

# III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, España y Portugal

---

## Ponencia de **Argentina**



1

“III Conferencia de Justicia Constitucional  
de Iberoamérica, Portugal y España”

“DECLARACIÓN DE NULIDAD DE  
NORMAS INCORPORADAS EN UNA  
REFORMA CONSTITUCIONAL”

Ponencia del doctor Julio S. Nazareno,  
Presidente de la Corte Suprema de Justicia  
República Argentina

El 19 de agosto del corriente año la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró la nulidad del artículo 99, inciso 4º, párrafo 3º y la cláusula transitoria undécima de la Constitución Nacional, normas que habían sido incorporadas tras la reforma constitucional de 1994.

Era la primera vez que el Tribunal, en ciento treinta y tres años de continuo funcionamiento, adoptaba una decisión de esta naturaleza. Mediante ella se amplió el objeto del control de constitucionalidad, admitiendo la declaración de invalidez de las normas dictadas por una Convención Reformadora de la Constitución cuando exceden la competencia material para la cual dicho órgano, que tiene a su cargo el ejercicio del poder constituyente derivado, fue convocado.

Si bien es cierto que los jueces deben hablar por sus sentencias, entiendo que una conferencia en la que se reúnen magistrados que tienen a su cargo el ejercicio de la jurisdicción constitucional, es el marco más apropiado para profundizar algunos aspectos del régimen constitucional argentino, tales como los relativos al procedimiento de reforma de la constitución, el control de constitucionalidad de las normas y, en especial, los distintos factores que influyen sobre el ánimo de un juez que –junto a otros colegas- debe adoptar una decisión como la que he mencionado.

## **1) La Reforma de la Constitución Argentina.**

Sabido es que toda Constitución rígida debe regular, entre otras cosas, el procedimiento que habrá de seguirse para reformarla. La Constitución Argentina no escapó a esa regla, pero lo hizo solamente con las cuarenta y seis palabras del lacónico artículo 30.

Tan breve es dicha norma que no resisto la tentación de citarla textualmente en esta ponencia. Dice el artículo 30:

*“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.”*

Parafraseando a Winston Churchill podría decirse: “Nunca una cuestión tan importante fue regida con tan pocas palabras”, pero esa es la norma constitucional expresa que rige a nuestro procedimiento de reforma.

Tres reformas en el siglo pasado y otras tres –aunque una de ellas dejada sin efecto y otra convocada por un gobierno de facto- en el presente no sólo introdujeron cambios a la constitución de 1853 –propósito para el que fueron realizadas- sino que, sin percibirlo, fueron elaborando un cuerpo de normas consuetudinarias, que complementaron –como costumbres *praeter legem*- al breve texto que la Constitución destinó para regular su procedimiento de reforma.

No sin pocas discusiones, más políticas que jurídicas, y con algunos matices particulares –según la reforma de que se trate- las normas consuetudinarias que terminaron por imponerse fueron las siguientes:

1) *La declaración de la necesidad de reforma constitucional la efectúa el Congreso mediante el dictado de una ley;*

2) *Para aprobar esa ley –como sucede con todas las leyes- sesionan el Senado y la Cámara de Diputados por separado,*

3) *La mayoría de dos tercios para declarar la necesidad de la reforma de la Constitución debe calcularse tomando como base a la totalidad de los integrantes de cada cámara.*

4) *El Congreso debe determinar cuáles son las normas de la Constitución que es necesario reformar, porque de esa manera limita la competencia material de la Convención Reformadora.*

5) *Las normas que rigen la elección de los convencionales son las mismas que se utilizan para la elección de los diputados nacionales.*

6) *Los convencionales gozan de los mismos privilegios e inmunidades que amparan a los legisladores.*

Ese conjunto de normas, integrado por el artículo 30 de la Constitución Nacional y las reglas consuetudinarias que he mencionado, son las que rigen el procedimiento de reforma de la Constitución Argentina.

Como es natural en toda república el titular del poder constituyente es el pueblo argentino. La soberanía del pueblo fue uno de los principios que sustentaron el inicio del proceso de emancipación de la Argentina en 1810. Los constituyentes de 1853 se presentan en el Preámbulo de la Constitución como ***“los representantes del pueblo de la Nación Argentina”*** y en su nombre ordenaron, decretaron y establecieron la Constitución Argentina. La soberanía del pueblo está implícita en la forma republicana que, según el artículo 1º de la Constitución, la Nación Argentina adoptó para su gobierno y es uno de los principios de los que nacen los derechos y garantías no enumerados a los que hace referencia el art. 33.

Este es un dato de fundamental importancia porque la democracia –en la que el pueblo es el soberano- ha sido el principio legitimador que dio origen a la Constitución Argentina y, en consecuencia, es el principio que legitima también a su reforma y a su interpretación.

## **2) La Reforma Constitucional de 1994.**

Desde que fue restablecido el orden constitucional en 1983 hubo iniciativas –más o menos serias- que propiciaban la reforma de la Constitución. Acontecimientos de diversa índole impidieron que alguna de estas iniciativas prosperase hasta 1993. Superando recelos recíprocos, en noviembre de ese año el Presidente de la Nación y su predecesor, ambos líderes de los partidos políticos con mayor caudal de votos, se reunieron y establecieron las bases para impulsar un proceso de reforma de la Constitución.

La reforma constitucional de 1994 se ponía en marcha. Nacida a partir de un acuerdo de dos dirigentes rápidamente se proyectó hacia los respectivos partidos que no tardaron en asimilar la propuesta y manifestar orgánicamente su conformidad con ella. Vino después la hora de los especialistas de ambos partidos, que se encargaron de precisar los términos del acuerdo político para volcarlos en el proyecto de ley que declarararía la necesidad de la reforma constitucional.

Cumpliendo prácticamente con todos los requisitos exigidos por la Constitución y las normas consuetudinarias, el 29 de diciembre de 1993 el Congreso de la Nación declaró la necesidad de reformar la Constitución Argentina.

Sin embargo, tanto en los acuerdos que la precedieron como en el texto de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, existían algunas disposiciones que ponían de manifiesto la desconfianza –fruto de una democracia todavía joven- que existía entre los partidos que propiciaban la reforma.

Todo aquello que cada uno de los dos partidos consideraba que era esencial reformar –aunque mucho no le gustase al otro- fue incluido en un extenso capítulo –de variado contenido- llamado “*Núcleo de Coincidencias Básicas*”, que tenía dos características que muestran el recelo que existía entre los partidos:

- 1) Bajo pena de nulidad debía ser aprobado o rechazado en su totalidad por la Convención Reformadora. No era posible aprobar parcialmente el “*Núcleo de Coincidencias Básicas*”. Esta limitación legal recibió el nombre de “*cláusula cerrojo*”.

- 2) Respecto del “*Núcleo de Coincidencias Básicas*” las competencias de la Convención Reformadora resultaban aún más limitadas porque la redacción de las normas

que lo componían era tan detallista que parecía como si el Congreso estuviese “dictando” a los convencionales el contenido de la reforma.

Esto dio lugar a que otras agrupaciones políticas manifestasen su desacuerdo con la forma en que se pretendía imponer las coincidencias de los partidos mayoritarios, aunque estuviesen de acuerdo con la necesidad de reformar la constitución.

**Estas eran las propuestas que los órganos políticos de gobierno y los partidos hacían al pueblo argentino ¿Cuál fue la respuesta?**

El 10 de abril de 1994, sin ninguna proscripción, se efectuaron las elecciones de los convencionales. Votó el 76% de los electores habilitados para hacerlo. De ellos cerca de un 60% estuvo a favor de los partidos que propusieron el “Núcleo de Coincidencias” y un 25% votó por partidos que, si bien estaban de acuerdo con la reforma de la Constitución, no coincidían con el Núcleo y “la cláusula cerrojo”. Es decir, que existía una amplísima mayoría de votantes que estaban a favor de reformar la Constitución.

Una vez que la Convención Reformadora se reunió aprobó su reglamento que contenía una disposición idéntica a la “cláusula cerrojo” y, por amplia mayoría, el 1º de agosto de 1994 fue aprobado el “Núcleo de Coincidencias”. Tres semanas después los convencionales aprobaron el texto definitivo de las reformas y la Convención concluyó su tarea.

Las más altas autoridades del Estado y los convencionales juraron la Constitución el 24 de agosto de 1994. Es interesante destacar, como ejemplo de convivencia dentro del sistema democrático, que los convencionales de algunos partidos minoritarios que no estaban de acuerdo con muchas de las reformas también juraron la Constitución y, mostraron, de esa manera, su respeto a lo decidido por voluntad de la mayoría.

Quien conoce la historia de las reformas constitucionales argentinas, sabe que las tres que se realizaron en el siglo pasado se hicieron dentro de lo que Burdeau llamó “*la democracia gobernada*”, la democracia de notables y sabe también que las dos reformas posteriores se hicieron en un país profundamente dividido y enfrentado, con persecuciones políticas y proscripciones. Por eso puede afirmar que, con todas sus imperfecciones y

objeciones –muchas acalladas por el transcurso del tiempo-, desde el punto de vista del principio democrático, la reforma constitucional de 1994 es, de todas las reformas constitucionales, la que tiene mayor legitimidad.

Con esa convicción y como integrante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación juré –junto a mis colegas- *“cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional conforme al texto sancionado en 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y las modificaciones realizadas por la reciente Convención Constituyente, en los términos de las normas que habilitaron su funcionamiento”*<sup>1</sup>

### **3) Las Normas Constitucionales Cuestionadas.**

En el capítulo referido a las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, tras regular lo relativo al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los demás jueces de los tribunales inferiores –todos los cuales requieren el acuerdo del Senado- en el artículo 99, inciso 4º, párrafos 1º y 2º, la Convención Reformadora insertó el siguiente párrafo:

*“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”.*

Dicha norma fue complementada por la Disposición Transitoria Undécima que añadió:

*“La caducidad de los nombramientos y la duración limitada prevista en el artículo 99 inciso 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional”.*

Antes de referirme al origen de estas normas debo advertir que mediante ellas se establecía una excepción de carácter objetivo –se operaba por el transcurso del tiempo- al

---

<sup>1</sup> Acordada de la Corte Suprema 58, Fallos 317:570; Libro de Actas de la Corte Suprema, folios 339 y 343.

principio de inamovilidad de los jueces que consagra el actual artículo 110 de la Constitución que mantiene a los jueces en sus cargos “mientras dure su buena conducta”, es decir que la inamovilidad de los jueces perduraba mientras su mala conducta –causal subjetiva- no diera lugar a su remoción.

Tal principio, originado en el Acta de Establecimiento Inglesa de 1701, luego pasó al Artículo III, Sección I, de la Constitución de los Estados Unidos de América y de allí a las Constituciones Argentinas de 1819 (art. 102) y 1826 (art. 115), hasta asentarse en el artículo 96 de la Constitución de 1853-1860. La reforma de 1994 sólo cambió su numeración pues pasó a ser el artículo 110, pero no cambió su contenido.

No me corresponde abrir juicio acerca de la conveniencia de fijar un tope temporal, establecido en la edad de 75 años, a la inamovilidad de los jueces. Sin embargo, observo que dicho tope no fue contemplado para los integrantes de otros poderes, que pueden ejercer funciones tanto o más delicadas que las de los jueces.

En ese sentido recuerdo que Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón, comenzaron su segunda y tercera presidencia, respectivamente, cuando superaban los setenta y cinco años.

Además, me cuesta imaginar a John Marshall –que murió a los 79 años, cuando hacía 34 que presidía la Suprema Corte de los Estados Unidos de América-, solicitando a los setenta y cinco años un nuevo acuerdo de los Senadores.

También me costaría explicarle el sentido de esta norma al senador Strom Thurmond, que, desde las alturas de sus 96 años, ejerce la Presidencia *pro tempore* del Senado de los Estados Unidos de América y es, en consecuencia, el tercero en el orden sucesorio presidencial norteamericano.

El senador Thurmond es también uno de los miembros más activos de la influyente Comisión Judicial del Senado, encargada de asesorar a la Cámara, cuando presta los acuerdos para la designación de jueces.

Curiosamente, si el senador Thurmond tuviera que ejercer las mismas funciones en la Argentina y aplicar la norma que la Corte anuló, debería evaluar –seguramente lo haría

con el valor agregado de su inigualable experiencia- si constituye un impedimento para el ejercicio de las funciones judiciales la edad de personas que tienen veintiún años menos que él.

Pero, digresiones aparte, volvamos a la reforma constitucional de 1994.

¿Cómo fueron introducidos, entonces, el párrafo tercero del artículo 99, inciso 4° y la disposición transitoria undécima?

En forma expresa no figuraban en el “Núcleo de Coincidencias básicas”: Ni en el acordado por los partidos, ni en el texto incluido en el artículo 2° de la ley 24.309. Éste último, que a los efectos jurídicos es el que reviste mayor interés, incluía en el apartado I) – denominado “**Designación de los magistrados federales**”-, normas de contenido similar a las que después fueron incorporadas en los primeros dos párrafos del inciso 4°, del artículo 99. Pero nada hay allí que se parezca a lo que fue después el párrafo tercero incorporado por la Convención.

Tampoco había ninguna referencia a la citada excepción al principio de inamovilidad de los jueces en el apartado J), que trataba de la “**Remoción de los Magistrados Judiciales**”.

Más aún, en la ley 24.309 no se incluía al artículo 96 de la Constitución –que regulaba la inamovilidad de los judiciales- entre las normas que la Convención debía reformar.

Ni siquiera podía sostenerse que la inclusión fuera implícita. Ello, en primer lugar, por los riesgos que la imprecisión de la noción de lo “implícito” puede tener en un ámbito como es el de la reforma constitucional en el cual –teniendo en cuenta que se trata de una constitución rígida- la precisión es lo más aconsejable. Además, se trataba de una norma que se refiere a la finalización de las funciones de los integrantes de uno de los poderes del Estado –el Judicial- y no puede inferirse que ella deba estar incluida razonablemente en el capítulo relativo a las atribuciones del Poder Ejecutivo, que si algo tiene que ver con las designaciones de los jueces, nunca tuvo nada que ver con sus remociones.

En este punto, no es inoportuno recordar una advertencia que formula Konrad Hesse: *“Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional”*.<sup>2</sup>

**Estos datos fueron tenidos en cuenta en la sentencia que dictó el Tribunal cuando invalidó a dichas normas.**

El párrafo en cuestión no estaba en el “Núcleo de Coincidencias Básicas”, tampoco estaba “protegido” por la cláusula cerrojo ¿Cómo llegó entonces al texto de la constitución reformada?.

Cuando la Convención Reformadora en su sesión plenaria del 1º de Agosto de 1994, aprobó el texto del que sería el artículo 99, inciso 4º, junto a todas las que integraban el “Núcleo de Coincidencias Básicas”, tal como correspondía reglamentariamente, no incluyó a dicho párrafo.

Éste hizo su aparición en la reunión de la Comisión de Redacción, realizada el 18 de agosto de 1994, con el objeto de tratar la *“Actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional”* (apartado E del artículo 3º de la ley 24.309, que comprendía a los temas habilitados para su tratamiento por la Convención). Allí, la Comisión aprobó la inclusión del citado párrafo.

Si bien es cierto que algunos convencionales advirtieron que dicha norma afectaba a la inamovilidad de los jueces y no correspondía su inclusión, la mayoría la aprobó juntamente con la disposición transitoria undécima en la sesión de la Convención del 19 de agosto de 1994.

Sin embargo, nadie recordó que el artículo 99, inciso 4º ya había sido aprobado, sin el párrafo en cuestión, en la sesión del 1º de agosto de 1994.

El artículo 5º de la ley exigía que los temas contenidos en el “Núcleo de Coincidencias” debían ser votados conjuntamente. Si pudiera considerarse que la cláusula

---

<sup>2</sup> Hesse, Konrad, *“Escritos de Derecho Constitucional”*, Centro de Est. Const., Madrid, 1992, págs. 101/2.

del art. 99, inc. 4, párrafo tercero, integraba dicho núcleo, debió haber sido votada en la sesión del 1º de agosto, y no en la del 19, o, al menos, esto debía haberse advertido en la última votación.

Dos eran, entonces, los vicios que afectaban a esas normas:

1) La Convención había votado un tema para el cual no había sido habilitada expresa o implícitamente por el Congreso.

2) Sin advertirlo, la Convención se pronunció en dos oportunidades sobre la reforma de una misma norma constitucional.

¿Cuáles eran las consecuencias previstas en la ley declarativa de la necesidad de la reforma si se produjese alguno de estos vicios?

El artículo 6º de la ley consideraba que las modificaciones, derogaciones y agregados que realizase la Convención apartándose de la competencia establecida en la ley serán nulas de nulidad absoluta.

#### **4) El Caso “Fayt”.**

El Dr. Carlos S. Fayt, integrante desde el 22 de diciembre de 1983 del Tribunal que presido, promovió la acción declarativa prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declarase la nulidad del artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la Constitución, atento a que esta última norma lesionaba su derecho a la estabilidad en el cargo, reconocido por el artículo 110,

El demandante estaba legitimado para actuar tanto por su condición de magistrado de la Corte, como también por el hecho de que en el momento en que la reforma fue sancionada tenía setenta y seis años.

La vía intentada –la acción declarativa de certeza- se justificaba porque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal (Fallos 307: 1379 y 1804), tiene una finalidad preventiva que no requiere para su procedencia la consumación de un daño en los derechos que se busca proteger en los estrados judiciales.

En cuanto a los argumentos en los que fundó su pretensión, ellos coinciden con los que ya he reseñado al referirme a los vicios que afectaban a la inclusión de las normas cuestionadas en el texto constitucional, como así también con los efectos que atribuían (nulidad). A ellos añadió algunas consideraciones relativas a la justiciabilidad de cuestiones de esta naturaleza que, al limitar la inamovilidad de los magistrados afectaban a la independencia del Poder Judicial de la Nación y a la forma republicana de gobierno.

En primera instancia fue admitida la demanda y declarada la nulidad de las citadas normas constitucionales. Para decidir de esa manera se juzgó que ***“convalidar una norma dictada por la Convención Constituyente cuyo tratamiento no estaba autorizado por la ley de convocatoria constituye un grosero apartamiento de la Constitución Nacional”***, conclusión a la que se llegó tras un minucioso examen de las normas que habían habilitado la actuación de la Convención Reformadora.<sup>3</sup>

En cambio, la cámara de apelaciones juzgó que no era necesaria la declaración de inconstitucionalidad de las normas agregadas por la Convención, porque no eran aplicables para decidir el caso.

Los integrantes del tribunal de segunda instancia distinguieron la situación de los jueces nombrados según las normas vigentes antes de la reforma de 1994, de la de aquellos que fueran designados con posterioridad a dicha reforma y de acuerdo con el sistema establecido por las nuevas normas. La limitación temporal a la inamovilidad de los jueces establecida por el artículo 99, inc. 4, párrafo tercero de la Constitución Nacional, no se aplicaba a los primeros –como era el caso del Dr. Fayt-, pero sí regía para los segundos.

La decisión se fundó en una interpretación literal del artículo 99, inciso 4.

Cabe recordar que dicha norma regula en su primer párrafo el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el segundo a la designación de los demás jueces de la Nación y que, en ambos casos, introdujo modificaciones al régimen vigente con anterioridad. Por su parte, el párrafo tercero dice: *“Un nuevo nombramiento,*

---

<sup>3</sup> La sentencia fue dictada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal el 30 de abril de 1998. Está publicada en La Ley, T. 1998-D-571.

*precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados...”.*

Interpretando los términos con los que estaba redactado ese párrafo los magistrados de la cámara sostuvieron que el pronombre demostrativo “esos” –al establecer una clara línea divisoria- limitaba los alcances de la norma citada solamente a los magistrados de todas las instancias que fueran designados de acuerdo con el nuevo régimen establecido por la reforma.

En consecuencia, al no resultar aplicables al caso las normas en cuestión, no correspondía que el tribunal se expidiese acerca de su validez.

Contra esa decisión el Estado Nacional interpuso un recurso extraordinario federal. Entre otros argumentos, sostuvo la validez de las normas cuestionadas afirmando que la Convención Reformadora estaba habilitada para dictarlas. Agregó que dichas normas se aplicaban a todos los magistrados y no distinguían la fecha y la forma de designación, distinción que tampoco debían hacer los intérpretes de las normas constitucionales, frente a las que –añadió- no existen derechos adquiridos al ejercicio vitalicio del cargo.<sup>4</sup>

A continuación tomó vista de las actuaciones el Procurador General de la Nación, que, tras pronunciarse en sentido favorable a la admisibilidad de la vía procesal utilizada por el demandante, sostuvo que la sentencia de la cámara debía ser revocada y la demanda rechazada. Fundó esa postura en los siguientes argumentos:

- 1) La interpretación literal resultaba insuficiente para determinar los alcances del artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Añadiendo otros métodos interpretativos como el sistemático, el histórico y el finalista podía concluirse que la intención del constituyente había sido incluir al actor dentro de las previsiones de la norma.
- 2) Tampoco podía afirmarse –como se había hecho en la sentencia impugnada- que el actor tuviera, durante la vigencia del régimen anterior, un derecho adquirido a permanecer en el cargo en forma vitalicia fundado en normas constitucionales posteriormente reformadas. A

---

<sup>4</sup> La sentencia fue dictada por la Sala III de la Cámara Nacional de apelaciones en lo contencioso Administrativo Federal. Está publicada en El Derecho, diario del 5 de marzo de 1999, pág. 1.

juicio del Procurador General esto era así porque en el caso se trata de una disposición constitucional que fue modificada por otra de igual rango y, según su opinión: **“no puede hablarse de inconstitucionalidad de normas constitucionales”**.

3) Que la Convención Reformadora no sólo estaba facultada para modificar aquellos temas para los cuales había sido convocada expresamente, sino que –reproduzco las palabras del Procurador General- **“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 de forma ostensible”**.

Para facilitar la comprensión de un texto que no parece sencillo, sostuvo que no podía encorsetarse indebidamente la actuación de la representación máxima del pueblo soberano, que es el órgano constituyente, el que goza de facultades implícitas destinadas al mejor cumplimiento de los fines para los que fue convocado.

Al no haberse extralimitado la Convención correspondía mantener la validez de las normas cuestionadas. De haber ocurrido lo contrario sería procedente la declaración de nulidad.

4) La habilitación dada a la Convención para reformar lo relativo a la designación de los jueces comprendía la inclusión de una norma como la del artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, que establecía un límite temporal, dependiente de la edad del magistrado, a la validez de su nombramiento, sin que esto importe establecer una nueva causal de remoción y, menos aún, afectar el régimen de inamovilidad de los magistrados.

Aconsejó que se obrara con prudencia *“en el juzgamiento de la posible declaración de nulidad de una cláusula constitucional, pues la zozobra e inseguridad que provocaría tal declaración en la sociedad, obliga a actuar con suma cautela y a extremar los recaudos interpretativos coherentes para preservar la salvaguarda de la armonía entre sus disposiciones”*.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> El dictamen está publicado en La Ley, diarios del 27 y 28 de septiembre de 1999.

En otra pieza procesal, añadida al dictamen, el Procurador General de la Nación solicitó a los integrantes del Tribunal que se excusaran de intervenir en las actuaciones, recusándolos subsidiariamente.

Ambos pedidos fueron fundados en el hecho de que **“el actor es un magistrado del Alto Tribunal que será juzgado por sus pares, quienes ...respecto del fondo de la cuestión debatida pueden esgrimir similares agravios”**.<sup>6</sup>

La Corte rechazó la recusación fundando su decisión en que –según las normas procesales- tal pedido está reservado a las partes y la intervención que legalmente se da al Procurador General se limita a que dictamine acerca de si corresponde a la competencia del Tribunal la cuestión constitucional articulada en el recurso extraordinario, sin que asuma el carácter de parte.

Para disipar todo tipo de dudas respecto de su excusación la mayoría de los miembros del Tribunal –entre quienes me incluyo- consideraron que no estaban comprendidos en ninguna de las causales que para hacerlo establecen las normas que rigen el procedimiento, añadiendo que no tenían ningún interés personal, económico o pecuniario en el asunto, ni habían promovido ninguna demanda similar a la iniciada por el Dr. Fayt.<sup>7</sup>

Sólo el Dr. Petracchi se excusó de intervenir en las actuaciones. Obviamente, tampoco intervino en ellas como juez el Dr. Fayt.

La hora más difícil se acercaba: el expediente ya estaba en condiciones de ser resuelto por la Corte.

## **5) Nulidad de una Reforma Constitucional.**

### **A) Requisitos del control de constitucionalidad.**

---

<sup>6</sup> Publicado en La Ley, diario del 28 de septiembre de 1999.

<sup>7</sup> Sentencia publicada en La Ley, diario del 28 de septiembre de 1999, pág. 7.

El primer paso era establecer si, de acuerdo con las normas procesales, se trataba de un asunto que debía ser resuelto por el Tribunal. Este examen preliminar –normal en todo expediente que ingresa en la Corte- exigía en este caso una consideración especial, porque si lo que debía controlarse era si la Convención Reformadora se había excedido en sus facultades, no era lógico que hiciera lo mismo quien se encargaba de controlar.

El control de constitucionalidad exige que la cuestión constitucional se haya planteado en una causa judicial (art. 116, C.N.), que el planteo lo haga una parte cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto lesionados por la norma cuya declaración de inconstitucionalidad solicita. Como surge de los antecedentes que he reseñado, todos estos recaudos estaban cumplidos en el caso “Fayt”.

En cuanto a la vía elegida por el demandante, la acción meramente declarativa, prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, era una vía válida, según lo había establecido jurisprudencia del Tribunal, que databa de catorce años atrás.

El recurso extraordinario federal, mediante el cual el asunto llegó a conocimiento de la Corte, exige además que se encuentre en tela de juicio la validez o interpretación de normas federales y que la decisión, adoptada por el superior tribunal de la causa, fuera contraria al derecho invocado por el recurrente.

Todo esto sucedía en el caso en el cual se debatían la validez y los alcances del artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero de la Constitución Nacional y allí la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, había interpretado que no se extendían sus efectos al actor, resolución contraria a la sostenida por el Estado Nacional que interpuso el recurso.

En los considerandos 3º y 4º de la sentencia, la Corte estableció que todos estos recaudos procesales estaban cumplidos.

#### **b) Justiciabilidad.**

También correspondía que el Tribunal se pronunciase acerca de si trataba de una cuestión justiciable y, en consecuencia, si estaba habilitado para decidirla.

Los precedentes que existían en el derecho argentino, no eran demasiado explícitos.

Para empezar, en el caso **“Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.”**<sup>8</sup>, resuelto el 20 de septiembre de 1963, la Corte había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el control de constitucionalidad de la reforma constitucional efectuada en 1957.

Cabe recordar que la Convención Reformadora de 1957 fue convocada por un gobierno de facto y que en las elecciones para convencionales el mayor porcentual correspondió a los votos en blanco. No obstante ello, la Convención se declaró soberana y sancionó una modificación al artículo 67, inciso 11, no prevista en la norma que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

En el caso, el planteo se refería a la validez del artículo 14bis de la Constitución - relativo a los derechos sociales e incorporado también en la reforma de 1957- dado que no se había cumplido con el reglamento interno de la Convención, respecto de la aprobación de la versión taquigráfica de la nueva norma sancionada.

Aplicando por analogía la doctrina establecida por el Tribunal respecto del procedimiento de formación y sanción de las leyes, la Corte consideró que se trataba de una cuestión ajena al ámbito de control jurisdiccional, aunque, conforme se había establecido respecto de las leyes ***“Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”***.

De ello resultaba que, en ciertas condiciones excepcionales, podían controlarse la constitucionalidad de los actos de una convención reformadora.

Debieron transcurrir más de treinta años para que la Corte retomase la cuestión. Eso fue lo que sucedió en el caso **“Ríos”**, resuelto el 2 de diciembre de 1993, en el que fueron puestas en cuestión algunas reformas introducidas por una Convención en la Provincia de

Corrientes, argumentando que se había apartado de los puntos establecidos en la ley declarativa de la necesidad de la reforma de la constitución provincial.

Allí la Corte se preocupó de dejar establecido que: *“de ningún modo los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente, vale destacar que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre los que descansa la Constitución”*.<sup>9</sup>

Mientras se desarrolló el proceso constituyente que desembocó en la reforma constitucional de 1994, también se efectuaron planteos en los que se cuestionó en sede judicial la validez de algunos de los actos que integraron dicho proceso. Tal fue lo que sucedió en los casos **“Polino”**<sup>10</sup> y **“Romero Feris”**<sup>11</sup>, resueltos por la Corte el 7 de abril de 1994 y el 1º de julio de 1994, respectivamente, sin embargo, su consideración no merece mayor interés porque, en el primero de esos casos, la pretensión de los actores fue rechazada por falta de legitimación y, en el segundo, la Corte no emitió pronunciamiento porque la cuestión se había vuelto abstracta.

En el orden provincial el Superior Tribunal de Santiago del Estero, la Corte Suprema de Mendoza y la Corte Suprema de Tucumán habían adoptado decisiones por medio de las cuales se hacía efectivo el control judicial del proceso constituyente, llegando el último tribunal que he mencionado a invalidar normas del reglamento interno de la convención reformadora local y a anular lo actuado por ésta contrariando una medida cautelar dispuesta con anterioridad.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América debió pronunciarse acerca de la legitimidad de una reforma constitucional fue en el caso **“Hollingsworth V. Virginia”**,

---

<sup>8</sup> Fallos 256:556.

<sup>9</sup> Fallos 316:2743.

<sup>10</sup> Fallos 317:335.

<sup>11</sup> Fallos 317:711.

resuelto en 1798, en el que la Corte sostuvo que el Presidente no podía vetar las enmiendas votadas por el Congreso.

En cambio, en el caso "**Luther vs. Borden**", fallado cincuenta años después la Suprema Corte consideró que la consideración de la validez de una enmienda constitucional era una cuestión política, postura que se mantuvo inalterada en el caso "**White vs. Hart**", resuelto en 1871.

No obstante ello, en el caso "**Dillon vs. Gloss**", decidido en 1921, declaró inconstitucional el plazo fijado por el Congreso para la ratificación de la enmienda por las legislaturas locales. Y en el caso "**Lesser vs. Garnett**", resuelto en 1922, afirmó que la sola certificación efectuada por un Estado de que había ratificado un proyecto de enmienda era suficiente para que sea considerado a fin de lograr la mayoría necesaria para impulsar el proceso de enmienda.

Sin embargo, en el caso "**Coleman vs. Miller**", resuelto en 1939, se puso en cuestión la ratificación efectuada por el Estado de Kansas de una enmienda constitucional – se trataba de la enmienda sobre trabajo de menores-, allí la Corte sostuvo que algunos aspectos del procedimiento de reforma, como los efectos de rechazo previo de una enmienda y el plazo dentro del cual debía ratificarse una enmienda eran cuestiones no justiciables.

Contrariamente, en el caso "**Dyer vs. Blair**", resuelto en 1975, el tribunal supremo norteamericano consideró que era justiciable, la acción intentada por varios legisladores estatales que impugnaban la validez de un requisito establecido por la constitución estadual que dispuso que toda ratificación de una enmienda a la Constitución Federal debía contar con el voto favorable de tres quintos de los votos de cada cámara, por depender de la interpretación de textos constitucionales y no de arbitrios políticos. Al entrar al fondo de la cuestión decidió que la ratificación de la enmienda relativa a la igualdad de sexos por una mayoría inferior a los tres quintos no era válida.

Habrán notado que comencé los últimos párrafos con expresiones como "**en cambio**", "**no obstante ello**", "**sin embargo**" y "**contrariamente**". Esto no ha sucedido

por un capricho literario, sino por el hecho de que respecto de la justiciabilidad del procedimiento de las enmiendas constitucionales la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en su exposición cronológica, no ha seguido un derrotero muy claro.

A ello hay que agregar que no existen pronunciamientos de dicho tribunal que hayan admitido la posibilidad de someter a control judicial el contenido de una reforma constitucional.

Teniendo en cuenta estos antecedentes correspondía que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se expidiese en el caso “Fayt” acerca de si se trataba de una cuestión justiciable.

Como paso previo el tribunal hizo en el considerando 5º de la sentencia una clara manifestación –fundada en una constante y centenaria jurisprudencia- acerca de la extensión de sus atribuciones de control jurisdiccional. Para ello expresó que:

***“...incluso en los casos en que la interpretación constitucional lleve a encontrar que determinadas decisiones han sido atribuidas con carácter final a otras ramas del gobierno, el Tribunal siempre estará habilitado para determinar si el ejercicio de una potestad de dicha naturaleza ha sido llevado a cabo dentro de los límites de ésta y de acuerdo con los recaudos que le son anejos. El quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del Tribunal encargado –por mandato de aquélla- de preservar la supremacía de la ley fundamental”***

Hecha esta manifestación genérica respecto del control judicial de constitucionalidad, correspondía pasar entonces al examen de las atribuciones cuyo ejercicio corresponde al tribunal en el caso concreto.

En primer lugar, la Corte recordó que en el caso “Soria de Guerrero” había expresado que la posibilidad de revisar el procedimiento de sanción de una norma

constitucional cuando no se hubieran cumplido los requisitos mínimos e indispensables que hacen a la validez de dicha sanción.

En este sentido es oportuno recordar lo sostenido por Julio Cueto Rúa, en una profunda y esclarecedora discusión doctrinaria, que mantuvo en 1943 con Segundo Linares Quintana, acerca de la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma constitucional.<sup>1213</sup>

Para Cueto Rúa –que en su exposición sigue a Kelsen y a Cossio- **“si el ordenamiento jurídico positivo faculta a los jueces a declarar la invalidez de las normas que no se ajustan en la forma o en el contenido a lo que prescribe la superior, es evidente que si en cualquier estrato de la gradación jurídica se observa esa alteración lógica en la dinámica de la producción de normas, pueda declararse, aun en el supuesto de normas que se inserten en el estrato constitucional, su inconstitucionalidad”**.

Precisando aún más su pensamiento Cueto Rúa agrega: “Si se introduce una reforma a la Constitución, por Convención Constituyente, prescindiendo del régimen de mayoría que señala el artículo 30 de la Constitución, o bien, si la Convención modifica un artículo cuya reforma no le había propuesto el Congreso Nacional, resulta visiblemente afectada la validez lógica de la reforma, pues se ha violado el procedimiento que la misma Constitución Nacional señala”. *En otras palabras, era la lógica relación que debía existir entre la reforma y sus antecedentes lo que quedaba afectado.*

**“En consecuencia –prosigue Cueto Rúa-, los jueces a quienes se ha confiado la tarea de velar por la integridad de la Constitución, pueden válidamente declarar inconstitucional la reforma introducida”**.

Cabe señalar que la conclusión a la que llegaba Linares Quintana en la citada polémica era idéntica respecto de la inconstitucionalidad derivada de un vicio que afectase

<sup>12</sup> Linares Quintana, Segundo V., ¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?, La Ley, T. 34, pág. 1153.

<sup>13</sup> Cueto Rúa, Julio, ¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?, La Ley, t. 36, pag. 1100.

el procedimiento de reforma, pero difería –no en la conclusión sino en el enfoque- cuando la inconstitucionalidad derivaba del contenido de la reforma, en cuyo caso el juez podía invalidarla aplicando el derecho natural.

Deliberadamente me detuve en el relato de esta polémica doctrinaria –sin duda, por las posturas filosóficas enfrentadas, los argumentos opuestos y la jerarquía intelectual de los polemistas, la más importante que se ha planteado sobre la cuestión en el derecho argentino- porque las conclusiones en ella expuestas coinciden con los argumentos en los que –medio siglo después- la mayoría del Tribunal sostuvo la potestad de revisar lo actuado por la Convención Reformadora.

Había además otro argumento importante que provenía de las normas legales que debían aplicarse directamente para resolver el caso. En efecto, el artículo 6° de la ley 24.309 había puesto un énfasis particular respecto de la sanción de nulidad que debía recaer sobre las reformas que se practicasen por la Convención al margen de la competencia atribuida por la ley.

Cuando existe un acto que padece de un vicio al que la ley atribuye como sanción la nulidad absoluta es imprescindible que haya también un órgano estatal dotado de jurisdicción suficiente para declarar esa nulidad y dejar sin efecto ese acto.

Si esto puede predicarse respecto de cualquier acto jurídico, con más razón cabe afirmarlo respecto de un acto viciado que pretende incorporarse al texto de la Ley Fundamental.

Asimismo, la Corte recordó que en el proyecto de constitución que acompañó a las Bases –fuente histórica más próxima al texto constitucional vigente- Juan Bautista Alberdi, había previsto a la ineficacia como la sanción que debía recaer sobre toda proposición de reformas que no estuviera apoyada por dos terceras partes del Congreso, o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales (art. 39).

### **c) Limitación de las potestades de la Convención Reformadora.**

El paso siguiente consistía en afirmar que las potestades de la Convención Reformadora eran limitadas y conjugar esos límites con el principio democrático que legitima a todo el proceso constituyente.

Salvo que la Convención Reformadora –emulando a los Estados Generales franceses de 1789- intentase promover un proceso revolucionario –promovido no contra el absolutismo, sino contra una democracia- no se le puede reconocer –como al Parlamento Británico después de la Revolución de 1688-, la condición de un órgano soberano. Ya he señalado que, en este aspecto y desde los orígenes de la Nación Argentina, el principio legitimador de todas sus instituciones es el principio democrático fundado en la soberanía del pueblo, al que los convencionales representan y actúan como sus delegados en el proceso de reforma constitucional.

En este punto es muy interesante recordar que en 1986 el **Consejo para la Consolidación de la Democracia** fue muy explícito al afirmar que “...la Ley Fundamental delega el poder para proceder a su propia reforma en un órgano constituyente complejo que tiene tres instancias: el Congreso..., el electorado...y la convención...**Una declaración de soberanía de esta última implicaría burlar tanto la competencia y la calificación de la mayoría del Parlamento prevista en la Constitución, como el voto del electorado que tuvo en cuenta la declaración de ese órgano al elegir a los miembros de la Convención**”.<sup>14</sup>

Este argumento –fundado en la reglas consuetudinarias que complementan al artículo 30 de la Constitución Nacional- fue seguido por la ley 24.309 al sancionar con la nulidad absoluta a las reformas que la convención aprobase “apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración” (art. 6º).

Desde el punto de vista político la declaración de la necesidad de la reforma es una oferta que el Congreso –en términos muy precisos y concretos y con quórum y mayoría agravados- formula a la ciudadanía. Ateniéndose a los términos de esa propuesta, de

---

<sup>14</sup> Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 1986, pag. 37.

acuerdo con los distintos matices expuestos por los partidos políticos en una democracia pluralista, el electorado se pronuncia aceptando o rechazándola al elegir a los convencionales, que actuarán como los ejecutores de la voluntad popular.

De esa manera, no es solamente a tenor de las normas que rigen el proceso de reforma constitucional, sino, en especial del principio democrático legitimador de la Constitución y de sus reformas, los convencionales no pueden añadir en la reforma contenidos que no hayan estado incluidos en la propuesta formulada por el Congreso y aceptada —con diversos matices— por la ciudadanía.

Esta circunstancia fue destacada por la Corte en el caso “Fayt”, en los considerandos 7° y 8°, para hacer notar, como lo había hecho seis años atrás en el caso “Ríos”, que los poderes de las convenciones estaban limitados, como sucede con todos los órganos que —de una forma u otra— representan a la voluntad popular.

Es curioso, pero desde que la Suprema Corte de los Estados Unidos asumió, en el caso “Marbury vs. Madison”, la atribución de controlar en sede judicial la constitucionalidad de las leyes, siempre se censuró como contraria al principio democrático la circunstancia que un órgano no representativo, cuyos integrantes no tienen límites temporales precisos para el ejercicio de sus funciones, pudiera invalidar normas aprobadas por órganos representativos, específicamente creados para legislar, cuyos miembros se renuevan periódicamente.

Esto podía predicarse especialmente en el caso “Fayt”, en el cual los jueces firmantes de la decisión mayoritaria habían sido designados por el Presidente de la Nación, cuando era elegido por elección indirecta y contaban con el acuerdo prestado por senadores elegidos (en algunos casos en 1983), también en forma indirecta y, sin embargo dejaban sin efecto una inserción efectuada en el texto constitucional por convencionales, elegidos en forma directa por el pueblo en 1994.

Sin embargo, tal aserción es falaz, porque aquí no estaba en cuestión la mayor o menor representatividad de quienes controlan y quienes son controlados, sino que lo que se pone en tela de juicio es el ejercicio de un control, característico del sistema republicano,

que, en el caso concreto, estaba destinado a restablecer la vigencia de la soberanía del pueblo, fundamento del sistema democrático y principio legitimador de la Constitución y sus reformas.

**d) Anulación de una inserción en el texto constitucional.**

Quedaba otra cuestión planteada por el Procurador General y era el problema – primero lógico y después jurídico- de declarar la inconstitucionalidad de normas constitucionales. Se trata de una cuestión ardua, para cuya resolución resulta prioritario establecer jerarquías distintas entre normas de similar rango. Esas jerarquías solamente pueden fundarse en valoraciones subjetivas que influyen sobre normas objetivas quitándoles precisión y, consecuentemente, generan inseguridad jurídica.

Si esto fuese así no le faltaba razón al Procurador General cuando hablaba de “la zozobra e inseguridad que provocaría tal declaración en la sociedad”.

Sin embargo, no era éste el problema ante el que se encontraba el Tribunal. La cuestión no pasaba por el cotejo de dos normas de similar jerarquía, sino que lo que debía examinarse eran las relaciones entre lo dispuesto por la ley declarativa de la necesidad de la reforma, lo decidido por el electorado y la actividad de la Convención Reformadora.

Esto fue anunciado por la Corte en el considerando 8º de la sentencia cuando dijo: *“...este Tribunal centrará su juicio en las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformadora...”* y ratificado en el considerando 17 al manifestar: *“Que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial ..., sino en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora.”*

Después de descartar la aplicación, en el caso, de la doctrina de los poderes implícitos y aludir a la intención de los autores de la declaración de la necesidad de la reforma, de limitar los poderes de la Convención sancionando con la nulidad de toda modificación, derogación o agregado efectuados al margen de su competencia material (considerandos 9º y 10º), la Corte comenzó a examinar si la norma incluida en el párrafo

tercero, del artículo 99, inciso 4° de la Constitución Nacional, estaba prevista entre los temas cuya tratamiento correspondía a la Convención Reformadora.

Dicho examen –realizado en los considerandos 12 a 15 de la sentencia- dio un resultado negativo, fundado en los argumentos que expuse al referirme a las normas constitucionales cuestionadas. En consecuencia, la Corte concluyó que no había sido habilitada **“...una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan substancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se deriven de la expresa atribución de reformar –en los términos del apartado I del “Núcleo de Coincidencias Básicas”, incorporado a la ley 24.309- el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo”** y agregó **“...el art. 99, inciso 4, párrafo tercero de la constitución reformada, no puede aplicarse al actor por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la Convención, conforme al procedimiento reglado por el art. 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309”** (cons. 15).

El voto concurrente del Dr. Adolfo Vázquez examinó con bastante detalle el texto de la ley declarativa de la necesidad de la reforma y sus antecedentes, aludió a la intervenciones de algunos convencionales al debatirse las normas cuestionadas y concluyó, junto con la mayoría de los integrantes del Tribunal, en que éstas debían anularse.

La disidencia del Dr. Gustavo Bossert, merced a una interpretación literal de la norma cuya validez se encontraba en tela de juicio, que fue sancionada el 22 de agosto de 1994, llegó a la conclusión de que ella limitaba la inamovilidad de los jueces –sin distinguir si la designación era anterior o posterior a la reforma- que cumplan la edad de setenta y cinco años, pero tal limitación no afectaba al Dr. Fayt, que por haber nacido el 1° de febrero de 1918, había superado esa edad en el momento de sancionarse la reforma. Con ese argumento y añadiendo que la citada limitación a la inamovilidad de los jueces debía

interpretarse restrictivamente el voto disidente propiciaba la confirmación de la sentencia impugnada.

## **6) Repercusiones de la Sentencia.**

La

repercusión de la decisión de la Corte en los medios de difusión masiva fue inmediata. Para citar un ejemplo, el matutino **Clarín** publicó la noticia en la primera plana de su edición del día siguiente y desarrolló su contenido en las primeras páginas de la sección “Política”. A ello añadió breves comentarios –desfavorables- de dos constitucionalistas. Sin embargo, la lectura de esos comentarios podía provocar en un lector bien informado la sensación de que los comentaristas –posibles víctimas voluntarias de las urgencias del cierre de la edición- no habían tenido el tiempo suficiente para leer el fallo profundamente.

Uno de ellos afirmaba *“Pero también es cierto que la limitación de edad es aplicable sólo para los jueces que sean nombrados previa intervención del Consejo de la Magistratura porque así lo dispone la constitución, como lo sostuvo acertadamente en su voto el juez Bossert”*. Sin embargo, el voto del Dr. Bossert expresamente dice en el considerando 9º, párrafo segundo: *“La limitación del art. 99, inc. 4º, alcanza tanto a los jueces designados con posterioridad a la reforma constitucional como a quienes hemos sido designados con anterioridad a dicha reforma”*.

El otro comentarista enfatizaba: *“considero **peligroso** que se declare inconstitucional, en todo o en parte, a una reforma constitucional”*. Sin embargo, como ya he dicho, la mayoría del tribunal había aclarado en la sentencia que se limitaba a dejar sin efecto lo actuado por la Convención al margen de las normas que la habilitaban.

El diario **“La Nación”** publicó en su principal nota editorial del sábado 22 de agosto de 1999 un comentario también desfavorable a lo decidido por la Corte.

En dicho editorial, que lleva el título **“La Corte y la Constitución”**, entre otras cosas se afirmaba:

*“La Corte ha utilizado un argumento rebatible para declarar la nulidad de la norma mencionada. A juicio del tribunal, la convención reformadora de 1994 –que introdujo el límite de los 75 años- no estaba habilitada para alterar el principio de la inamovilidad de los magistrados, ya que ese tema no estaba incluido entre los puntos sujetos a revisión establecidos por la ley 24.309, que proclamó la necesidad de la reforma”.*

*“La posición de la Corte es, como queda dicho refutable. La introducción del límite de los 75 años no está relacionada necesariamente con el principio de la inamovilidad de los magistrados. Resulta más razonable vincularla con el contenido del artículo que regula la forma en que deben ser designados los jueces; es decir, con la disposición del actual artículo 99, inciso 4°”.*

*“En efecto: cuando una norma fija las condiciones para el nombramiento de un funcionario, -es natural y lógico que regule también su duración en el cargo”.*

Quien sostenía esto seguramente desconocía que la distinción conceptual entre las normas que rigen a la designación de los miembros del Poder Judicial y aquellas que regulan su permanencia en el cargo es muy clara en muchos ordenamientos jurídicos comparados.

Si hablamos de las constituciones provinciales cabe señalar que la Constitución de la Provincia del Chaco –sancionada después de la reforma de 1994- regula el Poder Judicial en la Sección Quinta, estableciendo en el artículo 154 tanto la garantía de inamovilidad de los jueces (primer párrafo), como el límite de ella por razones de edad (segundo párrafo). La Constitución de la Provincia de La Rioja –publicada el 24 de abril de 1998- reglamenta la Función Judicial en el Capítulo Séptimo, incorporando en el art. 130 tanto el régimen de inamovilidad (primer párrafo) como la restricción por la edad (segundo párrafo). La Constitución de la Provincia de Salta –publicada el 22 de abril de 1998- regula en la Tercera Parte sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público, reconociendo en el art. 156 la inamovilidad de los magistrados (segundo párrafo) y la pérdida de ella al obtenerse la jubilación (tercer párrafo). La Constitución de la Provincia de Santa Fe –publicada el 18 de

abril de 1962- dispone en la Sección Quinta sobre el Poder Judicial, asegurando, en el mismo párrafo del art. 88, tanto la inamovilidad de los jueces como el límite de ella. Por último, la Constitución de la Provincia de Catamarca –publicada el 5 de septiembre de 1988- contempla en la Sección Cuarta la naturaleza y duración del Poder Judicial, reconociendo en el art. 195 la garantía en cuestión y su pérdida al cumplir los jueces 65 años de edad.

Las constituciones de otras repúblicas de América Latina concuerdan al incorporar las restricciones a la garantía de inamovilidad dentro de la naturaleza del Poder Judicial. La Constitución de la República Federativa del Brasil –del 5 de octubre de 1988- regula en el Capítulo III, del Título IV sobre el Poder Judicial, estableciendo en el art. 95 que los jueces tienen carácter vitalicio e inamovilidad (art. 95, incs. I y II) con las limitaciones establecidas en el art. 93, inc. VIII (remoción, excedencia y jubilación). La Constitución Política de Colombia –vigente desde 1991- regula en el título VIII sobre la Rama Judicial, contemplando en el art. 233 la permanencia en sus cargos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia mientras –entre otras razones- no hayan llegado a la edad de retiro forzoso. La Constitución Política de la República de Chile reglamenta en el Capítulo VI al Poder Judicial, reconociendo en el art. 77 tanto la garantía de inamovilidad de los jueces –primer párrafo- como el cese en funciones al cumplir 75 años de edad –segundo párrafo-. La Constitución Política del Perú regula en el Capítulo VIII del Título IV lo concerniente al Poder Judicial, disponiendo en el art. 242 que el Estado garantiza a los magistrados su permanencia en el servicio e inamovilidad en sus cargos hasta los setenta años. La Constitución de la República Oriental del Uruguay contempla en la Sección XV al Poder Judicial, disponiendo la permanencia en los cargos de todos los jueces en los arts. 237, 243 y 246, hasta el límite de 70 años de edad que prevé el art. 250.

Pero, aún disculpando en el redactor de la citada nota editorial el desconocimiento de las normas constitucionales que he reseñado, su afirmación tampoco superaría el umbral lógico al que alude Konrad Hesse y al que hice referencia al tratar en el punto 3 de esta ponencia a las normas constitucionales cuestionadas.

En el mismo diario fue publicada poco después una carta de lectores remitida por el Dr. Miguel M. Padilla con el título “**La otra campana**”, en la que el autor, que es profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, calificó a la sentencia de la Corte como “jurídicamente impecable”.

En la prensa especializada han ido apareciendo algunos comentarios como el de Adrián Ventura, publicado con el título “**Inamovilidad de los Jueces y la Nulidad de un punto de la Reforma Constitucional**” en el suplemento de Derecho Constitucional del mes de septiembre de la Revista “La Ley” y el de Alberto B. Bianchi, que llevó el título de “**Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994**”, y fue publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional del mes de septiembre de la Revista “El Derecho”. En ellos, los autores, sin dejar de manifestar las expectativas que una decisión de la naturaleza de la adoptada por la Corte pueden despertar, manifiestan su beneplácito con lo decidido por el Tribunal.

## **7) Una Impresión Personal.**

Si hay algo que caracteriza a los magistrados que tienen a su cargo el ejercicio de la jurisdicción constitucional es su resistencia a declarar inconstitucionalidades. Esa sana resistencia puesta de manifiesto con expresiones como “la declaración de inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico”. o “autorrestricción”, o “máxima prudencia”. o “máxima estrictez”, o “más delicada función” entre muchas otras similares que son habituales en todos los casos en los cuales debemos evaluar actos cumplidos por otros órganos estatales y –dicho sea de paso- no figuran tan frecuentemente cuando los otros poderes se refieren a nuestros actos, resulta –a mi juicio- del hecho de que además de jueces seguimos siendo ciudadanos y como tales deseamos que sean respetados los actos realizados por quienes nos representan.

Hay además otra fuente de la que nace esa resistencia y ella resulta de cierta especialización que tenemos quienes ejercemos la jurisdicción constitucional. Cuando el 12

nacionales demandantes sólo están facultados para ejercer el control que les defiere la Carta Magna en el ámbito del Congreso de la Nación al cual pertenecen, más no habilitados para instar a que el Poder Judicial sustituya al Poder Legislativo, usurpando una función que es notoriamente extraña al diseño institucional de la república ideado por los constituyentes de 1853”<sup>16</sup>

Decía Maquiavelo en el Libro I de los “Discursos sobre la primera década de Tito Livio” que “los que organizan prudentemente una república consideran entre las cosas más importantes la institución de una garantía de la libertad, y según sea más o menos acertada, durará más o menos el vivir libre”. Tras esta afirmación Maquiavelo indaga acerca de a quién debería confiarse esta función y dice “*que se debe poner como guardianes de una cosa a los que tienen menos deseo de usurparla*”.

Quienes ejercen la jurisdicción constitucional no desean usurpar poderes legítimos ni avasallar libertades, sólo aspiran a que la Constitución –definida por Joaquín V. González como una “fortaleza inaccesible a la anarquía o al despotismo”–, sea una norma respetada. Ese es el puesto que dichos magistrados tienen asignado en lo que Ihering llamaba “La Lucha por el Derecho”.

Por eso, si declarar inconstitucionalidades es –por sí– un acto de suma trascendencia institucional, al punto de que ha sido considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico –y especialmente lo es en los supuestos de actos de una convención reformadora–, mucho más grave es renunciar a declarar la nulidad de una reforma cuando se trata de un acto formalmente viciado y materialmente ilegítimo que pretende tener el reconocimiento de una norma de carácter constitucional.

Siempre recuerdo de mis lecturas juveniles que cuando los marinos ingleses se aprestaban a combatir en Trafalgar, la orden pura y simple que dio Lord Nelson fue: “*Inglaterra espera que cada uno cumpla con su deber*”

---

<sup>16</sup> Fallos 320:2851.

Parafraseando esa legendaria y sencilla orden, que dio a los ingleses el dominio de los mares por más de un siglo, siempre he pensado que ***“La Constitución espera que cada uno cumpla con su deber”***.