

ROBERTO GARGARELLA
SEBASTIÁN GUIDI
Directores

CONSTITUCIÓN
DE LA NACIÓN ARGENTINA
COMENTADA

TOMO I

 INCLUYE
VERSIÓN eBook

THOMSON REUTERS
LA LEY

y otros de la CN). El cumplimiento de lo regulado depende, en forma importante, de "lo fáctico". En efecto, existen preguntas como: ¿hay o no hay suma del poder público o concesión de facultades extraordinarias? ¿Es un golpista o un revolucionario liberador de la patria? Las respuestas dependen, en buena medida, de "quién gana" y "quién pierde", y es determinante quién cuenta la historia (normalmente, los vencedores).

El artículo solo dice lo que dice pero no puede "hacer" más, no puede detener, no puede impedir. Es el juego, la dinámica, la interacción del derecho con la realidad. Esta se compone de elementos mucho más determinantes y decisivos que un artículo. Sin embargo, un artículo sirve y ayuda para (al menos intentar) cambiar realidades. Las realidades cambian para bien o para mal, para liberar o para oprimir según lo que hagan los actores. El art. 29, escrito y sancionado después de haber vivido momentos álgidos en nuestros comienzos de la historia institucional, perseguía lo primero. Sin embargo, los tiempos que se viven en la región y en el mundo nos dicen que las normas, el derecho y la democracia están condicionados por los poderes "reales", con un sistema económico y de poder tal —capitalismo y globalización mediante— que no está claramente definido quiénes determinan a los infames traidores a la patria en un contexto como el nuestro. En efecto, la realidad permite dudar —estén o no en el poder institucional— si son aquellos que buscan defenderla, quienes luchan contra el "imperialismo" o la dominación extranjera, por ejemplo, o al contrario. La lectura del texto no da pie, se supone, para este tipo de sinsentidos, pero para ello hay que saber leer. ¿Lo saben hacer muchos de los políticos, jueces, profesores y demás integrantes del pueblo argentino? Es de esperar que sí y que lo hagan "adecuadamente", profundizando el sentido del artículo analizado que pasa no solo por el respeto de la división de poderes y el régimen republicano sino que, además, en forma más amplia, por el respeto pleno de todos los derechos.

* * *

Art. 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.

Comentario por Juan Ignacio Sáenz

Esta disposición prevé el procedimiento para la reforma de la Constitución, que consta de dos etapas: una donde el Congreso declara la necesidad de la reforma (total o parcial), para lo cual se exige una mayoría especial de dos tercios de los votos en ambas cámaras, y la otra en la que una asamblea o convención especial trata y aprueba (o desecha) las modificaciones. La dificultad del mecanismo —de doble instancia y con mayorías especiales— se vincula con el carácter *supremo* y permite hablar de una Constitución de tipo *rígido*. Lo primero significa que es la norma de mayor jerarquía, de la que derivan y a la que se encuentran sujetas las leyes y todo el resto del orden jurídico. Al establecer las disposiciones básicas de organización del Estado, los límites al poder y los derechos y las garantías esenciales de las personas, todo ello con vocación de perdurabilidad, se procura que la reforma constitucional no sea un trámite accesible para las mayorías circunstanciales de un gobierno a través de los modos ordinarios para modificar la legislación común, sino que ello solo sea posible gracias a un consenso muy mayoritario y por medio de mecanismos reforzados. A su vez, al preverse que la reforma sea realizada por una convención especial (asamblea o congreso), convocada con ese único fin, se busca lograr que los cambios en la Constitución sean el producto de un examen meditado, y en el mejor de los casos, debatido y deliberado⁽⁵¹⁸⁾.

Los procedimientos complejos de reforma, como el previsto en la Constitución argentina y en la estadounidense, conducen a definir las —en una de las clásicas clasificaciones que se realizan de las constituciones— como constituciones "rígidas", por los obstáculos legales que es necesario sortear para llevar a cabo una enmienda (ley previa, mayorías especiales, aprobación en una convención especial, limitaciones previas a dicha convención). Como consecuencia de todo ello, ese tipo de constituciones tienden a mantenerse inalteradamente en el tiempo, y por ello se habla de su "rigidez" ante los cambios políticos y sociales. En contraposición, existen las constituciones (o los procedimientos de reforma) "flexibles"⁽⁵¹⁹⁾.

La crítica fundamental que se sostiene respecto de la rigidez y la dificultad de los mecanismos de reforma constitucional es que favorecen el sostenimiento del *statu quo* e impiden remover dispositivos vetustos e institutos anacrónicos o muy cuestionados de la Constitución (piénsese, p. ej., en el requisito de "disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente", que establece el art. 55 para ser senador; el de "pertenecer a la comunión católica apostólica romana" para ser presidente de la Nación, que rigió desde 1853 y fue recién suprimido en 1994 o los escasos siete meses de sesiones ordinarias del Congreso que se preveían en la Constitución originaria). Por su parte, también se retrasa el reconocimiento de derechos (v.gr., los derechos sociales del art. 14 bis, los de tercera generación de los arts. 41 y 42 o los de las comunidades indígenas —art. 75.17—, todos ellos incorporados de manera demorada en la Constitución). Otros derechos "modernos" aún no gozan de su lugar constitucional (v.gr., el derecho de acceso a la información pública).

La disposición del art. 30 adoptó el procedimiento de la Constitución estadounidense de 1787 en cuanto a la iniciativa del Congreso (primera etapa) y a la intervención de una convención reformadora, pero sin imponer —como en aquella Constitución— el requisito de ratificación por las tres cuartas partes de las legislaturas locales (art. V de la Constitución de los Estados Unidos).

El texto constitucional omite precisar varias cuestiones relevantes. Algunas permanecen en la discusión teórico-académica y otras han suscitado controversias concretas que fue necesario resolver acudiendo a alguna pauta interpretativa. Esas cuestiones son:

1) ¿Se requiere la forma de ley para declarar la necesidad de la reforma?

El art. 30 no precisa qué forma debe revestir el acto declarativo del Congreso, lo cual permite interpretar que puede elegirla discrecionalmente, pues existen manifestaciones de voluntad del Congreso que no son exactamente una *ley* (p. ej., la resolución de la Asamblea Legislativa para designar al presidente en caso de acefalía —arts. 88, CN y 1º de la Ley de Acefalía 20.972—, o las resoluciones unilaterales de ambas cámaras cuando ejercen potestades exclusivas —la de Diputados, de acusar en el juicio político, [art. 53](#), CN; las del Senado, de juzgar en aquel procedimiento, [art. 59](#), CN; autorizar al presidente para que declare el estado de sitio por ataque exterior, [art. 61](#), CN y prestar el acuerdo para la designación de jueces, embajadores y oficiales superiores de las fuerzas armadas, art. 99, incs. 4º, 7º y 13, etc.).

La mayoría de la doctrina clásica sostiene que la forma más adecuada es una declaración en asamblea legislativa, o por resolución conjunta de ambas cámaras, por así corresponderse con la naturaleza del acto —de carácter *político* y *declarativo*—, y no estrictamente *legislativo* (esto es, regular conductas y situaciones jurídicas hacia el futuro, con carácter general y vocación de permanencia). En contrario, se sostiene que la necesidad de reforma de la Constitución nunca puede ser una *declaración*, pues esta constituye siempre una manifestación o un enunciado sin contenido coercitivo, mientras que el acto por el que el Congreso promueve la reforma constitucional conlleva obligaciones jurídicas cuya exigibilidad solo puede concebirse si están impuestas en una ley. En esta inteligencia, el pronunciamiento sobre la necesidad de reformar no se agota en sí mismo, sino que genera efectos jurídicos obligacionales como la convocatoria y la organización de elecciones bajo las modalidades que se establezcan (si la integración de la convención es por vía electoral), la reunión de la convención y la actuación de esta dentro de los límites temporales y temáticos que el Congreso disponga.

Cabe destacar que todos los procesos de reforma de la Constitución que ha habido desde 1853 (a excepción, claro está, de la reforma de 1957 llevada a cabo por un gobierno *de facto*⁽⁵²⁰⁾) fueron impulsados por medio de leyes formales (230 en 1860, 171 en 1866, 3507 en 1898, 13.233 en 1949 y 24.309 en 1994).

El punto cobró relevancia al cuestionarse la legitimidad de la [ley 24.309](#) que declaró, a fines de 1993, la necesidad de la reforma concretada un año después. Dicha ley fue sancionada con un vicio en relación con el procedimiento de sanción de las leyes regulado en la Constitución (arts. 77 a 84), pues aprobado el proyecto por la Cámara de Diputados pasó al Senado, que lo aprobó pero con una pequeña modificación, lo que determinaba el retorno del proyecto a la cámara de origen para su reexamen, cosa que no ocurrió: luego de la media sanción del Senado, los presidentes de ambas cámaras emitieron la resolución conjunta dando por aprobada la ley (24.309).

En el caso "Polino, Héctor" (1994)⁽⁵²¹⁾, si bien la mayoría del tribunal rechazó la acción de los impugnantes contra la validez de la [ley 24.309](#) por su falta de *legitimación*, tres de sus jueces consideraron adicionalmente que, al no exigir el [art. 30](#), CN específicamente una *ley* para que el Congreso habilite la reforma, no resultaban exigibles los requisitos constitucionales para su formación y sanción⁽⁵²²⁾.

2) ¿Cómo debe computarse la mayoría de dos terceras partes, sobre los miembros *totales* o los miembros *presentes* en ambas cámaras?

Sin dudas, esta es la cuestión que ha suscitado mayores controversias, pues la elección de una u otra opción es decisiva para las posibilidades de una reforma⁽⁵²³⁾.

Las reformas de 1860, 1866 y 1949 fueron precedidas por leyes sancionadas con las dos terceras partes de los miembros presentes en las cámaras, lo cual fue objeto de particular cuestionamiento en la reforma de 1949 respecto de la validez de la ley 13.233⁽⁵²⁴⁾. A su vez, las reformas de 1898 y 1994 fueron impulsadas por leyes sancionadas sobre la totalidad de los miembros⁽⁵²⁵⁾.

En favor de computar los dos tercios sobre los miembros presentes, se sostiene que: 1) la Constitución establece expresamente los casos en que el cómputo de las mayorías debe realizarse sobre *la totalidad de los miembros* (en los arts. 75, incs. 2º, 3º, 22 y 24; 85; 99, inc. 3º; 100 y 114), precisión que no figura en este caso; 2) la práctica seguida en los procesos de reforma en los Estados Unidos y su convalidación por la Corte estadounidense en los "*National Prohibition Cases*" (1920)⁽⁵²⁶⁾.

Frente al primer argumento se podría replicar, con idéntica lógica, que el texto constitucional también precisa los casos en que es suficiente determinada mayoría sobre los miembros presentes, como en los arts. 53 y 59 en relación a la acusación y juzgamiento en el juicio político, en el art. 81 sobre el procedimiento legislativo en general y en el art. 99, inc. 4º respecto del acuerdo del Senado para la designación de jueces, por lo que el silencio respecto de la mayoría exigida en el art. 30 llevaría a concluir que se ha optado por el cómputo sobre la totalidad.

Por su parte, y en la misma línea de buscar la armonía y la coherencia entre las disposiciones de la Constitución, el art. 75, inc. 22 parecería arrojar una pauta inequívoca sobre la mayoría requerida en el art. 30. Aquella disposición exige las dos terceras partes sobre la totalidad de miembros de las cámaras para otorgar el rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que es acaso la situación más afín o análoga a la reforma constitucional⁽⁵²⁷⁾. Por cierto, muchos autores creen ver en este mecanismo una vía de reforma constitucional diferente a la del art. 30, ya que se habilita al Congreso para que con su sola voluntad — sin intervención de una convención constituyente— determine una ampliación de la Constitución- si bien no estrictamente de su texto, sí del bloque que tiene su mismo valor normativo y supremacía. De ello se deduce que la mayoría que se requiere para "constitucionalizar"

los mencionados tratados internacionales sea —con mayor razón aún— la misma que estipula el art. 30 para enmendar formalmente la Constitución.

Por último, cabe tener en cuenta también que la Constitución impone las mayorías especiales sobre *la totalidad de miembros de cada cámara* para muchas de las leyes reglamentarias de la Constitución, como por ejemplo: arts. 39 y 40, para las leyes reglamentarias de la iniciativa y de la consulta popular; art. 75, incs. 3º y 4º, para el régimen de coparticipación federal de impuestos; art. 77, en relación a las leyes sobre régimen electoral y partidos políticos; art. 99, inc. 3º, respecto de la reglamentación del trámite de intervención parlamentaria de control de los decretos de necesidad y urgencia; art. 100, para la moción de censura y remoción del Jefe de Gabinete; arts. 85 y 114, para las leyes de organización de la Auditoría General de la Nación y del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento de Jueces. De ello se deduce que en el caso de las decisiones institucionales y normas orgánicas más importantes —la Constitución lo es—, la regla es la de exigir mayorías especiales sobre el total de miembros en el Congreso.

En relación con los antecedentes estadounidenses cabe comentar dos cosas: en primer lugar, la práctica de "los miembros presentes" no es trasladable sin más a nuestro sistema, porque en los Estados Unidos la participación del Congreso se complementa luego con la ratificación de los estados, que debe darse en gran número para que la reforma entre en vigencia. Y, por otro lado, el pronunciamiento de la Corte en los *National Prohibition Cases* constituye una afirmación pocos menos que dogmática, pues carece de fundamento en alguna interpretación del art. V. De hecho, el fallo no ofrece ninguna explicación al respecto.

Con independencia de lo anterior y de cómo deba computarse la mayoría que fija el art. 30 de acuerdo con los criterios de interpretación normativa, cabe preguntarse acerca de las ventajas y desventajas de optar por una u otra solución. De acuerdo con una primera idea muy elemental, la mayoría agravada (dos tercios sobre la totalidad de los miembros) daría como resultado una reforma ampliamente apoyada por el arco político, y por ende más perdurable y resistente a los cambios de coyuntura y a los impulsos reformistas de mayorías circunstanciales en el gobierno. Desde otra mirada, la exigencia de tal mayoría otorga un poder de veto a minorías políticas o grupos minoritarios protegidos por la Constitución. Por el contrario, se sostiene como desventaja de la mayoría agravada una excesiva rigidez de la Constitución, poco permeable a los cambios sociales y

al propio perfeccionamiento de la Constitución: mejoras en el diseño del poder y avances en el reconocimiento de derechos.

3) ¿Corresponde que el Congreso se limite a declarar la necesidad de la reforma, fijando los puntos que deben ser tratados por la Convención, o puede determinar los contenidos a reformar reservando una función de mero *refrendo* para la Convención? ¿Es la Convención *soberana*?

La ley 13.233 que habilitó la reforma de 1949 declaró "necesaria la revisión y reforma de la Constitución nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación", dejando enteramente librada a la Convención la iniciativa y decisión sobre las reformas.

Por el contrario, en 1994, la [ley 24.309](#) que declaró la necesidad de reformar la "segunda parte" de la Constitución, determinó buena parte de la labor de la Convención⁽⁵²⁸⁾, incorporando un capítulo denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas", con contenidos que debían 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 dicha normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes".

La modalidad dispuesta para definir la incorporación o no del "Núcleo de Coincidencias Básicas"—llamada "cláusula cerrojo"—implicó, por parte del Congreso, la determinación previa del contenido exacto de las reformas a aprobar y el cercenamiento de la competencia de la Convención, al confinarla a decidir positiva o negativamente aquel "bloque" de enmiendas, lo cual suscitó numerosas críticas (si bien, posteriormente, la propia Convención ratificó ese modo de tratamiento y votación del "Núcleo", al aprobar su reglamento interno en las primeras sesiones)⁽⁵²⁹⁾.

De manera casi unánime, se sostiene que el Congreso no puede condicionar completamente la tarea de la Convención, pues en tal caso la estaría sustituyendo, convirtiéndose en el verdadero órgano reformador.

Por su parte, se discute si la intervención del Congreso debe limitarse a señalar la necesidad de reformar, siendo la Convención soberana en la deliberación y decisión de las modificaciones que la Constitución amerita (al modo de la reforma de 1949), o si el Congreso puede indicar los artículos, instituciones o temas que son necesarios revisar y en los que la Convención queda "habilitada" a establecer los nuevos contenidos.

La Corte abordó el problema en dos precedentes, de resultado opuesto en relación con la misma cláusula constitucional, aunque con consideraciones no tan diferentes acerca del rol de la Convención Constituyente: son los casos "Fayt" (1999, Fallos 322:1609) y "Schiffirin" (2017, Fallos 340:257).

En el caso "Fayt" se declaró la nulidad del art. 99, inc. 4º, párr. 3º incorporado por la Convención en la reforma de 1994 que, en el caso de los jueces federales fija la necesidad de un nuevo nombramiento, por cinco años, al cumplir la edad de 75 años⁽⁵³⁰⁾. Para así decidirlo, la Corte consideró que la Convención había desbordado el marco que le delimitara el Congreso en el art. 2º de la ley 24.309 ("Núcleo de Coincidencias Básicas"), que contemplaba como materia de enmienda únicamente lo relativo a la "designación de los jueces federales", y no a la limitación de su mandato vitalicio consagrado en el art. 110, cuya modificación no había sido prevista en aquella ley.

Dieciocho años después, en el caso "Schiffirin" (2017), la Corte — con un cambio total de miembros— trató la misma cuestión, considerando, en primer lugar, que el Congreso de la Nación, al dictar la ley de necesidad de la reforma constitucional, no puede establecer su contenido de modo preciso, restringiendo la labor de la Convención a aceptarlo o no, pues si así fuera, "el Congreso de la Nación desplazaría las competencias privativas de la Convención, invirtiendo la relación entre poder constituido y poder constituyente reformador".

Por su parte, estableció que las facultades de la Convención debían interpretarse con la mayor amplitud posible, y, en caso de duda, juzgarse a favor de la plenitud de sus poderes, pues se trata de un órgano que representa la *voluntad soberana del pueblo*. Ello sin perjuicio de las facultades judiciales de invalidar su actuación en los casos en que —con marcada excepcionalidad— se verificara un apartamiento grave, ostensible y concluyente con respecto a los temas habilitados por el Congreso de la Nación⁽⁵³¹⁾, o adoptara decisiones contrarias al sistema republicano o los derechos fundamentales⁽⁵³²⁾.

Vale decir que los pronunciamientos de la Corte en los casos "Fayt" y "Schiffirin" no difieren en cuanto al rol que cabe al Congreso, y tienen por aceptable que este fije el listado de temas habilitados a los que tiene que ceñirse la Convención. Lo que se agrega en "Schiffirin" es que las habilitaciones conferidas a la Convención Constituyente deben examinarse con "la mayor amplitud posible", y solo podrá ser invalidado aquello en lo que se apartara manifiestamente del marco delimitado por el Congreso.

4) ¿Cómo debe convocarse e integrarse esa Convención?

Otro aspecto no previsto en la cláusula sobre la reforma constitucional es el vinculado a la integración de la Convención: la forma de convocatoria, el número de miembros y los criterios de representación. ¿Cómo debería combinarse la representación "federal" de los estados con la "democrática" de la población? ¿Cuál debiera ser el sistema electoral aplicable?

La ley 13.233 que habilitó la reforma de 1949 convocó a elecciones para los integrantes de la Convención, en número y forma iguales a la elección de diputados nacionales.

En 1994, la Convención estuvo integrada por un número de convencionales equivalente a los diputados y senadores que se elegían en cada distrito electoral del país, es decir, 305 miembros en total, y con elección directa y representación proporcional conforme con el sistema D'Hont.

* * *

Art. 31.—

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11/11/1859.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Comentario por Jonás Elfman(533)

I. Introducción: democracia y Constitución. Un matrimonio de tradiciones en tensión

La mayor parte de las comunidades políticas occidentales se han organizado bajo la forma de democracias constitucionales. Esta forma de gobierno plantea la fusión de dos tradiciones políticas; la