

CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA DE LA ARGENTINA

Raúl Gustavo FERREYRA

SUMARIO: I. *Planteo*. II. *Rasgos básicos*. III. *Conflictos entre poderes: la imprevisión constitucional*. IV. *Invencción de ideas. La laguna constitucional. Su comprensión. Juicios sobre qué órgano constitucional compete adjudicar la potestad de control*. V. *Letras finales*.

I. PLANTEO

El proceso de reforma¹ que se ejercita para modificar un sistema constitucional constituye la expresión de un poder eminentemente político, porque crea derecho constitucional. Las Constituciones no son perpetuas, sino tan sólo permanentes. Esta ventana al futuro es abierta por la regla insertada en el artículo 30² de la Constitución federal de la Argentina.

¹ La reforma constitucional puede consistir en: a) expansión: cuando se agrega una disposición al conjunto; b) contracción: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto; c) revisión: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada (*cfr.* Alchourrón, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC, 1991, p. 301).

² Allí se dispone: “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”. El proceso de reforma observa tres etapas: a) iniciativa, exclusiva y excluyente potestad del Congreso de la Nación; b) debate y elección, exclusiva del Congreso en torno a los temas que serán objeto de tratamiento constitucional y del cuerpo electoral, sujeto originaria encargado de elegir los representantes que deliberarán en la Convención constituyente; c) propiamente, creación jurídica, potestad de la Convención.

Se ha planteado y desarrollado en otro trabajo que la C.A.³ es nave insignia del sistema jurídico, a condición de que las garantías constitucionales tengan aptitud para respaldar las pretensiones de validez enunciadas en la ley mayor. En ese contexto, reforma y control judicial de constitucionalidad son definidas como paradigma de las garantías constitucionales.⁴ No obstante —agrego ahora—, puede suceder que la reforma, en lugar de defender sea la que ataque las disposiciones normativas originarias porque se infrinjan los límites prefijados

El análisis sobre el conflicto que puede suscitar la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional es un problema capital del derecho constitucional, y el consecuente análisis del órgano llamado o sujeto que ha de resolverlo es un “problema secundario”, sencillamente, porque aunque deriva de aquél y es “segundo en orden” tiene anatomía propia.⁵

Me limito en este trabajo, por razones de espacio, al análisis y valoración de los aspectos sobresalientes que presenta el problema “secundario”, como luce en el epígrafe: al control, propiamente, del proceso de proceso de reforma; el problema “primario” es tratado en otro lugar, contribución a la que *brevitatis causae*, se remite al lector. Brevemente, se asevera que la reforma inconstitucional⁶ es la más grave patología de un sistema jurídico;

³ En adelante C.A., C.N. o Constitución federal, a secas, indistintamente. Allí se dispone: “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”. Por de pronto, el proceso de reforma observa tres etapas: a) iniciativa, exclusiva y excluyente potestad del Congreso de la Nación; b) debate y elección, exclusiva del Congreso en torno a los temas que serán objeto de tratamiento constitucional y del cuerpo electoral, sujeto originaria encargado de elegir los representantes que deliberarán en la Convención constituyente; c) propiamente, creación jurídica: potestad de la Convención.

⁴ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Poder, democracia y configuración constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004, ver, en especial, pp. 94 y 95 y 123-130.

⁵ En rigor, al hacerse alusión al “problema”, son dos las cabezas que quedan expuestas o interrelacionadas, aunque a veces no sea evidente. Esta variedad, pues, depende del hecho de que “secundario” indica en el lenguaje empleado una relación temporal y no axiológica, denotando, simplemente, lo que viene después.

⁶ Puede consultarse Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, México, Porrúa, 2007, pp. 325-493. El significado de inconstitucionalidad incluye, en el análisis, la idea de disconformidad. La inconstitucionalidad de una reforma puede asumir dos formas: una débil, aparentemente remediable; una fuer-

consecuentemente, su remedio —si ha de tenerlo— es una de las decisiones más complejas que han de ser abordadas en una comunidad.

II. RASGOS BÁSICOS

Se enuncian en esta sección las proposiciones que se discuten en los próximos desarrollos. Constituyen una explicación anticipada.

Primero. El proceso de reforma constitucional genera un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. La creación constitucional es una facultad privativa del Congreso, del cuerpo electoral y de la Convención Nacional Constituyente (*cf.* arg. artículos 1o., 22, 30 y 37 de la C.A.).⁷

Segundo. Hay sectores de la vida estatal que no han sido objeto de ordenación constitucional. Referir que la Constitución federal es un sistema abierto no significa que esta apertura sea ilimitada a cualquier mecanismo de integración normativa por la vía de la interpretación judicial. La Constitución federal de 1853/1860, con las reformas de 1866, 1898, 1957 y 1994, no prevé la asignación de competencia a un órgano o sujeto para resolver el control de constitucionalidad de una reforma constitucional. La consecuencia inmediata de esta imprevisión normativa en el texto constitucional⁸ significa que los poderes constituidos no están potestados para resolver el conflicto porque carecen de competencia hasta nuevo aviso, es decir, hasta que una futura reforma constitucional dé cobertura al vacío jurídico.

Tercero. Hasta allí brindo la interpretación de *constitutione lata*, es decir, la interpretación constitucional que juzgo adecuada de acuerdo con el texto normativo cuya validez resulta hoy indiscutible.

te, seguramente irremediable. Tal distinción es consecuencia, de esta otra: validez formal y validez material. Una reforma es inválida formalmente si no se observó la regularidad de las reglas que ordenan el proceso de reforma. Toda reforma que infrinja o ponga en tela de juicio o de sospecha el cumplimiento estricto de los límites formales podrá ser atacada por portar esta patología: inconstitucionalidad, por haberse infringido tales limitaciones.

⁷ Reglas de la Constitución federal de la Argentina pueden ser consultadas, por todos, en el *website*: www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf. También en <http://www.legislatura.gov.ar/1legisla/constra.htm>.

⁸ Sagüés, Néstor, “Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, *La Ley*, 14 de octubre de 2003, p. 2.

Cuarto. De *constitutione ferenda*, sería plausible que una futura reforma constitucional aborde la cuestión y regule la materia.

¿Cuál es la propuesta normativa?

Veamos.

Quinto. Si agotados todos los esfuerzos interpretativos, por la vía de la jurisdicción constitucional, se comprueba que el proceso de reforma *in totum* o alguna de sus etapas no cumple con las disposiciones normativas que gobiernan el cambio constitucional formalizado, tratándose la enmienda de una decisión política de significativa trascendencia, detectado el vicio en el marco de la acción de inconstitucionalidad y hecha la declaración sobre el punto objeto de debate constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹ deberá dirigir la resolución al Congreso. Una vez examinada la cuestión constitucional básica, el Congreso deberá convocar al control ciudadano.

Se considera que la propuesta es coherente con la posición adoptada en esta contribución. En efecto, finalmente, lo que se trata de expresar es que la tarea de producir la legislación de más alto rango y jerarquía, concretamente, las disposiciones normativas constitucionales, debe llevarse adelante por intermedio de un proceso político en el cual puedan expresarse y conjugarse todas, absolutamente todas, las opiniones cuya finalidad sea el bienestar general comunitario.

III. CONFLICTOS ENTRE PODERES:¹⁰ LA IMPREVISIÓN CONSTITUCIONAL

La inconstitucionalidad de la reforma como conflicto de poderes.

Se insinúa un listado, incompleto, de los vicios imaginables que podrían, eventualmente, presentar la incoherencia en términos constitucio-

⁹ En adelante, también, de manera indistinta: CSJN.

¹⁰ Se entiende por “conflictos entre poderes del Estado”. Primero, para ser parte en él debe tratarse de un poder del Estado, v. gr.: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, poder constituyente. Segundo, se excluyen del concepto los “poderes” no mencionados expresamente por la Constitución federal; los actos u omisiones que suscitan el conflicto debe ser imputables al Estado realizados por los poderes en cuestión. Tercero, en principio, debe tratarse de actos u omisiones ejecutados u omitidos por los poderes del Estado en el ámbito de las competencias atribuidas por la Constitución federal, y no por el derecho consuetudinario.

nales el proceso de reforma. Dado que nunca hay experiencia total, entonces voy a dar cuenta de un listado parcial.

Veamos.

Así, por ejemplo, qué ocurriría si:

- i.* El Congreso federal no fijara, al declarar la necesidad de reforma, la materia constitucional objeto de reforma.
- ii.* Los convencionales constituyentes fueran elegidos por el Congreso, prescindiéndose de la convocatoria al cuerpo electoral.
- iii.* La Convención Nacional Constituyente extendiera sus sesiones fuera del plazo predispuesto para su labor institucional por el Congreso federal y, además, culminara sus sesiones produciendo una reforma constitucional.
- iv.* La Convención Nacional Constituyente decidiera reformar una materia constitucional no declarada objeto de reforma por el Congreso federal. En tal hipótesis, el cuerpo electoral tampoco tendría ocasión de deliberar sobre el particular, quedando sin respuesta si los ciudadanos y ciudadanas estarían dispuestos a respaldar o a no apoyar lo resuelto por criterio mayoritario de los miembros de la Convención Constituyente.
- v.* La Convención Nacional Constituyente, luego de respetarse puntualmente las etapas de iniciación y deliberación pública que configuran el proceso de reforma, decidiera: *a)* revisar el sistema de gobierno —el presidencialismo deja paso al parlamentarismo— y/o *b)* revisar la forma de orientación jurídica del Estado argentino el federalismo deja paso a la formación de un Estado confederado o regional.

Ninguna de estas reformas haría que el cambio deambulara como sonámbulo. Empero, son irregularidades de indiscutible trascendencia institucional, que hacen pensar en cuáles han de ser las herramientas disponibles para controlar al poder constituyente, en tales casos.

De manera más simple: ¿por qué se ha de reflexionar que el proceso de reforma constitucional sería susceptible u objeto de control?

Ninguna de las inquietudes delineadas tendría, objetivamente, sentido jurídico constitucional, si se ha de estar de acuerdo en que la relación de los poderes del Estado con la disposición normativa por él ejecutada o cumplida queda establecida, como regla, en la “regularidad” de la función.

Naturalmente, presumir o predicar en derredor de una “función irregular de uno de los poderes del Estado” pareciera una *contradictio in adjecto*. Hans Kelsen¹¹ se representa la posibilidad de la “irregularidad funcional” de un poder del Estado. Oigamos sus propias palabras: “...¿Quién decide si la norma que ha de ejecutarse es regular, es decir, si ha de ejecutarse o no?” Y a esta pregunta dos respuestas son posibles: o bien aquel que ha de ejecutar la norma o bien una instancia diferente, que pudiera ser el que creó la norma.¹²

El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución federal implica objetivar una doble distinción: *a)* entre poder constituyente originario y derivado; *b)* entre poderes constituyentes (originario y derivado) y poderes constituidos. La normativa de la ley mayor trae como corolario que los poderes tienen o poseen las competencias que la propia Constitución les confiere.

¿Qué caracteriza a la inconstitucionalidad de la reforma como conflicto? El término “conflicto” muestra una inocultable equivocidad.¹³ Sin ánimo de deslizar abstracciones geométricas sobre el particular, se asume que un conflicto se desata cuando un poder del Estado traspasa los límites de su propia esfera de competencias por acción o por omisión. El conflicto se suscita entre poderes. Más concretamente: en el conflicto constitucional entre poderes del Estado el objeto principal es una vindicación de competencia, y por ello no puede quedar reducido a un proceso de mera impugnación.

La vía idónea para la resolución de los “conflictos entre poderes” es, innegablemente, la política, apelándose a propiciar el diálogo y consolidar los consensos obtenidos por la vía legítima de la negociación. La implantación de este proceso marca un interesante grado de desarrollo de la jurisdicción, ausente en el modelo constitucional federal. Queda evidenciado, en estos casos, que la controversia tiene arraigo constitucional y filiación política, pero su resolución debe ser conducida y solucionada por la vía de la jurisdicción, en defensa de la intangibilidad de la Constitución, específicamente, resguardar la idea política felizmente dominante: la división de poderes, prevista para el ejercicio de las competencias propias de cada uno de los poderes estatales.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, 1959, p. 370.

¹² *Ibidem*, p. 374.

¹³ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, IJ, 2003, p. 64.

El conflicto entre poderes del Estado es un conflicto constitucional, porque en el sustrato u origen de la cuestión habrá siempre una alegación de inconstitucionalidad, directa o indirecta, razón más que elocuente para suscribir que se persigue la defensa objetiva del sistema constitucional, que si bien es cierto se manifiesta con mayor intensidad en el control de constitucionalidad, no por ello desaparece en la dimensión que se analiza.

Prácticamente en casi todas las Constituciones de los entes autónomos que constituyen la federación argentina —23 provincias y una Ciudad Autónoma— se diseñó el “conflicto entre poderes públicos”. Solamente la Constitución de la provincia de Catamarca prevé, expresamente, que el conflicto disparado por la alegación de inconstitucionalidad de una reforma constitucional es competencia del más alto tribunal de justicia de esa provincia.¹⁴

En el texto de la Constitución de la Confederación Argentina del 1.º de mayo de 1853, concretamente en la disposición normativa contenida en el artículo 98, se legisló la competencia originaria y exclusiva de la Corte para entender en la “decisión de los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia”. Nótese que esta reglamentación no se extendía a los “conflictos entre poderes públicos del Estado”; ni una letra constitucional se dedicó a esta cuestión. La regla constitucional referida a los conflictos públicos entre los poderes de las provincias fue suprimida en 1860, al cerrarse el momento constituyente originario del Estado argentino.

Una reforma inconstitucional configura un conflicto de poderes públicos del Estado, porque en alguna o en todas las etapas del proceso de reforma se puede llegar a presentar una irregularidad, cometida por acción u omisión, que traspasa los lindes constitucionalmente fijados como competencia para su actuación. El texto constitucional federal argentino, más allá de su vocación de perdurabilidad y resistencia, no contiene ningún parámetro de referencia expreso que describa cómo y cuándo puede suscitarse este conflicto de constitucionalidad. Ergo,

¹⁴ En la Constitución catamarqueña se dispone expresamente sobre la cuestión de constitucionalidad y solución de una reforma inconstitucional. Prescribe el artículo 290: “Cualquier enmienda o reforma constitucional realizada en violación de una o más de las disposiciones precedentes, serán absolutamente nulas y así podrá ser declarado por la Corte de Justicia, aun de oficio”.

tampoco, con arreglo a lo expuesto, el control del proceso de reforma constitucional, es decir, la observancia del cambio formalizado de la ley mayor, puede hallar regulación normativa constitucional expresa en el texto de la Constitución federal argentina. No encontrándose reglamentado el conflicto, pese a su carácter excepcional, tampoco podría hallarse en el texto constitucional —como sucede— la regla de oro que fijaría los parámetros de solución o el escenario en que se ha de desenvolver, normativamente, el órgano o sujeto constitucional convocado para resolver tan espinoso problema.

La Constitución federal de la Argentina no constituye un sistema cerrado ni omnicompreensivo.¹⁵ Este sector de la vida estatal no fue constitucionalmente ordenado; no hay previsión constitucional. El órgano de interpretación debe cumplir su tarea dentro del marco de la función constitucional a él encomendada. Peculiarmente, el juez constitucional desarrolla una tarea cognoscitiva: declara el derecho preexistente; si el intérprete judicial se sobrepone al texto, deja de interpretar e ingresa al cambio no formalizado, la contrarreforma constitucional.

Respecto de la imprevisión constitucional, se ha observado que puede hablarse de una “buena” y otra “mala”. La primera especie parte del supuesto de asumir los límites del poder constituyente; se puede disciplinar el futuro, pero no todo el futuro. La imprevisión constitucional “mala”, en cambio, acontece cuando por falta de pericia, o por cobardía, o por malicia, en el texto constitucional se guarda silencio respecto de una regulación sobre la que correspondía prescribir jurídicamente y, por ende, pronunciarse.¹⁶

Sin dudas, esta laguna histórica en la Constitución federal respecto de la configuración de inconstitucionalidad de una reforma y sobre el control de dicho proceso, si se apela a la nomenclatura propiciada debería ser considerada como una imprevisión “buena”. Aunque no es una materia absolutamente irrepresentable, considero, ciertamente, que se trata de una cuestión novedosa y producto de una nueva situación. El tiempo obliga a repensar la necesidad de *aggiornar* la Constitución a nuevos desafíos.

¹⁵ Hesse, Konrad, “Constitución y derecho constitucional”, en varios autores, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 6.

¹⁶ Sagüés, Néstor P., “¿Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, en Sagüés, Néstor y Palomino Manchego, José F., *Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del derecho constitucional*, presentación de Domingo García Belaúnde, Lima, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2005, pp. 15 y 16.

IV. INVENCION DE IDEAS. LA LAGUNA CONSTITUCIONAL. SU COMPRESION.
JUICIO SOBRE A QUÉ ÓRGANO CONSTITUCIONAL COMPETE ADJUDICAR
LA POTESTAD DE CONTROL

1. *Consecuencia de la laguna constitucional: prohibición absoluta del control del proceso de reforma constitucional*

Queda en evidencia la inexistencia de una previsión constitucional respecto del tema objeto de análisis. Resta considerar en esta sección, primero, si el caso tiene solución y, segundo, en caso de tenerla, cuál es la ruta a transitar.

En primer lugar, se analiza la cuestión desde el horizonte de proyección que suministra, de *constitutione lata*, la Constitución federal vigente. Posteriormente, el campo de reflexión se traslada al de *Constitutione ferenda*.

Observa, acertadamente, el jurista mexicano Diego Valadés, que controlar al poder es una necesidad para la subsistencia de la libertad. El control del poder supone dos niveles de acción: por un lado, los controles que el poder se autoaplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana. A la primera modalidad se la puede denominar “controles internos”; a la segunda, “controles externos”, que suponen la intervención de los ciudadanos y electores.¹⁷

Controlar un proceso de reforma constitucional significa controlar al poder constituyente derivado. Ergo, controlar al poder es un acto de poder.¹⁸ Los instrumentos o herramientas que se predisponen para controlar al poder son parte del poder.

Dentro de la tipología de controles enunciados por la Constitución federal argentina no existe redactado en la letra constitucional el control del poder del proceso de reforma, ni tampoco, obviamente, el “conflicto entre poderes públicos del Estado”.¹⁹ Ahora bien, ¿qué significa constitu-

¹⁷ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 2 y ss.

¹⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹ Hace diez años, en sentido coincidente con la postura aquí expuesta, Sagüés dijo que el “conflicto de poderes... se trata de una figura no atendida explícitamente por la Constitución ni por el grueso de la doctrina constitucional local. De hecho, debe partirse de la constatación de un caso de laguna o vacío constitucional”. Sagüés, Néstor, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los conflictos de poderes”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, t. 1998-2, p. 516. Sagüés expresó que los “conflictos de poderes”,

cionalmente esta ausencia? ¿Puede ser cubierta la imprevisión constitucional acudiéndose ya sea a la heterointegración (se trata de rellenar la laguna con disposiciones normativas provenientes de fuente distinta) o a la autointegración (se colma la laguna mediante los recursos provistos por la misma fuente)?

Las deficiencias de las fuentes jurídicas, entre ellas la Constitución federal argentina, permite comprobar que, pese a la manifiesta vocación de futuridad de los textos constitucionales, la imprevisión es posible, motivo por el cual las lagunas constitucionales existen.

Comprobada la deficiencia de la producción jurídica, ello no implica deslegitimar el dogma de la plenitud del sistema jurídico, en este caso, el constitucional. Hay un espacio jurídico vacío. No se encuentra constitucionalmente previsto el control del proceso de la reforma.

La Constitución federal nada dice sobre el punto. La invalidez de una reforma no está contemplada en el lenguaje constitucional.

Insisto: el conflicto entre poderes del Estado suscitado por una reforma constitucional no tiene reglamentación expresa. Consecuentemente, ello significa, como regla, que está prohibido expedirse sobre el punto.

Empero, es conveniente reexaminar esta cuestión, y aunque el conflicto de constitucionalidad no se encuentre regulado, analizar si, aun de ese modo, el control podría prosperar.

Veamos.

Para controlar un proceso de reforma constitucional por observarse vicios en cualquiera de las etapas que constituyen su edificación existen, al menos, tres tipos de soluciones.

Primera alternativa: asignar competencia para la resolución del conflicto al Poder Judicial.

Segunda alternativa: atribuir competencia para solucionar el conflicto entre poder constituyente derivado y poder constituido, a un control de filiación política, que podría insertarse, por ejemplo, en una nueva convención constituyente.

stricto sensu, asumen dos tipos. El primero, se produce cuando un poder asume competencias del otro; el segundo acontece cuando un poder del Estado no obedece la decisión tomada por otro, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Sagüés, Nestor, *op. cit.*, p. 511.

Tercera alternativa: dotar de potestad a la Corte Suprema de Justicia de la Nación o al tribunal que tenga la última palabra en materia judicial, y, luego, diferir la solución definitiva al cuerpo electoral, previo paso por el Congreso federal.

Mi interpretación de *constitutione lata*, es que el vacío lagunoso provocado por la imprevisión del poder constituyente no debe ser resuelto adoptando como punto de partida ninguna de las alternativas descritas.

La C.A. posee “reglas de clausura”. En forma simplificada, las disposiciones normativas contenidas en los artículos 1o., 22, 44, 87 y 108 (“sistema del poder”) y 14, 16, 17, 18, 19 y 75, inciso 22o.²⁰ (“sistema de la libertad, igualdad y solidaridad”) de la Constitución federal configuran las reglas de clausura del sistema. Descriptivamente, para los ciudadanos, las acciones están permitidas, salvo lo prohibido. Para los poderes del Estado, la acción no atribuida a un órgano, estricta y rigurosamente como competencia, está prohibida. Esta regla, basada en la permisión, da sustento conceptual al Estado constitucional de derecho: en el ámbito del derecho constitucional del poder, todo lo que no está constitucionalmente atribuido a un órgano, en principio, se halla constitucionalmente prohibido.

Controlar el proceso de reforma constitucional, en cualquiera de sus etapas, configura, a no dudarlo, una cuestión constitucional básica, que “viene” originada por un conflicto entre poderes públicos del Estado.

El recorrido por todo el texto constitucional argentino permite aseverar que no existe autorización de ningún tipo para que prospere el control del proceso de reforma bajo la forma de corrección funcional (“segunda alternativa” arriba mencionada; por ejemplo, una nueva convención nacional constituyente), y tampoco existe previsión alguna respecto de la posibilidad de que el cuerpo electoral pueda ser llamado a pronunciarse respecto de tan delicada cuestión (“tercera alternativa”).

Por lo tanto, descartadas ambas alternativas, solamente queda por analizar y valorar si la cobertura de la imprevisión constitucional sobre el control de proceso de reforma puede resolverse, actualmente, con el texto en vigencia, apelándose al control judicial de constitucionalidad, es decir, transitar la ruta de la mutación constitucional y permitir que, frente al si-

²⁰ El texto de las reglas citadas puede leerse en www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.

lencio de la letra constitucional, el poder constituido (judicial) se comporte o adopte atribuciones que corresponden, por naturaleza, al poder constituyente derivado.²¹ Esta acomodación del texto constitucional implica una metamorfosis, una transformación: el texto constitucional permanece intacto; empero, cambia radicalmente el significado que se le atribuye.

Ut supra, en la sección II, 2, ya se anunció la respuesta negativa. Corresponde ahora trazar los fundamentos de dicha posición, de *Constitutione lata*. Expongo, pues, en la subsección siguiente, las buenas razones que a mi juicio respaldan la prohibición para que el Poder Judicial, y especialmente su cabeza, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conozca y decida sobre la invalidez de un proceso de reforma constitucional, es decir, ejercer el control de constitucionalidad del cambio formalizado del sistema jurídico constitucional, hasta tanto el poder constituyente derivado describa el parámetro del conflicto y atribuya la competencia de las competencias.

2. La reforma constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad, y no viceversa

Entre la reforma constitucional y el control judicial de constitucionalidad existe un vínculo muy estrecho. El control judicial de constitucionalidad es una herramienta de uso cotidiano. Como garantía, permite que la Constitución sea la ley mayor del sistema, es decir, que se asegure y afirme la supremacía constitucional. Sin control judicial de constitucionalidad es absolutamente impensable la primacía de la Constitución sobre el resto de las reglas que integran el sistema jurídico. Porque su significado preciso consiste en que todo el sistema jurídico estatal sea conforme, compatible, coherente, con las reglas de la Constitución federal.

El control judicial de constitucionalidad, regla cardinal en la teoría del gobierno republicano, curiosamente no fue diseñado, y por ende expresamente reglado, en el texto constitucional argentino de 1853/1860.²² En la Argentina, a semejanza del proceso que se vislumbró en el derecho constitucional norteamericano, la fuente de la que provienen los elementos prin-

²¹ Sagüés, Néstor P., “¿Reflexiones sobre la imprevisión constitucional”, *cit.*, pp. 18 y 19.

²² Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 105.

cipales que configuran los requisitos para que proceda el control de constitucionalidad y su radio de acción se han gestado primordialmente en fuente judicial, es decir, su matriz es pretoriana.²³ En una de sus primeras resoluciones judiciales —caso “Calvete”—, la CSJN sostuvo que ella era la intérprete final de la Constitución, por cuya razón siempre que se haya puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ella se funda, aunque el pleito haya sido resuelto en un tribunal del fuero común, la sentencia está sujeta a la revisión del más alto tribunal.²⁴ Años después, en 1872, en la causa “Ocampo”, la Corte dijo que sus decisiones son finales, y que ningún tribunal las podía revocar, representando en la esfera de sus atribuciones la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones.²⁵

¿Cuál es entonces el vínculo entre reforma y control de constitucionalidad?

La reforma es poder constituyente; el control de constitucionalidad opera en el marco del Poder Judicial —poniendo de manifiesto la más alta elevación de la interpretación jurídico-constitucional—, es decir, un poder constituido cuya principal misión es la concreción del contenido de las disposiciones definidas por el poder constituyente. Observa Horacio Rosatti con precisión:

...cuando un pueblo redacta su primera constitución establece para la posteridad un “antes” y un “después” no sólo cronológico sino también lógico, separando una especie de *estado de naturaleza* de un *estado de organización*. Esta distinción, trascendente en el mundo jurídico y palpable en el mundo existencial, explica que los autores de la constitución original adquieran un carácter mítico y fundacional, atributos que nunca habrán de tener sus reformadores. Una ficción jurídica establece entre los reformadores (portadores del poder constituyente revisor) y los controladores de la legalidad (portadores del poder constituido revisor) una barrera ontológica abismal; se trata de una ficción tan necesaria desde lo jurídico como incomprensible desde lo existencial, pues en la práctica tanto un convencio-

²³ Bianchi, Alberto B., “¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?”, *La Ley*, t. 1990-E, p. 1089.

²⁴ CSJN, *Fallos*, 1:548.

²⁵ *Ibidem*, 12:155.

nal constituyente reformador como un legislador ordinario o un juez son intermediarios del pueblo...²⁶

La Constitución federal no puede ni debe ser reformada todos los días. Sí, en cambio, tiene que ser interpretada todos los días. El control judicial de constitucionalidad es la garantía que permite esta afirmación de la supremacía constitucional. Sin embargo, históricamente, es la reforma la que diseña el control, y no viceversa.

Quizá la respuesta “histórica” no sea todo lo satisfactoria que se desea para justificar la improcedencia del control judicial pleno sobre un proceso de reforma constitucional.

Veamos, entonces, argumentos de naturaleza lógica.

El proceso de reforma constitucional es lo que hace jurídicamente a la Constitución federal una regla única en relación con la cual todas las demás disposiciones pueden ser controladas y enjuiciadas. La Constitución y su proceso de reforma son la referencia del control de constitucionalidad. Cuando no es posible encontrar una interpretación constitucional adecuada por la vía del control judicial de constitucionalidad, no queda más remedio que acudir a la reforma constitucional.

Añado que la Constitución federal, incluida la posibilidad de su propia reforma, configura las reglas que dan origen y fundamento al control judicial de constitucionalidad y a todos los demás controles sobre los poderes del Estado. Aceptar que la regla producida por un poder de jerarquía superior (poder constituyente) pueda ser declarada inconstitucional, y por ende inaplicable, por el Poder Judicial (poder constituido) genera un conflicto que, al violentar la supraordenación lógica, quiebra la coherencia del sistema. Esta rotura del vínculo de jerarquía, donde la potestad del poder delegado es más fuerte que la potestad del poder delegante, pone en evidencia una prevalencia capaz de afectar el significado mismo de Constitución, en razón de que ésta dejaría de cumplir su finalidad específica de servir de dique de contención al poder constituido. Finalmente, la función constituyente —especie del género función legisferante— puede quedar pulverizada si se acepta su control judicial pleno, cayendo el modelo de separación de poderes, tanto en lo concerniente a la distribución de funciones estatales como en lo referido a los órganos competentes para ejercerlos.

²⁶ Rosatti, Horacio Daniel, “Reforma y control de constitucionalidad”, *La Ley*, t. 2007-F, p. 1455.

3. *Línea de acción de constitutione referenda*

A. *Encuadre*

Las ideas que subsiguen apuntan a un mejoramiento del modelo de control de constitucionalidad.²⁷

Luego de analizar y valorar el sistema constitucional federal, se llega a la conclusión de que: *a)* el proceso de reforma es eminentemente político; *b)* la interpretación constitucionalmente adecuada de la ley mayor en vigor permite aseverar que no hay órgano ni sujeto dotado de competencia para analizar y pronunciarse respecto de la invalidación de una enmienda.

Se examina ahora el problema planteado por la invalidez de un proceso de reforma constitucional, teniendo en consideración una futura reforma constitucional que estudie, analice y, eventualmente, regule la materia.

La propuesta se limita, estrictamente, a cuanto es materia de debate en esta contribución. Ello no significa que se entienda que otras materias propias del proceso de reforma no deberían ser reexaminadas y objeto también de enmienda. La propuesta de *constitutione ferenda* que se enuncia más abajo se constriñe, exclusivamente, a la definición de los dos problemas capitales decididos: la inconstitucionalidad del proceso de reforma y su control.

B. *Sugerencias para una eventual reforma constitucional*

Primera. Una eventual reforma constitucional debería, por un doble juego de razones, contemplar la configuración en el texto constitucional del conflicto entre poderes del Estado: por un lado, porque casi todas las Constituciones de los entes autónomos de la Argentina lo contemplan; por otro lado, porque los textos de las democracias constitucionales bien asentadas del mundo también lo enuncian. Consecuentemente, aunque la imitación es mala guía, no así la reflexión, que es la propuesta.

²⁷ El resultado del recorrido de la investigación sobre la literatura comprueba que, en principio, solamente Jorge Vanossi ha sugerido incorporar al lenguaje constitucional el control judicial de constitucionalidad del procedimiento de reforma; ciertamente, con bases y extensión distintas que las que aquí se proponen con enfoque original. Vanossi, Jorge, *La reforma de la Constitución*, Buenos Aires, Emecé, 1988, p. 183.

Se considera que bastará al respecto con una expansión del artículo 117²⁸ de la Constitución federal, el que quedaría redactado del siguiente modo:

En estos casos la Corte Suprema de Justicia ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a conflictos entre poderes del Estado y a las acciones declarativas de inconstitucionalidad que con motivo de ellos se deduzcan, embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

No cabe duda que las irregularidades en que pueda incurrir la tarea del Congreso federal o de la Convención Nacional Constituyente, en el proceso de reforma constitucional, son susceptibles de ser caracterizadas dentro de la categoría jurídica de los “conflictos entre poderes del Estado”. Efectivamente, se añade la posibilidad de demandar en defensa de la Constitución, describiéndose constitucionalmente como vía más idónea la correspondiente acción para impulsar el conocimiento y decisión sobre los conflictos entre poderes del Estado.

Segunda. También se recomienda una expansión del artículo 30 constitucional. La nueva disposición quedaría redactada del siguiente modo:

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.

Podrá peticionarse el control de la regularidad de las etapas del proceso de reforma, por la vía de la acción y en el caso previsto en el artículo 117. Están legitimados para interponerla: a) El Presidente de la Nación; b) una cuarta parte de los Diputados; c) una cuarta parte de los Senadores; d) una cuarta parte de los Convencionales Constituyentes; e) el Defensor del Pueblo de la Nación; f) el Procurador General de la Nación y/o el Defensor General de la Nación.²⁹

²⁸ El texto de la regla citada puede leerse en www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.

²⁹ Se asume que no es imperioso describir la legitimación, pero evita una gran cantidad de problemas de interpretación constitucional. También se podría decir en la regla, en forma escueta, “la legitimación será detallada por ley”, pero, insisto, no es aconsejable.

Si la Corte Suprema de Justicia pronuncia la declaración de inconstitucionalidad deberá comunicar la decisión al Congreso, órgano que deberá dar expreso tratamiento a la cuestión dentro del término de tres meses y, con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, convocará a consulta popular vinculante, la que deberá realizarse junto con la primer elección legislativa posterior a la declaración del Congreso. Quedará anulada³⁰ si cuenta con el apoyo de la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos.

C. Argumentos en contra

La primera objeción que se puede deslizar consiste en reprochar que se analiza el problema desde la dicotomía poder contramayoritario-poder mayoritario; es decir: la reforma pareciera fruto de un poder mayoritario, y el control judicial como el ejercicio de un poder contramayoritario. En esa perspectiva, se podría argüir que la dicotomía es una falsa representación de la democracia, en la inteligencia de que el vuelo democrático se sostiene con múltiples turbinas, que no siempre todas ellas funcionan bien, y que, incluso, algunas ni siquiera funcionan.

Una segunda crítica podría sostener que es más democrático un Poder Judicial que se atiene a las reglas de interpretación constitucionalmente adecuadas, que un proceso de reforma que se las salta en perjuicio de la constitucionalidad, por mucho que se las ejerza por intermedio del cuerpo electoral, que no es un bálsamo sanador de vicios.

Tercer reproche. Argumentar es una actividad que consiste en generar razones a favor o en contra de una determinada proposición que se trata de sostener o refutar. En el proceso de configuración de la ley o de la Constitución, los casos son idénticos. El proceso discursivo de los órganos que tienen atribuida la función legislativa o constituyente es de ar-

³⁰ Debe llamarse la atención sobre el efecto derogatorio de la consulta popular. Tiene gran importancia. Se parte de la premisa de que el proceso constitucional es susceptible de anulación. Esto significa que al proceso de reforma constitucional, con base en la regla que estipula la presunción de constitucionalidad, se lo considera, *prima facie*, que goza de dicha presunción de regularidad. Consecuentemente, la declaración de nulidad tiene efectos sólo hacia el futuro. En la consulta popular, el ciudadano tiene en sus manos decidir acerca de la reviviscencia de un sistema constitucional viciado e inadecuado, o su derogación. Al respecto, se preguntó Jean Jacques Rousseau quién tenía derecho a impedir que un pueblo se hiciera mal a sí mismo. (Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social* (1762), Barcelona, Altaya, 1993, p. 54).

gumentación política, esencialmente elaborada en términos de fines: creación jurídica; en la jurisdicción constitucional, el proceso discursivo es de argumentación jurídica, esencialmente dirigida a la fijación de medios: aplicación jurídica. La necesidad de argumentar en el derecho, en el derecho constitucional en particular, se da en todas las etapas, es decir, tanto en la producción como en la aplicación. Hay buenas razones para creer que la interpretación judicial —y su paradigma: el control de constitucionalidad— debe acudir a una extensa y objetivada argumentación de sus decisiones, precisamente a causa de que los jueces de la CSJN no son elegidos directamente por el cuerpo electoral. En el campo de la argumentación del control de constitucionalidad, el parámetro que limita al juez para motivar sus decisiones es la consideración de la disposición normativa, en abstracto y en concreto. Mientras que en el campo de la argumentación política, si bien la limitación jurídica de la soberanía del pueblo no constituye una *contradictio in terminis*,³¹ ciertamente, las razones para justificar una decisión residen en reconocer al diálogo como método para elegir y construir los cursos de acción comunitaria, lo que puede incluir el choque de voluntades. Dirían los objetores, en resumidas cuentas, que la argumentación jurídica quedaría “legitimada” por su ejercicio objetivado; la argumentación política, en cambio, quedaría legitimada por su origen, donde la elección popular se yergue como fundamento.

Cuarta observación. Una interpretación armónica de la Constitución federal indicaría que los proyectos referidos a la reforma constitucional no serán objeto de consulta popular vinculante. Aunque la prohibición se encuentra radicada en el artículo 39 constitucional (iniciativa popular),³² y no en el artículo 40 constitucional (consulta popular),³³ la ley 25.432,³⁴ a tono con el lenguaje de la Constitución federal, exceptúa de la consulta popular vincular a los proyectos de ley cuyo procedimiento de sanción se encuentre especialmente reglado en la ley mayor mediante la determinación de la Cámara de origen o por la exigencia de una mayoría calificada para su aprobación.

³¹ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEPC, 1991, pp. 199 y 200.

³² El texto de la regla citada puede leerse en www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.

³³ *Idem*.

³⁴ Ver su artículo 1o. Consulta popular vinculante y no vinculante. Disposiciones comunes. Publicada de hecho el 21 de junio de 2001.

D. *Defensa de argumentos propios*

Las respuestas que lucen en este apartado respetan el orden en que son presentadas las objeciones en el anterior —IV.3.C.—.

En primer lugar, cabe consignar que la intención de la propuesta no es desdibujar el control judicial de constitucionalidad, ingresando por la puerta de su legitimación democrática. Precisamente, el significado es el contrario: su refuerzo. La comprensión de la democracia constitucional defendida en esta pieza tiene en cuenta el diferente papel que desempeñan reforma y control. Sobre la reforma confluyen las tensiones más intensas del sistema, circunstancia lógica si se computa que el cambio formalizado es la vía idónea que utiliza el poder constituyente derivado, como poder del Estado, para diseñar el sistema constitucional. El estatus del control de constitucionalidad, ejercido por el Poder Judicial, queda definido a partir de su aceptación como herramienta idónea para afirmar la supremacía jurídico-formal de la Constitución federal frente a los poderes constituidos del mismo rango.

El control de constitucionalidad de una reforma no es una simple escaramuza jurídica. Se trata, verdaderamente, de una situación que revela mayúscula gravedad institucional. En tal sentido, la idea es que el tratamiento de la inconstitucionalidad sea analizado en todos los ambientes posibles, y no que su resolución opere, exclusiva y concluyentemente, en el Poder Judicial.

Si, como se señala con acierto, en los procesos de interpretación constitucional se deben insertar todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos, debiéndose abandonar la idea de la sociedad “cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución dando lugar a una “sociedad abierta”,³⁵ de manera coherente con dicha posición, cuando se trata no ya de la interpretación, sino de la propia configuración, una correcta producción del derecho constitucional sólo puede ser fruto del compromiso de una democracia de ciudadanos, porque se parte de la competencia de cada uno de ellos para generar la *res publica*, que es cosa de todos.³⁶

³⁵ Se trata de la conocida opinión de Peter Häberle: “¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales!”. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Madrid, IVAP, 1996, pp. 17-45.

³⁶ Häberle, Peter, “El Tribunal Constitucional como poder político”, en Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al*

Por lo tanto, la propuesta no implica un reduccionismo de la tarea judicial. Tampoco cuestionar su legitimación democrática.

Se considera razonable dar participación a los ciudadanos, máxime frente a problemas tan importantes para la comunidad. Más allá de las intenciones y formación de los jueces de la CSJN, cuyas cualidades morales y versación intelectual se presuponen fuera de debate, la pregunta es: ¿por qué no deferir, ampliar, el marco de la “lectura constitucional”, sin limitarla al juicio de nueve, siete o cinco personas?

Si la visión de la democracia presentada se orienta a deferir la creación jurídica, legislativa y/o constituyente, a los representantes de las mayorías y las minorías, la propuesta se engarza en ese derrotero, porque, precisamente, lejos de deshacerse de los mecanismos mayoritarios, la tendencia va hacia su perfeccionamiento.³⁷ Porque la democracia es regla de la mayoría, forma de orientación política del Estado que el pueblo se da a sí mismo, a condición de que se respeten los derechos de las minorías.

La segunda crítica tampoco puede prosperar. No se cuestiona la legitimación democrática de los jueces de la Corte Suprema para resolver el conflicto de inconstitucionalidad de una reforma. Es más, bien se puede observar que el primer paso es el desplazamiento del conflicto al departamento judicial, al más alto tribunal de justicia. En efecto, se confía a la CSJN el conocimiento y decisión de la invalidez de una reforma, demanda de inconstitucionalidad que, obviamente, podría no prosperar. Desde otro ángulo, la propuesta, en los términos que se deja expuesta, busca desarrollar la potestad judicial —en este caso de la Corte—, porque su deterioro, ciertamente, conspira contra la democracia constitucional al no garantizar la seguridad jurídica.³⁸

Conforme a lo anterior, se intenta adjudicar a la estructura judicial una competencia adecuada. El rechazo de la demanda de inconstitucionalidad de una reforma provocará la terminación del conflicto en sede judicial. En esta circunstancia, pues, no se advierte ningún fenómeno negativo.

Tribunal Constitucional alemán), presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, traducción y estudio introductorio de Joaquín Brage Camazano, México, Porrúa, 2005, p. 93.

³⁷ Gargarella, Roberto, “Control constitucional”, en Varios autores, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, p. 639.

³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Funciones del Poder Judicial en las democracias contemporáneas”, en Varios autores, *El sistema político e institucional*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 154.

Y tampoco es negativa la ampliación del escenario, en caso de prosperar la acción declarativa de inconstitucionalidad. La limitación de los efectos de la judiciabilidad no es para neutralizar la competencia de la CSJN. Se considera sana política constitucional procurar la participación del Congreso y, llegado el caso, del cuerpo electoral. No se observa otra forma para resguardar por completo la coherencia del sistema jurídico que la transferencia descrita. Con las debidas reservas, desde luego, la transferencia al Congreso y al cuerpo electoral es el mecanismo más idóneo para mantener la responsabilidad de todos los actores del sistema.

Haciendo pie en lo expuesto en la sección III respecto de la naturaleza política del proceso de reforma —sin importar lo deseable que pueda resultar el control judicial pleno sobre el mismo—, por tratarse de una facultad privativa atribuida a los poderes eminentemente políticos del Estado, la organización fundamental de la vida comunitaria, la estipulación del mecanismo para resolver las controversias en torno a la validez de las enmiendas, dando la última palabra, también debería poseer elementos de la misma naturaleza: eminentemente política.

La juridicidad constitucional se basa en la premisa de que la voluntad de los ciudadanos que integran el pueblo posee mayor autoridad que la de quienes actúen en su nombre y representación. La tensión entre la regla democrática y la regla de supremacía de la ley mayor, en caso de verificarse la inconstitucionalidad de una reforma, debe resolverse a favor de la primera, porque es el pueblo el que decide la producción del sistema jurídico, y no al revés. El control ciudadano de decisiones políticas de la más alta jerarquía por la vía de la participación leal, abierta, plural e informada, significa fundar la democracia de manera directa, confiando al pueblo su propia organización comunitaria, antes que a los sujetos elegidos o que se ofrecen para ser sus representantes. Sugerir esta forma de construcción no implica ninguna proclama plebiscitaria. Todo lo contrario. Implica seguir sosteniendo y estimulando una cultura constitucional, en la que los ciudadanos, razonablemente, por su cuenta y riesgo, aceptan o rechazan distintas preferencias en el marco de una sociedad abierta. Esta proposición tampoco implica desmentir que las decisiones judiciales son decisiones políticas, entendidas en sentido amplio. De manera convincente, lo que se trata de expresar es que la tarea de producir la legislación de más alto rango y jerarquía, las disposiciones normativas constitucionales, debe llevarse adelante por intermedio de un proceso político en

el cual puedan expresarse y conjugarse todas, absolutamente todas, las opiniones cuya finalidad sea el bienestar general comunitario.

Respecto del tercer reproche, curiosamente, se comparte una muy buena porción de los argumentos. No obstante, se advierte, categóricamente, que de ninguna manera se dogmatiza ni se comparte el aforismo “vox populi, vox dei”. El respaldo de los ciudadanos y ciudadanas es la fuente de legitimación de mayor jerarquía, pero no todo lo legitima, subsana o absuelve.

No se pierda de vista, además, que previa intervención del cuerpo electoral, se encuentra el análisis de la cuestión por el Congreso federal.

La estrategia que se auspicia, en todo caso, favorece el protagonismo de la CSJN, del Congreso y de la ciudadanía. De la misma manera que no se teme un empleo mal intencionado del control judicial de constitucionalidad, tampoco ha de temerse a los mecanismos de la democracia participativa.

El peligro para la estabilidad de la democracia, cuyo cauce es el sistema jurídico previsto por la Constitución federal, consiste, precisamente, en desplazar los conflictos generando falsas expectativas de solución, manipulando a la opinión pública.³⁹

Contrariamente a lo que puede suponerse, la propuesta normativa que se defiende tiene como horizonte de proyección enriquecer el debate. Desatado el conflicto por la inconstitucionalidad de un proceso de reforma, su solución se atribuye al Poder Judicial. Luego, en caso de verificarse en la jurisdicción constitucional el vicio alegado, se proyecta la responsabilidad hacia la instancia del Congreso y, finalmente, al electorado. La propuesta no comporta una dictadura de la mayoría; en el fondo, no hace más que aumentar, decisivamente, las formas y los contenidos de argumentación en el ámbito de una democracia constitucional.

La última de las objeciones merece ser soslayada. En efecto, un escrutinio riguroso del artículo 40 constitucional deja al descubierto que las “materias prohibidas” en el artículo 39 (reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y material penal) no lo están, expresamente, respecto de la consulta popular. El artículo 40 constitucional guarda silencio sobre el punto. No se aprecia prohibición constitucional.⁴⁰ Pese a la ausencia de una definición constitucional prohibitiva, el Con-

³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Funciones del Poder Judicial en las democracias contemporáneas”, *cit.*, p. 152.

⁴⁰ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1999-2001, p. 609.

greso federal, al reglamentar el artículo 40 constitucional —ley 25.432— sustrajo de las materias que pueden ser objeto de consulta popular vinculante a la reforma constitucional.

En rigor de verdad, la existencia de la ley 25.432 no constituye ningún problema. Si una reforma constitucional en el futuro decidiera adoptar el mecanismo de consulta popular vinculante para el tratamiento de la invalidez de una enmienda, por aplicación simple de la regla de supremacía constitucional —*cf.* arg. artículo 31 de la Constitución federal—, es decir, primacía de la fuente de mayor jerarquía, quedaría automáticamente derogada la prohibición que existe hoy sobre la cuestión.

V. LETRAS FINALES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es un tribunal que ejerce funciones políticas. Su competencia más relevante es mantener la primacía de la Constitución federal (*cf.* arg. artículos 1o., 28, 29, 31, 33, 75, inciso 2o. y 116, CN).⁴¹ Debe preservar que la Constitución federal siga siendo, en forma inalterable, la ley mayor del sistema jurídico.

La CSJN tiene una responsabilidad mancomunada con el resto de los poderes del Estado en la garantía de la Constitución federal como contrato político y social. Tarea básica del más alto tribunal de justicia es defender el ámbito de los derechos fundamentales y convertirse en guardián celoso y cauteloso de la regla que fija la distinción de poderes del Estado.

Se vislumbra en la reforma constitucional un proceso en el que se debe producir una reflexión y deliberación colectiva. Se presupone que dicho proceso es instado por un programa de política constitucional, propuesta que se intenta sea apoyada, finalmente, por la mayoría de los ciudadanos, y luego elaborada por sus representantes. Vale la pena preguntarse, una vez más, si ha de ser razonable que la reforma constitucional —que es el resultado, insisto, de un proceso de deliberación colectiva, en cual, además, existe votación ciudadana—, eventualmente, en caso de estar viciada alguna de sus etapas, sea anulada, eliminada de la escena jurídica, exclusivamente por los jueces de la Corte Suprema, que no son nombrados directamente por los ciudadanos ni tampoco pueden ser removidos directamente por ellos.

⁴¹ El texto de las reglas citadas puede leerse en www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.

¿Y de qué modo empalma esta interpretación con las ideas aquí defendidas? ¿Qué se quiere evitar? Sin dudas: la competencia de las competencias, entendida ésta como una atribución dispuesta por la Constitución en términos tan laxos, que permitan que sea un solo órgano, la CSJN, el que determine el alcance de la misma. Además, si solamente la Corte Suprema fuera el único órgano encargado de velar por la constitucionalidad de una reforma, se asistiría a la paradoja indeseada, que la Corte sería más suprema que Corte. ¡Inexplicable!

Quizá las palabras de Abraham Lincoln expresen cabalmente la idea:

...al mismo tiempo, los ciudadanos imparciales deben admitir que si las políticas del gobierno sobre cuestiones vitales, que afectan al pueblo entero, fueran fijadas irrevocablemente por decisiones de la Suprema Corte... el pueblo habrá cesado de ser su propio gobernante, remitiendo sus poderes a ese tribunal eminente.⁴²

La inconstitucionalidad del proceso de reforma es el conflicto de más envergadura que puede dispararse en un sistema jurídico: la búsqueda de su solución debe contener la fuente de legitimación más alta, más indiscutible. Anida en la propuesta de control del proceso de reforma que se defiende el afán de lograr un consenso comunitario, total y concluyente, sobre una decisión de política constitucional de la más alta trascendencia.

El juicio de constitucionalidad sobre una reforma debe atravesar una situación muy particular en cualquiera de sus etapas. Lógicamente, ha ser más complejo si el cambio formalizado ya se hubiera concretado. Para su tratamiento, se predispone la más amplia intervención de órganos y sujetos. Y, paralelamente, la más amplia legitimación.

Primero interviene la CSJN.

Luego, el Congreso federal.

Por último, la ciudadanía dispone de la facultad para purgar (o no) por completo, los vicios formales del acto cuestionado. Una suerte de retorno a la democracia directa,⁴³ débilmente, por supuesto.

⁴² Lincoln, Abraham, *First Inaugural Address*, Washington D. C., March 4, 1861. El texto completo puede consultarse en Abraham Lincoln on line. *Writings & Speeches*. <http://showcase.netins.net/web/creative/lincoln/speeches/1inaug.htm>.

⁴³ Sagüés, Néstor P., "La legitimación del referéndum constitucional", *La Ley*, t. 1977-D, p. 957.

Recurrir a la consulta popular vinculante, movimiento final del proceso de control de la reforma, no debe ser apreciado, en modo alguno, como una situación de desconfianza hacia la Corte o el Congreso. Es un llamado al pueblo a participar sobre una cuestión constitucional básica.

La Constitución federal no es un ejemplo de sabiduría. Tiene errores e imperfecciones porque es fruto del obrar humano. Ergo, también existen expectativas que la reforma constitucional pueda ser portadora de vicios. La actuación de los poderes del Estado merece acatamiento, no veneración. Por eso, no debe resultar asombroso que para contrarrestar los efectos nocivos de una reforma, generando la necesidad de controlarla efectivamente, la consulta popular apunte a que, efectivamente, el pueblo, en todo momento, sea dueño de cambiar su Constitución y sus leyes.⁴⁴

⁴⁴ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social* (1762), *cit.*, p. 54.