la Convención ignorara los límites impuestos por la declaración de la necesidad de reforma no sólo se burlaría ‘la competencia y la calificación de la mayoría del Parlamento prevista en la Constitución’ sino también ‘el voto del electorado que tuvo en cuenta la declaración de ese órgano al elegir los miembros de la Convención’ (...).” (21)

Una interpretación de la Constitución y de la declaración de necesidad de reforma apegada a sus textos no es un artilugio para dificultar o anular el juego democrático, del cual sin duda depende el bienestar de los argentinos. Se trata de la mejor manera de facilitar los acuerdos políticos de los que dependen las reformas constitucionales futuras, necesarias para que la Constitución, sin perder su estabilidad, pueda ser actualizada a las necesidades de los tiempos. Si somos fieles al tex-

to de lo dispuesto por el Congreso, validando únicamente las reformas constitucionales explícitamente habilitadas, brindaremos a nuestros representantes los necesarios reaseguros de que los acuerdos a los que se arrije en el Congreso de la Nación para reformar la Constitución Nacional serán siempre honrados por las convenciones reformadoras por venir. La política, en realidad, se vería afectada si se validaran reformas no autorizadas por el Congreso, lugar en el que, por excelencia, la política —incluso la de la reforma constitucional— debe llevarse a cabo. Por otro lado, la protección de la Constitución nunca puede ser entendida como un acto en contra de la política. Antes bien, la política, tal como lo ha enfatizado la Corte Suprema, tiene la “obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional” (Fallos: 336:1756, Considerando 15). (22)

La mayoría y la minoría difirieron respecto del alcance de las facultades otorgadas por el Congreso de la Nación a la Convención Constituyente al sancionar la ley de necesidad de reforma constitucional (ley 24.309).

El punto debatido fue el alcance de los artículos 2.c y 3.F que habilitaron a la Convención Constituyente a llevar a cabo una actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional.

La mayoría considera que dentro del campo de habilitación estaba subsumida implícitamente la duración del cargo de los jueces y juezas. En primer lugar, porque el Constituyente realizó una exégesis constitucionalmente posible del alcance de la norma habilitante, y aunque no sea la única interpretación disponible, no constituye una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida por la Asamblea Preconstituyente y la actuación desarrollada por la Convención (23). En segundo lugar, porque la garantía de inamovilidad de los jueces no exige un cargo de por vida, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley (24). En tercer lugar, porque el límite de 75 años de edad no afecta la sustancia de la garantía de la inamovilidad ni el principio de la independencia judicial (25). En cuarto lugar, porque la ley 24.309 al habilitar a la Convención Constituyente a actualizar las funciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional incluyó los diversos componentes que rigen el proceso de designación de los jueces federales. (26)

La minoría sostuvo que el texto de la ley 24.309 no habilitó a la Convención para reducir la duración del mandato de los jueces fijando un plazo diferente al que estaba regulado en el art. 96 de la Constitución (actual

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

- (1) Integrada por Lorenzetti, Maqueda y Rosatti.  
 (2) CS, Fallos: 159/2012 (48-S) /CS1, 28 de marzo de 2017.  
 (3) CS, Fallos: 322:1616 (1999).  
 (4) Integrada por Rosenkrantz.  
 (5) Considerando 16.  
 (6) Considerando 17.

- (7) Considerando 21.  
 (8) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ed. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000, t. I-A, p.485.  
 (9) Considerando 17.  
 (10) Considerando 25.  
 (11) Considerando 26.  
 (12) Considerando 8.

- (13) Considerando 9.  
 (14) Considerando 10.  
 (15) Considerando 11.  
 (16) Considerando ibídem.  
 (17) Considerando 9.  
 (18) Ibídem.  
 (19) Ibídem.  
 (20) Considerando 11.

- (21) Ibídem.  
 (22) Considerando 17.  
 (23) Considerando 20 del voto de Lorenzetti.  
 (24) Considerando 22 del voto de Lorenzetti y considerandos 16, 17 y 18 del voto de Rosatti.  
 (25) Considerando 23 del voto de Lorenzetti.  
 (26) Considerando 34 del voto de Maqueda.

art. 110, CN) (27). La habilitación se refirió al procedimiento de designación de los jueces federales, pero en modo alguno, habilitó la modificación de la duración del cargo de los jueces (28). Al disponer que “*los jueces conservarían sus cargos mientras durase su buena conducta*”, la Constitución consagró la inamovilidad vitalicia de los jueces y juezas (29), y esta condición no estaba sujeta a modificación ni en el paquete expuesto por el Núcleo de Coincidencias Básicas ni en el temario abierto. (30)

La habilitación otorgada por la ley de necesidad de la reforma para modificar la duración del mandato de los jueces fue un álgido punto de debate en el seno de la Convención Constituyente.

El Convencional Vázquez sostuvo: “No es posible que este recinto se convierta en un escenario de trueque para difundir ante el mundo que ésta es una Constitución con reformas progresistas. Sostengo que estas reformas son insanablemente nulas; inclusive, he requerido esa nulidad ante la justicia federal y ante la Corte Suprema, y no tengo la menor duda de que se va a resolver la nulidad insanable de estas reformas pergeñadas con objetivos inconfesables, que fulminan la estabilidad republicana de la Nación” (31). En tanto el Convencional Llano expresó: “Debo destacar un reconocimiento a la pequeña comisión —el *petit comité*— que se organizó dentro de la Comisión de Redacción para llevar adelante esta tarea, la que integré, pero no pude colaborar debido a las múltiples obligaciones que surgen por el hecho de pertenecer a un bloque limitado en su número. Mi reconocimiento se debe a que se manejaron con prudencia, pero ella terminó cuando llegamos al plenario ya que a último momento se introdujeron algunas modificaciones, y la Comisión de Redacción de ninguna manera estaba habilitada para este fin. Me estoy refiriendo expresamente a la norma incluida en el inciso 4º del artículo 86, que establece una excepción al principio de la inamovilidad de los jueces, que está directamente relacionada con el sistema de prestaciones y contraprestaciones que incluía el Pacto de Olivos. Se acaba de hacer referencia a este tema con gran elocuencia. No quiero abundar en detalles, pero desde esta banca debo señalar que la modificación introducida a último momento en forma casi clandestina no constituye el broche que esperábamos que tuviera esta asamblea, ya que se trata de una norma que desjerarquiza y desvaloriza en forma alarmante el final de esta Convención Nacional

Constituyente” (32). En igual sentido se manifestó el Convencional Saravia Toledo (33). Por último, el Convencional Maeder expuso: “El tercero y último punto es el que se refiere al Poder Judicial. Aquí se ha explicado con argumentos suficientes que éste sí no era un tema habilitado. Ésta es una primera afirmación que creo compartir, porque las razones que se han dado parecen más que suficientes. Además, es legítimo pensar que cualquier cuerpo puede establecer normas por las que en determinado momento, a raíz de la edad, los ‘achaques’, las enfermedades o alguna razón de disminución, se pueda apartar a alguno de sus miembros de las funciones que eventualmente desempeñan. Esto parece lógico y legítimo, pero no parece lógico que en esta oportunidad, en la que estamos reformando la Constitución Nacional, abordemos el caso de los jueces, no sólo porque se ha leído con toda claridad el artículo 96, que indica que permanecerán en sus funciones mientras dure su buena conducta, sino también porque a pesar de las aclaraciones que se han hecho —me felicito de que así haya ocurrido—, siempre queda la duda de que eventualmente se puede afectar a personas con nombre y apellido; y por otra parte, se trata de casos que se han hecho públicos a través del periodismo y que han circulado por los corrillos. Justamente por eso creo que todo el mundo sabe de quién se trata. De manera tal que al no estar habilitado este tema, considero que la comisión ha incurrido —quiero decirlo con una palabra que no tenga un tono agresivo ni ofensivo— en una imprudencia muy grave al plantearlo, porque con esta propuesta se cuestiona la inamovilidad de los jueces y se pone de manifiesto las sospechas que aunque hayan sido aventadas en este recinto, no sé si serán aventadas, definitivamente, en la opinión pública. Por esta razón, adelanto mi voto negativo a la inclusión de esta cláusula, a pesar de las modificaciones que se le introdujeron con posterioridad”. (34)

En tanto, no se registró la intervención de ningún Convencional Constituyente que respondiera estos cuestionamientos y sostuviera argumentos respaldatorios de la norma incorporada.

Lo expuesto implica que para una “porción de la soberanía popular” el tema no estaba habilitado y la reforma era improcedente.

La Constitución Nacional establece un mecanismo de designación de los jueces federales que se concreta mediante un acto complejo donde intervienen el Poder Ejecutivo y el

Congreso de la Nación representado por el Senado. Este procedimiento es el que permite que un candidato o candidata se transforme en juez o jueza. Una vez alcanzado dicho rango, los designados cuentan con una serie de garantías de ejercicio del cargo como lo es el carácter vitalicio del mismo. Las habilitaciones previstas por la ley 24.309 no hacen ninguna referencia a la duración de los cargos. No lo hacen directa o indirectamente. Ni siquiera lo menciona. Frente a una situación tan contundente legitimar una modificación como la incorporada por la Convención Constituyente de 1994, convierte al control de constitucionalidad de la reforma constitucional en una mera apariencia ficcional, por cuanto en la realidad deconstruida, implica que se está optando por la negación del control de constitucionalidad en esta materia.

El voto de Rosenkrantz es el que con mayor densidad argumental ratifica y amplía los fundamentos expuestos en el caso “Fayt”.

### III. La aplicación del art. 99, inc. 4 de la Constitución Nacional

A partir del fallo “Schiffrin” una cuestión novedosa que emerge lo configura como el procedimiento aplicable para hacer funcionar el art. 99, inc. 4., tercer párrafo, puesto de la CN, que hasta el día de hoy, nunca se aplicó. Considero que el mismo tendría las siguientes características:

— Una vez cumplidos los 75 años el juez o jueza que desee continuar en el cargo debe comunicarle su voluntad al Poder Ejecutivo Nacional. En este trámite no interviene el Consejo de la Magistratura a pesar de la intervención “a efectos de su conocimiento” que dispone la mayoría de la Corte Suprema en el caso “Schiffrin”.

— El Poder Ejecutivo puede enviar o no la solicitud de un nuevo nombramiento al Senado. El art. 99, inc. 4., tercer párrafo habla de “un nuevo nombramiento” y el primer y segundo párrafos, del mencionado artículo, expresan que el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) “nombra los magistrados de la Corte Suprema”; en ambos supuestos está subsumida la facultad de proponer a un candidato o candidata para ser designado juez o jueza, como así también, la de proponer una renovación del cargo de los jueces y juezas que fueron oportunamente nombrados.

— No se aplica el decreto 222/03 ni el decreto 588/03.

— No se aplica el régimen de audiencias públicas en el Senado.

— Una vez elevada la propuesta por el PEN al Senado, hasta tanto se apruebe o rechace el acuerdo, el juez o jueza sigue detentando el cargo.

— La decisión de no elevar el nuevo nombramiento por parte del PEN y el rechazo del acuerdo por parte del Senado: ¿son actos que deben estar razonablemente fundados y son susceptibles de revisión judicial o dependen exclusivamente de la discrecionalidad política? En este supuesto opino que tendría que ser una denegatoria fundada, susceptible de revisión judicial.

— El estándar establecido no es aplicable a los jueces y juezas que hayan obtenido una sentencia firme donde se hubiera aplicado directa o indirectamente el caso “Fayt”.

### IV. A modo de conclusión

A partir del caso “Schiffrin”, el art. 110 de la Constitución Nacional debe leerse de la siguiente manera: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras que dure su buena conducta y hasta que cumplan 75 años de edad”. Un tema que es sumamente polémico y poco debatido en el fallo se vincula con la irreversibilidad o reversibilidad de una declaración de nulidad absoluta e insanable con efectos *erga omnes*. ¿Es constitucionalmente posible que la actual composición de la Corte Suprema revierta una declaración de nulidad absoluta e insanable de una reforma constitucional dictada por otra composición de la Corte Suprema y mantenida como estándar durante casi 18 años?

Hace años que sostengo que los jueces y las juezas deben tener un plazo de duración en el cargo (15 o 20 años) con opción de renovación, pero esto debería ser introducido por una reforma constitucional a través de una habilitación precisa, clara y concreta de una Asamblea Preconstituyente. Ya bastante tuvo de oscuridad la reforma constitucional de 1994 con el Pacto de Olivos, para que en un tema tan sensible como éste, la inferencia habilitante también pecara de incertidumbre normativa y excesos constituyentes. ●

Cita on line: AR/DOC/934/2017

#### { NOTAS }

(27) Considerando 19 del voto de Rosenkrantz.

(28) Considerando 20 del voto de Rosenkrantz.

(29) Considerando 21 del voto de Rosenkrantz.

(30) Considerandos 24, 25 y 26 del voto de Rosenkrantz.

(31) Convención Nacional Constituyente, 34º Reunión, 3º Sesión Ordinaria (Continuación), 19 de agosto de 1994, p. 4625.

(32) Ibidem, p. 4626.

(33) Ibidem, p. 4626.

(34) Ibidem, p. 4631.

(35) Ibidem, p. 4657.

# ¿Habrá “jueces mantenidos en sus cargos”?

Emilio A. Ibarlucía

Con el fallo “Schiffrin” la Corte Suprema ha dictado una sentencia trascendente por varios motivos: a) porque, contrariando su habitual tendencia, deja sin efecto un precedente (1) de gran impacto institucional que fue seguido por los tribunales de todo el país durante más de 17 años; b) porque define la naturaleza y características de nuestro sistema de reforma constitucional; c) porque ratifica que la reforma constitu-

cional es susceptible de control judicial de validez; d) porque define cómo debe ser ese escrutinio: con la mayor deferencia posible hacia el órgano reformador; e) porque ratifica que no pueden invocarse derechos adquiridos basados en el mantenimiento de leyes y reglamentos, y menos aún frente a la reforma de la Constitución; f) porque establece que la garantía de independencia del Poder Judicial, consistente en la inamovi-

dad en el cargo, no comprende el carácter vitalicio del mismo.

Seguramente se van a escribir innumerables artículos y libros analizando el fallo, como se hizo con el caso “Fayt”, pero lo que sorprende poderosamente es que hasta el momento poca atención se prestó a los términos de la cláusula del art. 99 inc. 4 de la Constitución: “Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco 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”.

Es decir, la cláusula no dice que todos los jueces cesan automáticamente al cumplir 75

años, sino que pueden ser *mantenidos* si el Poder Ejecutivo decide mandar su pliego al Senado y éste presta el acuerdo por cinco años, trámite que por igual lapso puede repetirse indefinidamente.

Como es bien sabido, se introdujo imprevisiblemente por la Comisión Redactora en la Convención Constituyente; y ello ocasionó que se armara un gran “revuelo” cuando varios convencionales objetaron que tenía nombre y apellido, ya que estaba destinada a producir el alejamiento de la Corte del Dr. Ricardo Levene (2) en virtud de oscuros pactos. Respondió el convencional Raúl Alfonsín diciendo que la finalidad era evitar que se llegara al juicio político cuando se

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Fallos: 322; 1616, “Fayt”, 19/08/1999.

(2) Algunos dijeron que ya estaba acordado que en su

lugar ingresara el Dr. Héctor Masnatta, que en ese momento era convencional, lo que no era ético.

## ● VIENE DE PÁGINA 11

producían determinadas situaciones de decadencia<sup>(3)</sup> y que por ello era conveniente poner un límite de edad como ocurría en la Iglesia Católica con los obispos. Para disipar las suspicacias vertidas, dijo que, luego de las conversaciones mantenidas con el Presidente de la Comisión de Redacción<sup>(4)</sup>, se proponía que en lugar de empezar a regir al año de la aprobación de la reforma, comenzara a los cinco años, lo que fue aceptado y plasmado en la cláusula transitoria undécima.

Esta decisión fue absolutamente razonable, dado que disipó las serias objeciones planteadas y evitó que muchos jueces quedaran afuera de sus cargos al poco tiempo de aprobada la reforma. Como antes de cumplirse los cinco años la Corte Suprema dictó el fallo “Fayt”, varios jueces, mediante acciones de amparo, siguieron en sus cargos, y el Consejo de la Magistratura no les exigió a quienes no los interpusieron que renunciaran. Fue así que la *cláusula del mantenimiento* no tuvo vigencia efectiva.

¿Comenzará a tenerla ahora? En tal caso, ¿qué consecuencias institucionales traerá? ¿Es conveniente que en algún caso el Poder Ejecutivo requiera el acuerdo al Senado para que un juez determinado sea *mantenido* en el cargo?

No está muy claro por qué se optó por la posibilidad del *mantenimiento* en lugar del cese automático. Posiblemente para aventar las críticas que se pudieran formular esgrimiendo los ejemplos de jueces de 75 años lúcidos y en perfectas condiciones físicas, se decidió establecer que en esos casos los órganos políticos (Ejecutivo y Senado) tendrían la posibilidad de brindarle un nuevo acuerdo. A ello apunta el análisis de la validez sustantiva de la norma que hace el Dr. Rosatti en su voto. Dice que consagra una presunción apriorística e igualitaria y *no un prejuicio*; una presunción y no una conclusión inexorable. Y agrega: “este nuevo acuerdo, con vigencia quinquenal y renovable indefinidamente por

el mismo lapso, permite evaluar la persistencia de la aptitud del magistrado para ejercer tan grave responsabilidad”.

A juzgar por la explicación del Dr. Rosatti —quien fuera convencional constituyente—, el Poder Ejecutivo tendría que requerirle al juez que desee permanecer en el cargo que se someta a exámenes médicos y psiquiátricos y también —¿por qué no?— a pruebas de actualización del conocimiento del derecho (¿De esas pruebas se encargaría el Consejo de la Magistratura o directamente el Poder Ejecutivo?). De ningún lado surge que esto tenga que ser necesariamente así. Bien puede —dentro del margen de interpretación de la Constitución— que sea una decisión discrecional del Ejecutivo enviar o no el *pliego de mantenimiento* al Senado.

Cualquiera que sea el método que se adopte, se producirá, a mi juicio, el indeseable surgimiento de una nueva categoría de jueces: *los próximos a cumplir 75 años que, deseando permanecer en el cargo, estarán pendientes de que el Ejecutivo envíe su pliego al Senado para permanecer cinco años más*. No incluyo a los que cumplieran esa edad sin el pliego enviado, dado que ninguna lógica interpretación puede conducir a que pueden permanecer en el cargo un solo día más.

Y digo *indeseable situación*, dado que se tratará de jueces que no serán verdaderamente independientes. Como dije en un trabajo sobre el tema hace muchos años, la garantía de inamovilidad en el cargo persigue que el juez sea siempre inmune a todo tipo de presión, sugerencia o insinuación por parte de funcionarios políticos o de legisladores. Pero si su permanencia depende de que el Ejecutivo discrecionalmente decida enviarle el pliego al Senado o de la decisión también discrecional de los senadores, perderá la tranquilidad de espíritu necesaria para resolver los casos sometidos a su decisión con justicia y apego a la ley. No basta que los hombres sean honestos, hace falta, además, que el sistema jurídico-institucional cree las condiciones necesarias para que se desempeñen correctamente. Todos conocimos el triste papel de varios

jueces a fines de 1983 y el año 1984 haciendo antesala en los despachos de los ministros o secretarios de Justicia o recorriendo los pasillos del Senado para lograr que les dieran el acuerdo, situación lamentable que ni por asomo debe volver a repetirse. ¿Qué independencia puede esperarse de esos jueces para resolver acciones de amparo, medidas cautelares, hábeas corpus, dictar sentencias contra los deseos del gobierno o para resolver en las graves causas penales que tramitan en la Justicia Federal?

Tengo para mí que la gran mayoría de los jueces son honestos e independientes, pero quien desea permanecer en el cargo o recibe con beneplácito un ofrecimiento del poder político en tal sentido se coloca en situación de *precariedad*. Por algo, en el Derecho constitucional comparado se ha descartado en la mayoría de los países las designaciones temporales de los jueces. “Los nombramientos periódicos —decía Hamilton en “El Federalista”<sup>(5)</sup>—, cualquiera sea la forma en que se regulen o la persona que lo haga, resultarían fatales para la imprescindible independencia. Si el poder de hacerlo se encomendase al Ejecutivo o a la legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él; si se atribuyese a ambas, los jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas ...por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes...”.

Debo decir que el paso del tiempo —y quizás la indignación que me produjo que tantos jueces abusaran del precedente “Fayt” para permanecer en el cargo más allá de sus fuerzas físicas e intelectuales, por razones psicológicas (temor al “vacío” de la jubilación, mera vanidad o no querer perder una cuota de poder)— me han llevado a cambiar de opinión con relación a la interpretación estricta que en su momento sostuve respecto de la habilitación de la convención constituyente, para ir más allá de la forma de designación y remoción de los jueces<sup>(6)</sup>. En particular, el voto del Dr. Rosatti en “Schiffrin” termina de convencerme de que es preferible una

interpretación amplia de la habilitación formulada por la ley 24.309, lo que conduce a un escrutinio muy estricto.

No obstante, conservo mi preocupación por esta nueva categoría de magistrados que puede formarse: *los jueces pendientes de ser mantenidos*. La palabra “mantener” del texto constitucional no es nada feliz, sobre todo porque el sujeto del verbo es el poder político, pudiendo caerse en la tentación de complacerlo para lograr el objetivo de permanecer en el cargo.

Por ello espero fervientemente que la cláusula del mantenimiento se transforme en *letra muerta*, como lo fue siempre la del requisito de tener “una renta anual de dos mil pesos fuertes” para ser senador (art. 55, increíblemente todavía vigente). Deseo que el cese sea automático —para todos los jueces sin excepción alguna— al cumplir los 75 años. Brego para que a ningún Presidente de la República se le ocurra mandar el pliego de algún juez al Senado para ser mantenido en el cargo. Ese juez estará inexorablemente teñido de sospecha. ¿Cómo lo consiguió? ¿Por qué el Ejecutivo quiere que siga? ¿Qué favor hizo?

Además, si se sienta el precedente de que en un caso (o en algunos) el Ejecutivo ha enviado el *pliego de mantenimiento*, otros jueces querrán obtener lo mismo con el consiguiente riesgo de las ya mencionadas indeseables tratativas. Por otro lado, ¿por qué a un juez se le manda el pliego y a otro no? ¿Por qué no se trata a todos en forma igualitaria? ¿No sería mejor hacerle a todos exámenes médicos y psicológicos?

Por ello, para evitar suspicacias y sobre todo para que la herramienta del art. 99 inc. 4 de la Constitución no sea alguna vez utilizada por un Presidente inescrupuloso, hago votos para que la práctica constitucional la convierta en letra muerta. ●

Cita on line: AR/DOC/932/2017

## { NOTAS }

<sup>(3)</sup> Posiblemente Alfonsín aludía a que era aceptado doctrinariamente que la inhabilidad física o mental estaba comprendida en la causal de mal desempeño del cargo del art. 45 de la Constitución histórica (BIDART CAMPOS, German, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, Ed. Ediar, Bs. As., 1986, t. II, p.187).

<sup>(4)</sup> Carlos Corach.

<sup>(5)</sup> Fondo de Cultura Económica, Cap. LXXVIII, 2<sup>a</sup> ed., 1974, p.335.

<sup>(6)</sup> Entendí en el trabajo citado que la designación de los jueces nada tenía que ver con la duración; y que mucho menos podía desprenderse de la finalidad “Atenuación

del sistema presidencialista” (punto A del “Núcleo” del art. 2 de la ley 24.309), como tampoco de la “Actualización de las atribuciones del Poder Ejecutivo” (art. 3 punto E de la ley 24.309). Esta ley tuvo especialmente como objetivo acotar el obrar de la Convención al definir su “finalidad, sentido y alcance” (art. 3) y prescribir ex-

presamente que serían nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones introducidas fuera de las competencias establecidas en los arts. 2 y 3, y prohibir toda modificación de la primera parte del texto histórico.

## El juicio de ponderación en casos de relevancia institucional

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Sentencias de primera y segunda instancia. — III. Fallo de la Corte Suprema. — IV. Juicio de ponderación en casos de relevancia institucional. — V. A modo de reflexión final.

*Patricio A. Maraniello*

### I. Introducción

Se ha afirmado con razón que “los procesos de reforma constitucional en los países

de América Latina, en general, y en el Perú, en particular, se han realizado, hasta no hace mucho tiempo, sin observar el procedimiento establecido por las propias constituciones.

Sin embargo, esta situación se ha ido revirtiendo paulatinamente en la medida que los Tribunales Constitucionales han asumido, en tanto guardianes de la Constitución, una actitud vigilante a fin de que los procesos de reforma constitucional se realicen dentro del marco establecido de los límites formales y materiales.<sup>(1)</sup>

En nuestro país, estas temáticas fueron abordadas por nuestra jurisprudencia en forma reiterada<sup>(2)</sup>, aunque dos fueron los casos más resonantes: el fallado por la Corte Suprema, en “Soria de Guerrero”<sup>(3)</sup> y en “Fayt”<sup>(4)</sup>. En el primero se había resuelto como regla general la no revisión de estas situaciones, con base en el principio de las cuestiones políticas no justiciables.

Con criterios totalmente diferentes, en el caso “Fayt”, resuelto por la Corte Suprema en el año 1999, no sólo se consideró razonable controlar la constitucionalidad de la reforma constitucional de 1994 sino que se llegó a declarar la nulidad e inaplicabilidad de un artículo de la propia Constitución Nacional (CN).

## { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
<sup>(1)</sup> LANDA ARROYO, César. “La reforma de la Constitución desde la perspectiva de la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional”, en *Justicia Constitucional* número 1, Lima, septiembre de 2005, p.150.

<sup>(2)</sup> Fallos: 316:2743; 335:2360 y 338:249.

<sup>(3)</sup> CS, *in re* “Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hermanos S.A.”, Fallos: 256:556 (1963).

<sup>(4)</sup> Fallos: 322:1616 (1999).

Este fallo, fue sin duda uno de casos más trascendentales en materia constitucional de nuestro país, y allí por primera y única vez en la jurisprudencia argentina la Corte Suprema en una acción declarativa hizo lugar a la demanda y declaró "...la nulidad de la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 al alterar el art. 99 inc. 4, tercer párrafo(5), la disposición Transitoria Undécima(6) y el art. 110(7) de la Constitución Nacional...".

El Tribunal fundó su decisión en el entendimiento de que la Convención Constituyente había excedido el ámbito de actuación habilitado por el Congreso de la Nación al dictar la ley que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional (ley 24.309). En particular, consideró que la fijación del límite de edad para la duración del cargo de juez había importado una alteración del antiguo art. 96 de la Constitución Nacional (actual art. 110), que consagraba la garantía de inamovilidad de los magistrados en sus cargos.

Dicha decisión, resulta sin duda de una extraordinaria importancia institucional pues consideró revisable judicialmente la actuación del *poder constituyente derivado*, determinando la nulidad de la propia Constitución reformada y, dando origen a un debate profundo en nuestro derecho (8).

Casi agotadas las tintas de todas las reflexiones que sobre esta cuestión se han realizado, el 28 de marzo de este año, la Corte Suprema ha dictado la sentencia "Schiffirin" en donde ha vuelto a analizar estas cuestiones con argumentos muy profundos e innovadores con relación a los casos anteriormente mencionados, y ello nos lleva a realizar un análisis muy detallado para poder determinar la actual doctrina respecto de los alcances del control de constitucionalidad de una reforma constitucional.

## II. Sentencias de primera y segunda instancia

Leopoldo Héctor Schiffirin inicio acción meramente declarativa y tanto la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata como el juzgado de primera instancia hicieron lugar a la demanda por él interpuesta "declarando la nulidad e inaplicabilidad" del tercer párrafo introducido por la Convención Reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4º (antes art. 86 inc. 5º) de la CN.

Como fundamento de su decisión la Cámara consideró en primer término que las reformas constitucionales pueden ser revisadas por el Poder Judicial, y en ese marco afirmó que "la ley 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma constitucional no había autorizado la modificación de la garantía de inamovilidad de los jueces federales mientras dure su buena conducta establecida por el actual art. 110 de la Constitución reformada, artículo 96 de la Constitución de 1853".

Por otra parte, sostuvo que se había alterado la independencia judicial, fundamentando su posición en lo decidido por la Corte

Suprema —con distinta integración— en el precedente "Fayt". Sin perjuicio de la solución que alcanzó, y a modo de *obiter dictum*, puntualizó que "los jueces designados al amparo del régimen anterior a la reforma no podían ser alcanzados por la norma impugnada pues ello implicaría afectar sus derechos adquiridos".

## III. Fallo de la Corte Suprema de Justicia

Para el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, el presente caso tiene relevancia institucional, porque el interés jurídico excede el de las partes para proyectarse sobre cuestiones de gran trascendencia, y luego de hacer un gran desarrollo argumental considera que el precedente "Fayt" presenta consecuencias que, de generalizarse, demuestran claramente su improcedencia.

Aduna a ello, que la aplicación del nuevo estándar conduce a la inexorable conclusión de que la Convención Constituyente de 1994 no ha excedido los límites de la norma habilitante al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo, de la Constitución Nacional. Al respecto, en el Considerando 19 estableció que "el art. 3º de la citada ley dispuso habilitar —como tema 'E'— lo referido a 'La actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional', entre las que se encontraba la referida a la intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de designación de los jueces federales (artículo 86, inciso 5º). Como consecuencia de ello, la Convención incorporó en el artículo 99, inciso 4º, un tercer párrafo que requiere la renovación del nombramiento para los jueces que alcancen la edad de 75 años, estableciendo la necesidad de una designación periódica quinquenal para los magistrados que se encontraran en dicha situación".

A criterio de la Corte Suprema tampoco se 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. Por ello resuelve declarar procedente el recurso extraordinario.

En cuanto a la vulneración de derechos adquiridos de aquellos jueces nombrados antes de la reforma de 1994, resulta aplicable el principio dado por la Corte Sprema (9) por la cual no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, pues ello condicionaría de alguna manera tanto a los poderes constituidos como a los constituyentes.

Por todo ello, se revocó la sentencia apelada y se rechazó la demanda (art. 16 de la ley 48), sin que la declaratoria afecte la validez de las actuaciones cumplidas por el actor hasta la actualidad del pronunciamiento y exhortó al Consejo de la Magistratura para que adopte las medidas que considere necesarias para asegurar la plena vigencia del art. 99

inc. 4, párrafo tercero, de la Constitución Nacional (Considerando 26).

El fallo fue suscripto por los Dres. Lorenzetti (según su voto), Maqueda (por su voto) y Rosatti (por su voto), con el voto disidente del Dr. Rosenkrantz. La Dra. Elena Highton no votó. El Dr. 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 esta 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.

## IV. Juicio de ponderación en casos de relevancia institucional

La presente sentencia se basa en el Considerando 7º, donde, en forma muy original, se ha utilizado para resolver el juicio de ponderación en casos de relevancia institucional.

En dicho instituto, primero deberá demostrarse que existe una verdadera relevancia institucional y luego deberán identificarse una serie de principios claros y estables, entre los que se encuentran:

### IV.1. Existencia de relevancia institucional

Para el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, el presente caso tiene relevancia institucional, porque "el interés jurídico excede el de las partes para proyectarse sobre cuestiones de gran trascendencia: a) Existe un precedente de la Corte Suprema que, por razones de seguridad jurídica, impone la carga argumentativa de explicar por qué habría que modificarlo; b) Se requiere precisar en qué medida el límite de edad de 75 años fijado por la actual Constitución es compatible con la inamovilidad que deben tener los magistrados, ya que es obligación de esta Corte proteger la independencia del Poder Judicial; c) La modificación del precedente tiene implicancias futuras, porque hay que interpretar cuál es la relación entre las normas de habilitación de una Reforma Constitucional fijada por el Congreso y las facultades de la Convención Constituyente" (Consid. 6º).

### IV.2. Principios claros y estables en el juicio de ponderación

#### IV.2.1. El valor de los precedentes y la seguridad jurídica

Invoca al respecto "...que los precedentes de la Corte Suprema tienen un valor que obliga a ser seguido y respetado, salvo que exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente...".

Continúa esta línea argumental en el Considerando 9, y precisa "...que los precedentes deben ser mantenidos por esta Corte Suprema y respetados por los tribunales de grado, por una

*importante y evidente razón de seguridad jurídica. La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada. Es importante señalar que, en los últimos diez años esta Corte modificó numerosos precedentes, en materia previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal, y otros, invocando una razón fundada que fue la plena aplicación de la reforma constitucional del año 1994. Es decir que en esos casos hubo una justificación basada en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional o en razones de excepción. Que el cambio del precedente 'Fayt'... puede ser subsumido en esta categoría...".*

### IV.2.2. Aplicación completa de la Constitución Nacional

Otro de los principios es la aplicación completa de la Constitución Nacional, pues considera la Corte Suprema que en el presente conflicto existió una Reforma Constitucional del año 1994 que fue aplicada por esta Corte en todos sus artículos, excepto el referido al límite de edad de los magistrados.

### IV.2.3. Diferenciación entre vitalicio e inamovilidad

En este juicio de ponderación hace una diferencia entre la inamovilidad en el cargo amparado por el art. 110 que es una garantía institucional de la independencia judicial y otra cosa es el carácter vitalicio del cargo, siendo este último regulado en la reforma constitucional de 1994.

Da fundamento a ello en el Considerando 22, estableciendo que "...la garantía de inamovilidad consiste, esencialmente, en asegurar a los magistrados que su permanencia en el cargo no estará condicionada a la exclusiva voluntad discrecional de otros poderes; pues ello los colocaría en un estado precario, de debilidad y dependencia frente a aquellos que tienen en sus manos la decisión sobre la permanencia en funciones, y los sometería a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función. Lo expuesto no significa, sin embargo, que la única forma de asegurar la estabilidad, para resguardar su independencia, sea establecer que el cargo de juez tiene que ser vitalicio. En otros términos, la inamovilidad no exige un cargo de por vida, sino un sistema jurídico institucional que cree las condiciones necesarias para que los jueces se desempeñen bien y legalmente, de manera independiente y sin injerencia o presión de poderes externos, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de la justicia y de la ley".

Es por dichos elementos que considero que el límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 no ha afectado la sustancia de la garantía de inamovilidad ni la independencia judicial, aclarando que la regulación es admisible y es legítima.

titucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 3, Madrid, España, 1999, ps. 427-443; COLAUTTI, Carlos, "Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial", en *Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial del Semanario* Nº 6168, del 17/11/99, p. 33; GARCÍA LEMA, Alberto M., "Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del art. 99, inc. 4 de la Constitución Nacional", *Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Boletín Nº 172, agosto 2000, p. 10; SERRANO, María Cristina, "El poder constituyente derivado. Análisis de un fallo de la Corte", *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* Nº 167, marzo 2000, p. 2.

CONTINÚA EN PÁGINA 14

## { NOTAS }

(5) Art. 99, inc. 4, *in fine*. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco 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.

(6) La disposición transitoria prescribió que la caducidad de los nombramientos y la duración limitada indicada por ese artículo entraría en vigencia a los cinco años de la sanción de la reforma, o sea el 24 de agosto de 1999.

(7) Art. 110.- Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mien-

tras permaneciesen en sus funciones.

(8) Entre ellos podemos mencionar a: IBARLUCÍA, Emilio A., "Control judicial de la validez de una cláusula constitucional", *LA LEY*, 1998-D, 571 e "Invalidéz de la cláusula del artículo 99, inciso 4º, párrafo 3º de la Constitución Nacional. Violación de la garantía de inamovilidad de los jueces", *LA LEY*, 1998-F, 1033; PADILLA, Miguel M., "Una equivocada interpretación", *ED*, Buenos Aires, 1999, t. 181, ps. 473 y ss.; VENTURA, Adrián, "Inamovilidad de los jueces y la nulidad de un punto de la reforma constitucional", *LA LEY*, 1999-E, 61; BIANCHI, Alberto B., "Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994", *ED*, 184-979; MIDÓN, Mario, "Los límites del poder constituyente. A propósito del caso 'Fayt'", *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* Nº 169, mayo 2000, p. 11; *LA LEY* 2000-C, 540; GIL DO-

MÍNGUEZ, Andrés, "El caso Fayt: una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de la reforma constitucional", *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* Nº 170, junio 2000, p. 4; GARCÍA BELSUNCE, Horacio, "La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional. Implicancias de su declaración", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Anticipo de Anales, Año XLV, Segunda Época, Nº 38, junio 2000 y BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino", *Ed. Ediar*, Bs. As., 2000, ps. 527/530. La doctrina contraria al fallo podemos mencionar a HERNÁNDEZ, Antonio M., (h.), "El caso 'Fayt' y sus implicancias constitucionales", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, vol. XXVIII, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001; SABSAY, Daniel A., "El control de cons-

titucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nº 3, Madrid, España, 1999, ps. 427-443; COLAUTTI, Carlos, "Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial", en *Jurisprudencia Argentina, Suplemento Especial del Semanario* Nº 6168, del 17/11/99, p. 33; GARCÍA LEMA, Alberto M., "Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del art. 99, inc. 4 de la Constitución Nacional", *Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Boletín Nº 172, agosto 2000, p. 10; SERRANO, María Cristina, "El poder constituyente derivado. Análisis de un fallo de la Corte", *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional* Nº 167, marzo 2000, p. 2.

(9) Fallos: 308:1361; 327:2293, entre muchos otros.

## ● VIENE DE PÁGINA 13

tima, pues es un límite previsible y objetivo a la duración del cargo, sin alterar el principio de igualdad al ser aplicable a todos los jueces por igual sin distinciones que pudieran resultar discriminatorias, tal como se encuentra regulado de ese modo en numerosas constituciones de América (10) y del mundo.

#### IV.2.4. Control judicial del proceso de reforma constitucional amplio y extensivo

Según la Corte Suprema, este juicio de ponderación en casos de relevancia institucional, no encuentra impedimento alguno para efectuarse sobre el procedimiento de las reformas constitucionales.

Si bien en ello no hay divergencia con el caso “Fayt”, si la hay en el modo en que debe efectuarse dicho control, es decir, si debe ser restrictivo o amplio.

El Tribunal ha sostenido reiteradamente el carácter justiciable de la regularidad de los procesos de Reforma Constitucional (Fallos: 316:2743; 335:2360 y 338:249); pero también ha señalado que el alcance del control judicial, en esos casos, se limita únicamente a corroborar la concurrencia de los “requisitos mínimos e indispensables” que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada (Fallos: 256:556, Considerandos 3º y 4º).

En el caso “Schiffirin”, el Máximo Tribunal de Justicia expresó que la interpretación no puede ser restrictiva, —como se desprende del caso “Fayt”—, de manera de limitar severamente la soberanía de la Convención; por el contrario, el criterio de interpretación debe ser amplio, extensivo.

En esa oportunidad, la Corte Suprema entendió que el Congreso de la Nación podía establecer no sólo la necesidad de la reforma, sino también su contenido; que la Convención Constituyente no podía apartarse de ello, porque acarrearía la nulidad; y que el Poder Judicial era el encargado de controlar que esos límites no fueran transgredidos.

Un criterio hermenéutico restrictivo no puede sostenerse en los principios que estructuran la división de Poderes sobre la que se asienta la forma republicana de gobierno vigente, porque implica un alto riesgo de interferir en el proceso democrático, alterando el equilibrio que la Constitución Nacional ha diseñado para que, por un lado, cada uno de los Poderes, se mantenga dentro de su esfera y, por el otro, para que el poder constituido no deje sin efecto la voluntad soberana del pueblo expresada, mediante una Convención Reformadora integrada por sus representantes electos, en la Ley Fundamental (Considerando 11).

“Que, por otra parte, el estándar utilizado en el precedente ‘Fayt’ presenta consecuencias que, de generalizarse, demuestran claramente su improcedencia. En primer lugar, si se llevara al extremo, permitiría que el Congreso de la Nación dictara una ley de necesidad de Reforma Constitucional, estableciendo el contenido de modo preciso, y la Convención sólo tendría la facultad de aceptarlo o no. Este modo de interpretar las interrelaciones entre las atribuciones pre-constituyentes y las reformadoras, al amparo de prestar deferencia con respecto a las declaraciones del Congreso de la Nación desplazaría las competencias” (Considerando 12).

La amplitud hace que exista un permiso de actuación para el Poder Constituyente derivado que surge de la soberanía popular dada a los constituyentes.

En el mismo considerando la Corte Suprema puso un límite al control de constitucionalidad de la reforma constitucional, y fijó el criterio por el cual el Poder Judicial no puede analizar la conveniencia de las decisiones de los constituyentes ni desconocer un presupuesto esencial de nuestra democracia, según el cual la Constitución Nacional materializa un pacto de unión nacional entre todos los ciudadanos

#### IV.2.5. In dubio pro constituyente

A final del punto e) del Considerando 7 establece que “...en caso de duda, debe juzgarse a favor de la plenitud de poderes de la Convención Constituyente...”.

En el punto f), aclara ello y sostiene que “...la Convención Constituyente representa la voluntad del pueblo, pero, en un estado constitucional de derecho, está limitada por el contenido pétreo de la Carta Magna; de este modo, una Convención futura no podría derogar la estructura básica del sistema de poder constitucional ni los derechos humanos ya consagrados...”.

#### IV.2.6. Quod ultisima

Si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos ya presenta suma gravedad institucional y debe ser considerada como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (11), con mucha mayor rigurosidad debe serlo cuando se ha puesto en cuestión la validez de una norma de la Constitución Nacional sancionada por una Convención Reformadora elegida por el pueblo.

La extrema excepcionalidad o “*quod ultisima*” en el control judicial de la reforma constitucional, se encuentra desarrollada en el Considerando 16 donde resume dos elementos contundentes, donde sólo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente, cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o, cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución Nacional.

#### IV.2.7. Supremacía de los Derechos Humanos

Este punto se basa en los aspectos sustantivos de la reforma, es decir, es el contenido intrínseco de la reforma constitucional.

Al respecto, en el punto f) del Considerando 7 fija una doctrina muy interesante en lo que hace al control judicial de la labor desarrollada por una Convención Constituyente, cuya limitación infranqueable en un Estado Constitucional de Derecho se encuentra en el contenido pétreo de la Constitución Nacional, es decir, su parte dogmática constituida por el Preámbulo y sus primeros 35 artículos.

Dentro de las cláusulas pétreas tenemos la estructura básica del sistema de poder constitucional y los derechos humanos. Y en el caso “Schiffirin” se encuentran inmersas

ambas cuestiones, al estar en litigio la garantía institucional de la independencia judicial, que como es sabido no sólo constituye una de las columnas principales del sistema republicano (art. 1º, CN), sino también es una de las garantías judiciales más importantes para todos los justiciables (art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Existen derechos humanos para cuya protección se requiere del respeto irrestricto del sistema republicano, con la consecuente observancia de la división e independencia de los Poderes del Estado. En este sentido, para garantizar las garantías del debido y transparente proceso se requieren indispensablemente que los jueces sean independientes e imparciales. Y justamente en el caso en análisis se analiza en qué medida el límite de edad (75 años) fijado por la actual Constitución Nacional es compatible o no con la inamovilidad que deben tener los magistrados, siendo una obligación de los Tribunales Judiciales proteger la independencia del Poder Judicial.

A los efectos de realizar un análisis del mentado fallo, vemos que existe una tendencia muy importante en el derecho constitucional, en donde se está consolidando la idea de no hacer hincapié en la supremacía normativa, sino en la supremacía de los derechos humanos tanto en conflictos fácticos como jurídicos, aplicando desde ya el principio *pro homine*. Pues, si bien su protección surge de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, no resulta tan importante si debe utilizar una y otra o ambas, sino que lo verdaderamente importante es la protección de los derechos humanos que resultan inderogables y extensibles.

En ese entendimiento, se puede considerar que lo señalado precedentemente encuentra sustento en el presente caso “Schiffirin”, en el extenso Considerando 17 donde establece que “...resulta importante insistir en que el producto de una Convención Constituyente también podría ser descalificado por razones sustantivas, en circunstancias marcadamente excepcionales. Este tema, que puede llegar a ser muy importante en el futuro, requiere una fundamentación, que ya ha dado esta Corte Suprema, fijando con claridad la relación entre las mayorías y los derechos fundamentales. Es jurisprudencia de esta Corte Suprema que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y constituyen un límite, en tanto resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente...”.

Dentro de los parámetros señalados debemos considerar que los derechos fundamentales tienen una relevancia muy significativa, superando incluso al *estado de derecho*, por resultar anteriores y fundamentales a éstos, sin que el propio Estado pueda alterarlos o modificarlos.

De ese modo lo ha entendido la Corte Suprema en el Considerando 17, al considerar que los derechos fundamentales son “*fundantes y anteriores al Estado de Derecho*”, tal como se señaló en Fallos: 328:2056, causa ‘Simón’, voto del juez Lorenzetti: ‘*Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que éstos tienen esa característica porque son ‘fundantes’ y ‘anteriores’ al estado de derecho...*

“*Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Esta-*

*do Nacional y si no son respetados, tienen tutela transnacional...*”.

#### V. A modo de reflexión final

Sin duda el control de constitucionalidad de la reforma constitucional por parte de la justicia siempre ha sido un tema discutible y muy delicado, pues se está analizando una reforma constitucional, oportunidad donde la soberanía popular se encuentra más plena y, más encumbrada, con decisiones que resultan perdurables en el tiempo.

Si bien la justiciabilidad de la reforma constitucional no es nueva, ya que se ha desarrollado su análisis en varias oportunidades (12), sólo en el caso “Fayt” la Corte Suprema fue más allá declarando la nulidad de un artículo de la Constitución Nacional, lo que llevó a una aplicación semiplena de toda la Constitución Nacional, pues existió hasta ahora un artículo (art. 94 inc. 4) que no resultaba de aplicación.

En relación con el valor y la obligación de seguimiento de los precedentes del Máximo Tribunal de Justicia, es criterio consolidado por la misma Corte Suprema que si bien sus decisiones deben ser consideradas y consecuentemente seguidas en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica, esta regla no es absoluta ni rígida, pudiendo modificarse solamente cuando existan causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio (13), y la carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo realizar una sólida fundamentación, fijando su carácter excepcional.

En el caso “Schiffirin” se modificó lo establecido en el caso “Fayt”, realizando un estudio muy riguroso de los diferentes aspectos de la anterior doctrina, y con una perspectiva muy diferente desarrollando nuevos elementos del control judicial de la reforma constitucional, estableciendo un nivel de escrutinio amplio al 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 Magna Asamblea.

Para todo ello ha utilizado la Corte Suprema el juicio de ponderación en caso de relevancia institucional, donde sólo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente, según el Considerando 17, en dos supuestos:

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

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

Aquí vemos que existen dos aspectos a tratar, el adjetivo referido al proceso de reforma y el sustantivo referente a su contenido.

En el primer caso la Corte ha considerado el control judicial amplio y extensivo (14) por parte de la justicia sobre los procesos de reforma constitucional. Y en esta última cuestión aplicó con bastante énfasis la ex-

#### { NOTAS }

(10) Constituciones de Brasil, art. 101; Paraguay, arts. 252 y 261; Perú, arts. 146 y 201; Uruguay, art. 250; Chile, art. 80; Colombia, arts. 233 y 239; México, art. 94, entre muchas otras.

(11) Fallos: 300:241, 1087; 302:457, 484, 1149; entre otros.

(12) Fallos: 316:2743; 335:2360 y 338:249.

(13) Fallos: 248:115; 329:759; 337:47, entre muchos otros.

(14) En el Considerando 27, punto b), la Corte Suprema dijo que “Punto b) ...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; Punto c) El nivel de escrutinio del 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 Magna Asamblea...”

trema excepcionalidad o “*quod ultisima* en lo que hace a la realización del control judicial de la reforma constitucional y el *in dubio pro constituyente*, es decir, en caso de duda, debe jugarse a favor de la plenitud de poderes de la Convención Constituyente. Resulta lógica esta pauta pues dentro de los Poderes del Estado el más soberano, en un Estado Constitucional de Derecho, es el constituyente, pues de él surge todo el contenido de nuestra norma fundamental.

Por otra parte, en lo relativo al segundo caso, en la parte final del Considerando 17, la Corte Suprema establece una limitación a todos los Poderes del Estado, fijando la doctrina en donde “...La Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías

puedan derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos... La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso no se dirige a imponer valores sustantivos (...) sino a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que ésta se expresa”.

También se diferenció del caso “Fayt” en lo atinente a la norma habilitante de la reforma constitucional del art. 99, inc. 4, pues consideró que no es posible sostener con fundamentos consistentes que la Convención Constituyente transgredió los límites de la habilitación conferida por el Congreso de la Nación, pues resulta claro que la ley 24.309 incluyó el artículo referido a la actualización de las atribuciones del Poder Ejecutivo como uno de los temas habilitados para ser trata-

do, por lo que es evidente que tiene sustento jurídico suficiente en la letra de la ley citada.

Y en lo que hace a la limitación de la edad (75 años) para el ejercicio de la magistratura judicial consideró no lesionado el principio de independencia judicial, porque se trata de una limitación objetiva e impersonal, lo cual se desprende claramente de la finalidad de la norma así como de la intención de los constituyentes que es la inamovilidad mientras dure, en tiempo y forma, un juez en su cargo sin extender a ello el carácter de perpetuo o vitalicio.

Finalmente, si bien la Corte Suprema no resulta competente para indicar la conveniencia o inconveniencia del sistema elegido por el constituyente, resulta habilitada para realizar un escrutinio amplio sobre el juicio

de compatibilidad material de la reforma constitucional, y en este aspecto en lo que hace al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, los jueces deberán establecer este nuevo estándar, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo representada en la Convención Constituyente, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene dicha voluntad popular, teniendo siempre como elementos limitantes la estructura del sistema republicano como base del estatuto del Poder Constitucional, los presupuestos básicos de nuestra democracia, el Estado de Derecho, y los derechos humanos como supremos de todo el sistema jurídico. ●

Cita on line: AR/DOC/928/2017

# La justiciabilidad de una reforma constitucional

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema. Tesis actual del tribunal. — III. Las sentencias “colectoras”. — IV. El meollo del problema. ¿Hubo o no exceso en la convención constituyente de 1994? Las dos posturas. — V. Definición de la controversia. — VI. El argumento de los derechos adquiridos. — VII. Un tema complementario: la decisión de una convención constituyente y la soberanía del pueblo. — VIII. Conclusiones.

Néstor P. Sagiés

## I. Introducción

En el caso “Schiffrin”, resuelto el 28/3/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría de tres votos frente a una disidencia, ha cambiado explícitamente la jurisprudencia sentada anteriormente en el caso “Fayt” (1) donde por primera y única vez el alto tribunal reputó inconstitucional, y por ende inválida, un tramo de la reforma constitucional de 1994, concerniente a la fijación, por el constituyente, de un tope de edad (los setenta y cinco años), para permanecer en el cargo de juez federal.

En “Fayt”, la Corte había entendido que la convención constituyente de 1994 se había excedido del temario de convocatoria dispuesto por la ley 24.309, al reformar al actual art. 99 inc. 4. Ahora, considera que no hubo tal extralimitación.

Analizaremos algunas facetas del reciente decisorio del tribunal, sin pretender agotar todas ellas.

## II. Los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema. Tesis actual del tribunal

Naturalmente, la Corte Suprema puede mutar de parecer y cambiar sus tesis jurisprudenciales. Alguna vez indicó, con bastante razonabilidad, cuándo y cómo hacerlo (2).

Cabe destacar un dato muy positivo: en “Schiffrin”, la mayoría del tribunal entiende que cuando sustituye su doctrina judicial por otra, y especialmente en temas de significancia institucional, hay una carga argumentativa extra, que debe ser explícita. Esta es una directriz aplaudible, que es de esperar sea seguida siempre por la Corte. Elementales razones de seguridad jurídica, por cierto, obligan al más alto tribunal a explicar a la

sociedad toda, y en particular a los tribunales inferiores que, como ella subraya, están obligados a seguir sus lineamientos, cuándo sustituye y por qué una tesis jurisprudencial suya preexistente. Y debe hacerlo con la mayor claridad posible.

## III. Las sentencias “colectoras”

En “Schiffrin” hay, en verdad, cuatro votos. Tres coinciden, pero con fundamentos expuestos en votos aislados, en reputar válida la reforma constitucional que nos ocupa. El cuarto estima lo contrario.

“Schiffrin” es una sentencia que hemos llamado “colectora” (3), porque la resolución mayoritaria cuenta con tres votos dispersos. Es cierto que todos coinciden en los puntos 1 a 5 del primer voto, pero ellos no deciden el fondo del asunto. No obstante, y como dato que merece aprobación, hay tres considerandos que se repiten (nro. 27 en el voto del juez Lorenzetti, 47 en el juez Maqueda y 25 en el juez Rosatti), cuyos fundamentos, entonces coincidentes, dan sustento mayoritario al fallo.

Ante una sentencia “colectora”, y para saber si hay un veredicto jurídicamente válido, y no uno con “falsa mayoría”, el lector debe repasar con sumo cuidado los votos dispersos e inquirir si efectivamente son acordes en algún o algunos argumentos basales que fundamenten suficientemente el fallo (esto ocurre, felizmente, en “Schiffrin”). Menudo trabajo, por cierto algunas veces opinable. En realidad, es hartó conveniente que tal síntesis la haga directamente el alto tribunal, para darle al veredicto autoridad institucional, y no la meramente académica que pueden otorgarle los investigadores que analizan la sentencia, los que, a menudo, pueden no ser unánimes en el punto. Además, los rese-

ñadores de estas sentencias colectoras, en las revistas jurídicas especializadas, escogen en sus síntesis y definen con cierta frecuencia, a *piacere*, cuál es el común denominador de los votos dispersos, y presentan, como tesis del tribunal, algo que en realidad no es tal, sino solamente la opinión de uno o dos de sus jueces. La confusión posterior es inevitable.

En conclusión: es aconsejable abandonar las sentencias colectoras de votos dispersos con motivaciones múltiples y, por razones de seguridad jurídica, establecer que los jueces de nuestra Corte Suprema puntualicen, con absoluta certeza, en un voto único, cuáles son los fundamentos y motivaciones que conforman la mayoría necesaria para lograr una sentencia válida, en el seno del tribunal. Fijada claramente tal doctrina, entonces sí los órganos jurisdiccionales inferiores deberían seguirla. Desde luego, determinada esa doctrina mayoritaria, cada juez podría añadirle con toda libertad otros razonamientos suyos, en votos complementarios aparte, a mayor abundamiento, para completar su mirada personal sobre el asunto.

## IV. El meollo del problema. ¿Hubo o no exceso en la convención constituyente de 1994? Las dos posturas

La ley 24.309, de convocatoria a reforma y dictada por el Congreso sobre la base del ejercicio de su llamado “poder preconstituyente”, delimitó dos campos de acción por parte de la futura convención constituyente de 1994. Uno, acotado, fue el denominado “Núcleo de coincidencias básicas”, con un curioso sistema de votación para la convención, que debía aprobarlo o desaprobarlo en bloque. El otro, más distendido, era el de los “Temas que son habilitados por el Congreso Nacional, para su debate por la Convención Constituyente”. Aquí la Convención disponía de su margen tradicional de evaluación: podía o no aceptar la propuesta de reforma, y de consentirla, darle el contenido que escogiera.

El punto E) de esta zona decía: “Actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los arts. 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional” (se refiere al texto de 1853/60).

En el anterior art. 67 de la CN, indicaba en su inc. 5 que el presidente “Nombra los ma-

gistrados de la Corte Suprema y demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado”.

El nuevo art. 99 inc. 4, que modifica el otro art. 67 inc. 5, dispuso: “Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco 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”.

Para sostener la validez de la reforma, puede decirse, primero, que ningún documento internacional relativo al derecho internacional de los derechos humanos prohíbe establecer plazos razonables para el ejercicio de un cargo judicial. En segundo lugar, que el límite de 75 años no es absurdo, discriminador ni arbitrario, mediando razones que lo justifican (el convencional Alfonsín, en la convención constituyente, citó el caso de los obispos en la Iglesia Católica, con un tope similar). En tercer lugar, que la nueva regla está ubicada en la Constitución entre las atribuciones del Poder Ejecutivo, conforme a las cláusulas que hemos transcripto, razón por la que entraría en el cupo de enmiendas habilitado por la ley 24.309.

El argumento principal para condenar la reforma estima que la Convención constituyente incurrió en exceso porque no estaba habilitada para retocar (y por cierto que no lo hizo), el antiguo art. 97, hoy 110, que dispone en su inicio: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”. Habría entonces, se dice, una incoherencia entre admitir aquí una permanencia indefinida en el cargo (mientras dure la buena conducta), y por otro lado, en la reforma, establecer el tope de los 75 años, aunque hubiere buena conducta.

Otra observación, en pro de la tesis invalidatoria de la reforma, es que el “Núcleo de coincidencias básicas” tenía un apartado,

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CS, Fallos 322:1616. En sentido crítico a esta sentencia ver HERNÁNDEZ, Antonio María, “El caso ‘Fayt’ y sus implicancias constitucionales”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2001, p.12 y ss.

(2) CS, “B., A. D.”, JA 2006-II-92; ver SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 2006, ps. 280-282.

(3) SAGÜÉS, Néstor P., “Las sentencias colectoras”, ED 255-829.

## VIENE DE PÁGINA 15

el III, relativo a la “Designación de los magistrados federales”, cuyas reglas se incorporaron, en lo sustancial, al actual art. 99 inc. 4 de la CN, pero que no incluía la cuestión del tope de edad. De acuerdo con esta argumentación, la convención constituyente habría realizado una suerte de contrabando normativo, al sumarle al “núcleo de coincidencias básicas” algo que éste no trataba, infringiendo así el art. 5º de la ley de convocatoria 24.309, con la consiguiente sanción de nulidad absoluta de lo resuelto por exceso (art. 6, ley 24.309).

## V. Definición de la controversia

Las pautas para dilucidar la cuestión pasan por estos ejes fundamentales:

a) Reconocer la competencia judicial para evaluar si una reforma constitucional ejercida por un poder constituyente derivado es constitucional o no. Tal tema, polémico en el derecho comparado, parece contar ya en la Argentina con un derecho consuetudinario constitucional admisorio, después de “Soria de Guerrero”, “Fayt” y “Schiffrin”.

En este punto, la mayoría de la Corte coincide en que sí es justiciable el asunto, pero para evaluar vicios fundamentales habidos en el proceso de reforma (hay en “Schiffrin” un retorno a “Soria de Guerrero”)(4). También puede haber, observa algún voto, defectos de contenido, si se alteran cláusulas pétreas de la Constitución.

b) El control judicial de la constitucionalidad de una reforma constitucional, como lo hemos señalado desde lustros atrás(5), debe partir del principio de presunción de constitucionalidad de la reforma, que, en caso de duda, debe reputarse constitucional. Ello ocurre también con las leyes comunes (tesis de la “deferencia legislativa”), pero en el caso de una norma emanada de una convención constituyente, cuya jerarquía institucional es más relevante, el Poder Judicial debe actuar todavía con mayor precaución en su reputación de inconstitucionalidad (tesis de lo que podríamos llamar la “deferencia constituyente”).

c) El contenido del nuevo art. 99 inc. 4 de la CN, respecto del límite de edad que implanta, no viola, como indicamos, reglas del derecho internacional ni importa una solución absurda o arbitraria, por más que haya ar-

gumentos a favor de la designación vitalicia, en aras de reforzar la gestión de la judicatura y robustecerla frente a los vaivenes políticos. Tampoco puede decirse que mengüe la independencia del Poder Judicial, que en cambio, sí podría verse afectada por períodos inapropiadamente cortos de designación (6).

d) En el caso bajo examen, y en materia del procedimiento seguido en la reforma, el tema es opinable. Honestamente, hay significativos argumentos en pro y en contra de la tesis impugnativa de la enmienda que comentamos. Y como lo hemos indicado, la presunción de constitucionalidad de la reforma y la tesis de, mediando dudas, aceptarla, dirime el problema a favor de su constitucionalidad.

e) Admitida la constitucionalidad de la enmienda, el aparente conflicto entre el nuevo art. 99 inc. 4 y el 110, puede resolverse leyendo al último de esta manera: “los jueces... conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta [durante el período de su gestión]”. Ello importaría una interpretación orgánica y sistemática, desde luego compatibilizadora, del documento constitucional (7).

## VI. El argumento de los derechos adquiridos

El fallo “Schiffrin” trata, igualmente, una cuestión paralela. Es el caso de un juez federal designado antes de la reforma de 1994, vale decir, en el momento en que los nombramientos eran vitalicios, y que ahora vería recortada su gestión por el tope de edad de los setenta y cinco años.

La mayoría de la Corte estima que nadie tiene derecho al mantenimiento *in eternum* de un determinado régimen jurídico. La argumentación, muy reiterada en la jurisprudencia de la Corte, es en general correcta pero resulta relativa. Una reforma constitucional puede acortar mandatos legislativos o presidenciales, o extenderlos, pero no podría válidamente afectar derechos emergentes, por ejemplo, del Pacto de San José de Costa Rica, como, en términos generales, el derecho a la propiedad privada, en los términos allí enunciados (art. 21), o el de réplica, rectificación o respuesta (art. 14).

Al respecto, en ningún instrumento del derecho internacional de los derechos humanos se asegura el derecho de un juez a una designación vitalicia, so pretexto de su independencia, aunque el Estado sí está en condiciones de establecerlo en su Constitución. También, *a pos-*

*teriori*, podría modificar esta última, estableciendo plazos, siempre que fueran adecuados y razonables (los nombramientos por términos injustificadamente reducidos generarían atentados a la independencia del magistrado, v.gr. por presiones para renovar o no renovar su nominación, o chantajes para obtener nuevos acuerdos, o claudicaciones y favoritismos destinados a lograr la continuidad, etc.).

De todos modos, cabe pensar que si un juez fue nombrado con carácter vitalicio y una reforma constitucional posterior acorta su tiempo de desempeño, podrían quizá generarse reparaciones patrimoniales por daños derivados de tal decisión, por más que todo derivara de una actividad lícita (en este caso, constituyente) del Estado, y dentro de las pautas vigentes en esa temática.

## VII. Un tema complementario: la decisión de una convención constituyente y la soberanía del pueblo

En el considerando que se repite en los tres votos de la mayoría, y que afortunadamente da validez a la sentencia (repetimos: 27 del Juez Lorenzetti, 47 del Juez Maqueda y 25 del Juez Rosatti), su punto g) afirma que lo decidido por la asamblea constituyente significa la voluntad soberana del pueblo.

Tal tesis no surge del art. 30 de la CN. Además, que una convención haya sido electa por el pueblo no implica necesariamente que ese pueblo (en concreto, con más precisión, la mayoría del mismo) comparta íntegramente lo decidido después por aquélla. Eso es un dato cuya respuesta la dará la sociología política y jurídica: puede ser que la mayoría de la comunidad adhiera a lo resuelto, o que lo haga en parte sí y en parte no, o que incluso no tenga opinión cierta sobre algunos tramos de lo reformado. La tesis *vox asamblea, vox populi*, en resumen, vale en el orden de las realidades si efectivamente tenemos encuestas o consultas que refrenden tal hipótesis. En cuanto al tema de la limitación por razones de edad del período de desempeño de los jueces federales, un asunto que no figuraba expresamente en la convocatoria a reforma constitucional, francamente resulta arriesgado afirmar que lo aprobado por la convención era realmente la voluntad del pueblo. No tenemos datos serios sobre ello, en un sentido o en otro.

Lo que sí es cierto es que la decisión de la asamblea constitucional vale jurídicamente como voluntad del Estado argentino.

## VIII. Conclusiones

El caso “Schiffrin” corrige explícitamente y dando razones, que resultan adecuadas

(como lo he expuesto en muchas oportunidades anteriores), la tesis del fallo “Fayt” sobre la validez de la reforma constitucional de 1994, respecto del art. 99 inc. 4 de la CN. Se trata de una enmienda opinable, en su proceso de adopción y en su contenido, y precisamente por tal carácter está amparada por la presunción de constitucionalidad reforzada respecto de las decisiones de una asamblea constituyente.

Paralelamente, es acertado que la Corte mantenga, aunque reencuadrándola, la doctrina del control judicial de las reformas constitucionales, siempre con criterios restrictivos en tal quehacer.

A su turno, una reforma constitucional está habilitada para acortar períodos de gestión de funcionarios y magistrados, aunque una decisión de tal tipo sea también controvertida y en ciertos casos pueda colisionar con reglas del derecho internacional de los derechos humanos (v.gr., si fijara términos inadecuadamente cortos para el desempeño de jueces, que de hecho podrían tornarse en magistrados transitorios, o si se manipularan los acortamientos de mandato con fines *non sanctos* de tipo, v.gr., partidista. Ello atentaría contra la exigencia de contar con jueces imparciales e independientes, como pregona liminarmente el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica)(8). El art. 99 inc. 4 de la CN no padece ese vicio (9). Su aplicación a jueces que antes de la reforma gozaban de nombramientos vitalicios merecería estudiarse, no obstante, en el capítulo de la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad lícita.

Finalmente, por elementales razones de seguridad jurídica, resulta aconsejable que la Corte Suprema, cuando dicta un pronunciamiento, exponga de modo muy claro y preferentemente en un voto unificado, en qué puntos básicos coinciden los jueces que le dan sustento mayoritario a la sentencia, tanto para dar validez al veredicto (disipando las dudas de mediar o no una “mayoría falsa”, algo no tan infrecuente en las “sentencias colectoras”), como para que eso configure la doctrina a seguir por los tribunales inferiores. También, para que la sociedad entienda cuál es la voz de la mayoría del tribunal. Todo ello sin perjuicio de que los jueces, en votos complementarios, agreguen, si lo desean, sus otros argumentos personales.

Algo de eso se ha hecho en “Schiffrin”. Y es de desear que el sistema se perfeccione en el futuro. ●

## { NOTAS }

(4) CS, Fallos 256:558. En esta sentencia, donde se impugnaba la aprobación —en 1957— del art. 14 bis de la constitución, la Corte señaló que la evaluación judicial del trámite de sanción de una reforma no era viable en principio, como cuestión política no justiciable, pero que ello cedía “en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicional la creación de la ley”. En el caso, entendió que ello no se había probado.

(5) Ver, por ejemplo, SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Constitucional. El Estatuto del Poder”, t. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, p.224.

(6) Por ejemplo, un nombramiento por tres o cuatro años promueve peligrosas dependencias del juez respecto de los órganos, grupos, personas o partidos involucrados en su renovación en el cargo.

(7) La interpretación orgánica o sistemática de la Constitución enseña que sus cláusulas no están aisladas, sino que deben entenderse de modo coordinado, procurando que armonicen entre sí y que no se contrapongan o autobloqueen. Ver el tema en SAGÜÉS, Néstor P., “Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario”, 4ª edic., 2ª reimp., t. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2013, p.8 y ss.

(8) Es de recordar, en Argentina, que la Constitución nacional de 1949 dispuso la caducidad de los mandatos legislativos nacionales, al 30/4/1952, para unificarlos. También estableció la caducidad de ciertos mandatos de los senadores (ver cláusula transitoria sexta). Respecto de todos los jueces federales, la disposición transitoria cuarta determinó que debía requerirse nuevamente el acuerdo del Senado, durante el primer período legislativo siguiente a la sanción de tal Constitución. Tal cláusula fue censurada en su momento, ya que podía importar un mecanismo de domesticación de la judicatura por parte del partido gobernante, al establecer, indirectamente, la conclusión de la gestión de los jueces que no obtuvieron el referido nuevo acuerdo, pese a que ya habían sido nombrados, antes de la nueva constitución, con conformidad senatorial.

(9) Dejamos para otro momento el tema de la legitimidad del régimen dispuesto por el art. 99 inc. 4 de la CN, en cuando la posibilidad de que, cumplidos los 75 años, pueda haber renovaciones periódicas por cinco años para el juez del caso. Este lapso, en principio, parece escaso y podría eventualmente perjudicar la independencia del juez (ver nota 6). Hasta el momento no ha ocurrido algún caso donde se pusiera en práctica tal dispositivo constitucional.

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº8, Secretaría Nº15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que RUBY YANNETH TERRANOVA TABORDA, nacida en Valle del Cauca – Cali – Colombia, el 3 de septiembre de 1975, con D.N.I. 94.415.935 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LALEY. **Buenos Aires, 7 de marzo de 2017** Miguel Augusto Álvarez, sec. int. **LALEY: I. 06/04/17 V. 06/04/17**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº8, Secretaría Nº15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que TZU SUNG CHEN, nacido en Kaohsiung – Taiwan – República China, el 1 de junio de 1993, con D.N.I. 93.777.229 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LALEY. **Buenos Aires, 16 de marzo de 2017** Miguel Augusto Álvarez, sec. int. **LALEY: I. 06/04/17 V. 06/04/17**

El Juzg. Nac. de 1ra. Inst. en lo Civ. y Com. Fed. Nro. 4, Sec. Nro. 8, informa que LAURA MADALINA CIUCA, de nacionalidad rumana, licenciada en psicología, D.N.I. Nº93.693.659, ha iniciado los trámites para obtener la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días. **Buenos Aires, 29 de septiembre de 2016** Mariana Roger, sec. **LALEY: I. 06/04/17 V. 06/04/17**