

Constitución, tratados, leyes

65. — Se trata aquí de indagar en qué plano o estrato del derecho interno argentino se sitúa el derecho internacional público después de incorporarlo a él. *No es*, por eso, un problema de *fuentes* (¿cómo ingresa o penetra?) sino de *lugar jerárquico* (¿dónde se ubica?) una vez que está adentro.

La primera relación se traba entre la *constitución* y el *derecho internacional*. ¿Qué prevalece?

El *monismo absoluto* coloca al derecho internacional por encima de la constitución: es decir, facilita la supremacía del derecho internacional.

Ya dijimos que la *primacía del derecho internacional* sobre el derecho interno es un principio básico del derecho internacional, que hoy cuenta con una norma expresa en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Progresivamente se acentúa la tendencia a moderar en las constituciones actuales el principio de que el derecho internacional no prevalece sobre ellas. A veces se le confiere rango superior; otras se lo equipara en un mismo nivel, lo que muestra la atenuación del diseño con que hasta ahora quedaba trazado el perfil de la doctrina de la supremacía constitucional (ver acápite II).

Las constituciones que *antes* de la incorporación de un tratado al derecho interno prevén el *control constitucional* de ese tratado para verificar si está o no de acuerdo con la constitución y que, en caso de no estarlo, impiden su ingreso si previamente no se reforma la constitución para superar la incompatibilidad, muestran —a su modo— un sesgo importante. En efecto, se previenen de que no entren a formar parte del derecho interno tratados inconstitucionales, de forma que el mecanismo de control anticipado para evitarlo procura que después de la recepción del tratado no surjan óbices que directamente pugnen con la primacía del derecho internacional.

No obstante, esto por sí solo no significa que lo erijan supraconstitucionalmente.

En la relación del *derecho internacional* con las leyes, algunas constituciones deciden la prioridad a favor del primero.

66. — En el derecho constitucional argentino, la *reforma de 1994* introdujo innovaciones fundamentales, tanto respecto de la letra de la constitución como de la jurisprudencia de la Corte que estuvo en vigor hasta 1992.

Ha de reconocerse que el art. 27 permanece incólume en su anterior formulación, de la que surgía —y surge— que los tratados han de estar de acuerdo con los principios de derecho público de la constitución.

Siempre vimos en esta cláusula el principio de que los tratados son *infraconstitucionales*.

Pero ahora se han aclarado dos cosas, que se vinculan con este art. 27: una es un principio general, y la otra es una excepción.

a) El *principio general* viene dado por el art. 75 inc. 22: los tratados, aun cuando se sitúan por debajo de la constitución, tienen *jerarquía superior a las leyes*. Hasta 1992, la jurisprudencia de la Corte no lo admitía.

También son superiores a las leyes, conforme al art. 75 inc. 24, las normas que son consecuencia de un tratado de integración a organizaciones supraestatales, que suelen llamarse “derecho comunitario”.

b) La excepción al principio de infraconstitucionalidad de los tratados y de la prelación sobre las leyes aparece en el mismo art. 75 inc. 22. En él se reconoce *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales de *derechos humanos*, que se enumeran, y se habilita mediante un procedimiento especial a que en el futuro otros tratados de derechos humanos adquieran también dicha jerarquía constitucional. O sea que se los coloca *al lado de la constitución*, en su *mismo nivel*, dentro del denominado bloque de constitucionalidad federal (ver n^{os} 19 a 25).

CAPÍTULO VI

EL PODER CONSTITUYENTE

I. EL PODER CONSTITUYENTE “ORIGINARIO” Y “DERIVADO”. - Su caracterización general. - El poder constituyente en el derecho constitucional argentino. - II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ART. 30. - La duda sobre la rigidez. - La rigidez clásica: los requisitos formales y los contenidos pétreos. - Las etapas de

la reforma, y sus requisitos y alcances. *Algunos efectos de la reforma*. - La fijación del temario que el congreso deriva a la convención para su reforma, y el caso de la reforma de 1994. *Nuestra opinión frente a la ley 24.309*. - Las principales reformas: casos de 1949, 1957, 1972 y 1994. - III. EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS. - Su encuadre. - El novísimo ciclo constituyente provincial a partir de 1985. IV. EL CASO Y LA SITUACIÓN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. - La reforma de 1994. - APÉNDICE: Ley 24.309.

I. EL PODER CONSTITUYENTE “ORIGINARIO” Y “DERIVADO”

Su caracterización general

1. — Si por “poder” entendemos una competencia, capacidad o energía para cumplir un fin, y por “constituyente” el poder que *constituye* o *da constitución* al estado, alcanzamos con bastante precisión el concepto global: poder constituyente es la competencia, capacidad o energía para *constituir* o *dar constitución* al estado, es decir, para *organizarlo*, para establecer su estructura jurídico-política.

El poder constituyente puede ser *originario* y *derivado*. Es *originario* cuando se ejerce en la *etapa fundacional* o de primigeneidad del estado, para darle nacimiento y estructura. Es *derivado* cuando se ejerce para *reformular la constitución*.

Esta dicotomía doctrinaria necesita algún retoque, porque también cabe reputar *poder constituyente originario* al que se ejerce en un estado ya existente (o sea, después de su etapa fundacional o primigenia) cuando se cambia y sustituye totalmente una constitución anterior con innovaciones fundamentales en su contenido. Queda la duda de si una “reforma *total*” que no altera esa sustancialidad de los contenidos vertebrales es o no una constitución nueva emanada de poder constituyente originario. Diríamos que no, con lo que la cuestión ha de atender más bien a la sustitución de los contenidos básicos que al carácter de totalidad que pueda tener la innovación respecto del texto normativo que se reemplaza.

Entendemos que el concepto de poder constituyente no puede limitarse al que *formalmente* se ejercita para dictar una constitución escrita; si todo estado tiene constitución en sentido material (aunque acaso no la tenga escrita), tal constitución material también es producto de un poder constituyente.

No obstante, la teoría del poder constituyente es casi tan reciente como las constituciones escritas. Ello significa que se lo “vio” a través de su producto más patente, que es la codificación constitucional.

2. — El poder constituyente originario tiene como titular al *pueblo* o la *comunidad*, porque es la colectividad toda la que debe proveer a su organización política y jurídica en el momento de crearse el estado. La noción responde a la búsqueda de la *legitimidad* en el uso del poder constituyente originario.

El preámbulo de nuestra constitución de 1853-1860 acoge este principio definitorio cuando incluye la fórmula de “nos los representantes del *pueblo*...”.

3. — Sin embargo, esa residencia o titularidad del poder constituyente en el pueblo sólo debe reconocerse “en potencia”, o sea, en el sentido de que *no hay nadie* (ni uno, ni pocos, ni muchos) predeterminado o investido para ejercerlo; y no habiendo tampoco una forma concreta predeterminada por Dios ni por la naturaleza para constituir a cada estado, la decisión queda librada a la totalidad o conjunto de hombres que componen la comunidad.

El ejercicio “en acto” de ese poder constituyente se radica “en razón de la eficacia” en quienes, dentro del mismo pueblo, están en condiciones, en un momento dado, de determinar con suficiente consenso social la estructura fundacional del estado y de adoptar la decisión fundamental de conjunto.

Se dice que el poder constituyente originario es, en principio, *ilimitado*. Ello significa que no tiene límites de *derecho positivo*, o dicho en otra forma, que no hay ninguna instancia superior que lo condicione. Ahora bien, la ilimitación no descarta: a) los límites *suprapositivos* del valor *justicia* (o *derecho natural*); b) *los límites que pueden derivar colateralmente* del *derecho internacional público* —por ej.: tratados—; c) el condicionamiento de la *realidad social* con todos sus ingredientes, que un método realista de elaboración debe tomar en cuenta para organizar al estado.

El poder constituyente derivado, en cambio, es *limitado*. Ello se advierte claramente en las constituciones rígidas (cualquiera sea el tipo de rigidez). En las flexibles, que se reforman mediante ley ordinaria, tal procedimiento común viene a revestir también carácter limitativo, en cuanto pese a la flexibilidad la constitución sólo admite enmienda por el procedimiento legislativo, y no por otro.

En cuanto al *poder constituyente derivado*, cuya limitación siempre hemos destacado, hay que añadir que un tipo de límite puede provenir asimismo de *tratados internacionales* que con anterioridad a la reforma

constitucional se han incorporado al derecho interno. Y ello aun cuando se hayan incorporado en un nivel infraconstitucional, porque después de que un estado se hace parte en un tratado no puede, ni siquiera mediante reforma de su constitución, incluir en ésta ningún contenido ni ninguna norma que sean incompatibles con el tratado, o violatorias de él.

5. — El *constitucionalismo moderno* o clásico, advenido en las postrimerías del siglo XVIII con las revoluciones americana y francesa, ha sentado juntamente con el concepto de constitución formal, el del poder “constituyente” como *superior* al poder “constituido” o poder del estado. Se trata, también esta vez, de un poder constituyente *formal*.

La distinción formal que se predica conceptualmente entre poder constituyente y poder constituido no niega que, en uso y ejercicio del poder constituido, los titulares de éste accionan *fuentes* del derecho constitucional que inciden en la constitución material y que, por ende, consideramos como *ejercicio material de poder constituyente*.

Este ejercicio no es inválido si la constitución formal —en caso de existir— no resulta violada en su supremacía.

El poder constituyente en el derecho constitucional argentino

6. — El poder constituyente originario que dio nacimiento y organización a nuestro estado aparece en una fecha cierta: 1853. Todo el proceso genético que desde la emancipación del Virreynato del Río de la Plata en 1810 prepara la formación territorial y política de la República Argentina, alcanza culminación en la constitución que establece el Congreso Constituyente reunido en Santa Fe.

Ahora bien, pensamos que ese poder constituyente originario fue un poder constituyente *abierto*. O sea, que su ejercicio no quedó agotado en 1853, sino que abarcó un *ciclo que se cerró en 1860*. Decimos esto porque en 1860 se lleva a cabo lo que se llama la “*reforma de 1860*”, con el objeto de que Buenos Aires ingrese a la federación. El Pacto de San José de Flores da base a dicha reforma y a la incorporación de Buenos Aires, que como provincia disidente no había concurrido al acto constituyente de 1853.

El texto originario de la constitución de 1853 impedía su reforma hasta después de diez años de jurada por los pueblos, no obstante lo cual se hace una “reforma” antes de ese plazo —en 1860—. Si esta “reforma” hubiera sido una enmienda en ejercicio de poder constituyente derivado, habríamos de considerarla inválida e inconstitucional, por haberse realizado temporalmente dentro de un plazo *prohibido* por la constitución. Sin embargo, pese a su apariencia formal de reforma, *la revisión del año 1860 integra a nuestro juicio el ciclo del poder constituyente originario, que quedó abierto en 1853*.

Y abierto en cuanto elementos geográficos, culturales, mesológicos, tradicionales, históricos, etc., predeterminaban que la provincia de Buenos Aires debía ser parte de nuestro estado federal, con lo que hasta lograrse su ingreso no podría considerarse clausurado el poder constituyente originario o fundacional de la República Argentina. El propio Informe de la comisión de Negocios Constitucionales que elaboró el proyecto de constitución en el Congreso de Santa Fe lo dejaba entrever al afirmar que “la comisión ha concebido su proyecto para que ahora, y en cualquier tiempo, abrace y comprenda los *catorce* estados argentinos”.

Es correcto, por eso, mencionar a nuestra constitución formal como “constitución de 1853-1860”, y reconocerla como constitución *histórica* o *fundacional*.

7. — Este poder constituyente originario fue ejercido por el *pueblo*. Social e históricamente, las condiciones determinantes de la circunstancia temporal en que fue ejercido llevaron a que las *provincias históricamente preexistentes* enviaran representantes al Congreso de Santa Fe, en cumplimiento de pactos también preexistentes —el último de los cuales, inmediatamente anterior, fue el de San Nicolás de 1852—.

La fórmula del preámbulo remite a esta interpretación, dando por cierto que el titular del poder constituyente que sancionó la constitución de 1853 es el *pueblo*. Pero el pueblo “por voluntad y elección de las provincias”, con lo que *a través de las unidades políticas provinciales* se expresa *in actu y eficazmente* la decisión comunitaria de organizar al estado.

El poder constituyente originario ejercido en 1853 fue *ilimitado* (en sentido de derecho positivo), porque no estuvo condicionado por ninguna instancia positiva superior o más alta. Pero *tuvo en cuenta*: a) los límites suprapositivos del valor *justicia* (o derecho natural); b) los *pactos preexistentes*; c) la *realidad social* de nuestro medio.

Incluir a los *pactos preexistentes*, tal como lo veníamos haciendo y como lo mantenemos (sabiendo que el propio preámbulo afirma que la constitución se dicta “en cumplimiento” de ellos), significa dar razón de que hay

límites colaterales también en el poder constituyente originario. Los pactos preexistentes tuvieron ese carácter. No fueron una instancia superior o más alta, pero condicionaron colateralmente al poder constituyente originario.

II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ART. 30

La duda sobre la rigidez

8. — De aquí en más, hemos de ocuparnos del poder constituyente *derivado*, es decir, del que se ejerce para *reformar* la constitución, habilitado por ella misma.

El poder constituyente derivado encuentra su norma de base en el *art. 30* de la constitución.

Aunque después de la *reforma constitucional de 1994* el *art. 30* subsiste en el texto de la constitución sin modificación alguna, sabemos que parte de la doctrina ha puesto en duda la rigidez de la constitución (ver cap. II, n^{os} 31 a 33).

Ello se debe a que: a) hay ahora cláusulas constitucionales muy *abiertas* que requieren su desarrollo y precisión a través de *leyes*, las que según ciertas interpretaciones mostrarían que el congreso comparte alguna porción o dosis de poder constituyente, o que la recibió por “delegación” de la convención reformadora de 1994; b) hay también —aunque sin formar parte de la constitución— *instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional*, que amplían el plexo de derechos de la constitución, y ello —más la posibilidad de que otros tratados también adquieran nivel constitucional después de la reforma— deja a muchos la impresión de que acá hay una fuente (internacional) que puede asemejarse en algo al poder constituyente.

Personalmente preferimos comprender que lo más que cabe conceder a estas interpretaciones es que, parcialmente, la rigidez de nuestra constitución se habría hecho *más débil o atenuada*, pero sin dar paso a la flexibilidad.

Como la única norma expresamente referida a la reforma de la constitución sigue siendo el citado *art. 30*, más allá del espacio que queda a la pluralidad de opiniones en torno de la rigidez, hemos ahora de centrar el estudio del poder constituyente derivado en aquella cláusula.

La rigidez clásica: los requisitos formales y los contenidos pétreos

9. — El *art. 30* consagra la *rigidez*, tanto por el *procedimiento* de reforma como por el *órgano* especial que habilita para realizarla. Veamos.

a) Dado el tipo *escrito y rígido* de la constitución formal, su revisión debe efectuarse mediante un *procedimiento especial*, que es *distinto* al de la legislación ordinaria.

La rigidez de la constitución argentina se acentúa porque el mecanismo de reforma no sólo difiere del legislativo común, sino que además está dirigido al establecimiento de una *convención especial* para realizarla (órgano diferente al legislativo ordinario). Se trata, pues, de una rigidez “orgánica”.

Lo que debemos decidir es si también la constitución pone *límites* a la reforma en cuanto a la *materia* o al contenido susceptible de revisión. Ello se vincula con los contenidos *pétreos*. Provisoriamente respondemos afirmativamente (ver n^{os} 10 y 11).

b) Con esta primera caracterización de requisitos formales y materiales, obtenemos la afirmación de que el poder constituyente derivado tiene *límites* de derecho positivo: unos en cuanto a *procedimiento*, otros en cuanto a la *materia*.

Los límites al poder constituyente derivado están dirigidos: b’) al *congreso* —en la etapa de iniciativa o declaración de la necesidad de la reforma—; b’’) a la *convención* —en la etapa de revisión—, b’’) a *ambos*; así el quórum de votos para declarar la necesidad de la reforma limita al congreso; el temario de puntos que el congreso declara necesitados de reforma limita a la convención; los contenidos pétreos limitan tanto al congreso como a la convención.

c) La existencia de límites conduce a sostener que cuando una reforma se lleva a cabo sin respetarlos —sea porque en el procedimiento no se atiende a las formas preestablecidas, sea porque

en cuanto a las materias viola los contenidos pétreos— la enmienda constitucional es *inválida o inconstitucional*.

d) Hoy también hemos de dejar establecido que los *tratados internacionales* incorporados a nuestro derecho interno, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional, imponen un *límite he-terónimo*, externo y colateral al poder constituyente derivado, por manera que si al reformarse la constitución se incorpora a ella algún contenido violatorio de un tratado preexistente, ese contenido que es producto de la reforma debe calificarse como *inconstitucional*.

e) Conforme a nuestro derecho vigente a través del derecho judicial, *no hay control judicial de constitucionalidad de la reforma*, porque la jurisprudencia de nuestra Corte tiene establecido que se trata de una *cuestión política* no judicial; tal fue lo resuelto en el caso “Guerrero de Soria, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.”, fallado el 20 de setiembre de 1963.

10. — El art. 30 dice que la constitución puede reformarse en el *todo* o en *cualquiera de sus partes*. Una mera interpretación gramatical nos llevaría a decir que “toda” la constitución y “todas” sus normas son susceptibles de reforma, y que nada le queda sustraído. Si así fuera, ¿negaríamos los contenidos pétreos?

Pero no es así. Que la constitución se puede reformar en el “todo” o en “cualquiera de sus partes” significa que “cuantitativamente” se la puede *revisar* en forma integral y total. Pero “cualitativamente” no, porque hay “algunos” contenidos o partes que, *si bien pueden reformarse, no pueden alterarse, suprimirse o destruirse*. Precisamente, son los contenidos pétreos.

11. — En nuestra constitución, los contenidos pétreos *no impiden su reforma, sino su abolición*. Ellos son: la forma de *estado democrático*; la forma de *estado federal*; la forma *republicana de gobierno*; la *confesionalidad del estado*. Lo prohibido sería: reemplazar la democracia por el totalitarismo; reemplazar el federalismo por el unitarismo; sustituir la república por la monarquía; suprimir la confesionalidad para imponer la laicidad.

Este endurecimiento que petrifica a los mencionados contenidos subsistirá mientras la estructura social de la cual derivan conserve su misma fisonomía; en cuanto la estructura social donde se soporta un contenido pétreo cambie fundamentalmente, el respectivo contenido pétreo dejará de serlo.

Por supuesto que nuestra interpretación reconoce que los contenidos pétreos no están explícita ni expresamente definidos como tales en la constitución. Los valoramos como tales y los descubrimos *implícitos*, en cuanto admitimos parcialmente una *tipología tradicional-historicista* de la constitución argentina. Al recoger del medio geográfico, cultural, religioso, etc., ciertas pautas históricamente legitimadas durante el proceso genético de nuestra organización, el constituyente petrificó en la constitución formal los contenidos expuestos, tal como la estructura social subyacente les daba cabida.

Ver cap. II, n° 7.

Las etapas de la reforma, y sus requisitos y alcances

12. — Yendo al procedimiento reformatorio, existen en la doctrina y en el derecho comparado diversas etapas para su ejercicio. Fundamentalmente son tres: a) la etapa de *iniciativa* o de declaración, en la que se establece que es necesario proceder a la reforma y se la impulsa; b) la etapa de *revisión* propiamente dicha (o constitutiva), en la que la reforma se lleva a cabo; c) la etapa *ratificatoria* (o de eficacia), en la que se confiere eficacia a la reforma realizada, para que tenga vigencia normológica.

Nuestra constitución sólo regula *dos* etapas: la de *iniciativa*, y la de *revisión*; no hay etapa ratificatoria.

A) 13. — La de *iniciativa* está a cargo del *congreso*, al que el art. 30 le encomienda *declarar la necesidad de la reforma*. No dice la norma cómo debe trabajar el congreso, ni qué forma debe revestir el acto declarativo; sólo fija un quórum de votos.

a) Creemos extraer del derecho espontáneo —o sea, de la praxis ejemplarizada— lo que la norma escrita ha omitido expresamente. a’) El congreso trabaja con cada una de sus cámaras por *separado*; a’’) coincidiendo ambas, el congreso dicta una *ley*.

El acto declarativo tiene, entonces, *forma de ley*. ¿Está bien?

Creemos que no; en primer lugar, ese acto tiene esencia o naturaleza *política*, y hasta *preconstituyente*; no es un acto de contenido legislativo y, por ende, no debe tomar la forma de la

ley; en segundo lugar, evitando la forma de ley, se deja bien en claro que el acto no es susceptible de veto presidencial.

Pero si el derecho vigente por fuente material espontánea nos refleja el procedimiento antes señalado, nosotros decimos que, ante el silencio del art. 30, el congreso también podría optar por: a) hacer la declaración con sus dos cámaras reunidas en pleno (asamblea legislativa); b) no asignar a la declaración la forma de la ley.

b) El derecho espontáneo establece (con excepción de lo que se hizo en 1948) que al declarar la necesidad de la reforma, el congreso debe *puntualizar los contenidos o artículos* que considera necesitados de revisión. La fijación del *temario* demarca inexorablemente la materia sobre la cual pueden recaer las enmiendas. La convención *no queda obligada a introducir reformas* en los puntos señalados, pero *no puede efectuarlas fuera de ellos*.

Si la declaración de reforma tuviera carácter “total” (cuantitativamente, “toda” la constitución y “todas” sus normas se propondrían a la enmienda) parece difícil que el congreso pudiera puntualizar el temario ya que éste abarcaría todo el conjunto normativo de la constitución y quedaría indeterminado. Sin embargo, estimamos que haría falta, lo mismo, que el congreso proporcionara algún *lineamiento* o marco de orientación y encuadre en torno de los fines propuestos para la reforma, de sus políticas globales, etc. Y ello con la mayor precisión posible.

Para la novedad que en cuanto al temario fijado por el congreso presenta la *reforma de 1994*, nos explayamos en n^{os} 18 a 22.

c) El acto declarativo requiere por la norma escrita del art. 30 un *quórum especial*. Es también el derecho espontáneo el que señala la forma de computarlo. El art. 30 exige *dos tercios de votos de los miembros del congreso*. ¿Sobre qué total de miembros se toma ese quórum: del total “completo” de miembros, del total de miembros “en ejercicio”, o del total de miembros “presentes”?

Nos parece que del *total de miembros en cada cámara por separado* (aun cuando las dos sesionaran reunidas en asamblea); no sobre el total de los miembros en ejercicio, ni sobre el total de los presentes. Ello porque interpretando la constitución en la totalidad de sus normas, advertimos que cuando quiere que un quórum se compute sobre los miembros presentes, cuida añadir en la norma respectiva el adjetivo “presentes” al sustantivo “miembros”. Y el art. 30 no contiene el calificativo “presentes”.

d) El congreso puede fijar *plazo* a la convención. Es optativo, y a veces se ha establecido, y otras veces no. El derecho espontáneo, entonces, habilita usar una solución y la otra. El art. 30, con su silencio sobre el punto, consiente cualquiera de las dos.

B) 14. — Hasta acá la etapa de iniciativa. Viene luego la de *revisión*. Esta ya no pertenece al congreso, ni siquiera con procedimiento agravado. La constitución la remite a un *órgano ad-hoc o especial*, que es la *convención reformadora*. No tenemos reparo en llamarla convención “constituyente”, desde que ejerce poder “constituyente” *derivado*.

a) El art. 30 tampoco dice cómo se compone tal convención, ni de dónde surge. El derecho espontáneo determina que el *cuerpo electoral* es convocado para *elegir convencionales constituyentes*. El congreso podría, sin embargo, arbitrar otro medio, estableciendo directamente quiénes han de componer la convención convocada a efectos de la reforma. Lo que no puede es integrar la convención con sus propios legisladores.

b) Si al declarar la necesidad de la reforma el congreso estableciera un *plazo* para que la convención sesionara, el vencimiento del mismo provocaría automáticamente la disolución de la convención, que perdería su habilitación para continuar trabajando o para prorrogar sus sesiones. Si, al contrario, el congreso se abstiene de fijar aquel plazo al declarar la necesidad de la reforma, la convención no está sujeta a lapso alguno, y nadie puede limitárselo después.

El plazo significa, asimismo, que las reformas efectuadas después de vencido, son *inválidas o inconstitucionales*.

El plazo registra antecedentes en nuestro derecho constitucional. La convención de 1898 —por ej.— tuvo plazo de treinta días a partir de su instalación conforme a la ley 3507 de 1897, que la convocó. La convención de 1860 y la de 1949 recibieron asimismo plazos por las respectivas leyes del congreso. También la que convocó la ley 14.404, que no llegó a reunirse. La de 1957 lo tuvo fijado por el decreto de convocatoria. La de 1994, por la ley 24.309.

c) La convención tiene *límites*: c') en primer lugar, los *contenidos pétreos*; c'') en segundo lugar, el *temario* fijado por el congreso al declarar la necesidad de la reforma; no está obligada a introducir reformas, pero sólo puede llevarlas a cabo dentro del temario señalado; c''') en tercer lugar, el *plazo*, si es que el congreso se lo ha fijado.

Ha de tenerse presente que también hay un *límite heterónimo* proveniente de los *tratados internacionales* preexistentes incorporados al derecho argentino.

Parte de la doctrina admite, con buen criterio, que las convenciones reformadoras tienen poderes “implícitos”, sobre todo en materia financiera (para sancionar su presupuesto, remunerar a sus integrantes, etc.).

C) 15. — Como nuestra constitución no añade la etapa de *ratificación* de la reforma constitucional, carece de sentido la práctica de que órganos distintos a la propia convención constituyente dicten normas promulgando o poniendo en vigor la enmienda. Ningún órgano de poder constituido inviste competencia para ello.

La reforma de 1994 entró en vigor (a partir de su publicación) con la sola sanción de su texto por la convención.

Algunos efectos de la reforma

16. — La reforma constitucional, pese a situarse en el marco del poder “constituyente” (derivado), no puede a nuestro juicio surtir algunos efectos. Así, a título enunciativo de mero ejemplo, *no puede*: a) modificar por sí los períodos de duración de funciones del presidente, vicepresidente, diputados y senadores federales que fueron designados conforme a normas constitucionales anteriores; b) privar de derechos adquiridos bajo la vigencia de la constitución anterior a la reforma; c) investir de poder constituyente provincial a órganos provinciales distintos de los que la constitución provincial prevé para su enmienda, o variar el procedimiento determinado por dicha constitución.

Tampoco puede incorporar contenidos violatorios de *tratados internacionales* preexistentes incorporados al derecho argentino.

17. — La doctrina —especialmente comparada— se hace cargo de una cuestión sumamente interesante, de escasa aplicación en nuestro derecho constitucional: una reforma constitucional (o también una constitución totalmente nueva) ¿*deroga* “per se” toda norma infraconstitucional anterior opuesta?; o, más bien, sin derogarla, ¿la vuelve *inconstitucional*? Sea que se responda una cosa u otra, lo cierto es que normas infraconstitucionales anteriores que resultan incompatibles con las normas constitucionales surgidas de la reforma, no pueden tener aplicación válida después que la reforma constitucional entra en vigor. Si esa aplicación se discute judicialmente, hay materia para que el tribunal competente haga jugar una de ambas soluciones: a) o que las normas infraconstitucionales anteriores han quedado *derogadas* por la reforma ulterior con la que no se compadecen (fin de la vigencia normológica); b) o que a partir de la reforma se han tornado *inconstitucionales* por incompatibilidad sobre-veniente con ella.

La fijación del temario que el congreso deriva a la convención para su reforma, y el caso de la reforma de 1994

18. — Con base en los pactos que el justicialismo y el radicalismo convinieron en noviembre y diciembre de 1993 para encauzar la reforma de la constitución, la ley declarativa de su necesidad n° 24.309 presentó una novedad sorprendente, cual fue el llamado *núcleo de coincidencias básicas*.

El conjunto de trece temas o puntos allí reunidos tuvo carácter *indivisible* y *hermético*. Conforme al art. 2° de la ley 24.309 estipuló que “la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma... se expresa en el contenido del núcleo de coincidencias básicas...”.

Por un lado, se prohibió introducir reformas en los 35 primeros artículos de la constitución. Por otro, el art. 5° de la ley 24.309 dispuso que el núcleo de trece puntos debía votarse *sin división posible* y *en bloque*, todo por “sí” o por “no”. Por eso se lo denominó la cláusula “cerrojo”.

19. — Personalmente, nunca habíamos imaginado antes una hipótesis como la que nos puso por delante la ley 24.309 y, sin pretender legitimarla “in totum”, tratamos de repensar los esquemas tradicionales, en los que en seguida insertamos nuevos criterios.

Nuestra opinión frente a la ley 24.309

20. — Lo fundamental que le incorporamos como añadidura se puede reconducir a dos cuestiones: a) el *congreso tiene competencia*, cuando declara necesaria la reforma, para *fixar la finalidad o el objetivo* que tiene en cuenta en cada tema que deriva a revisión por parte de la convención, y la pauta respectiva es *vinculante* (u obligatoria) para la convención, que no queda habilitada para realizar la reforma en contradicción con aquella finalidad señalada por el congreso; b) el congreso también *tiene competencia* para *prescribir*, con igual efecto *vinculante* hacia la convención, que considera necesaria la *reforma de tal o cual contenido* de la constitución “a condición” de que también se reforme otro contenido —que también señala—, todo ello para lograr un *equilibrio* relacional entre un tema y otro, conforme a la *finalidad* que adscribe a las enmiendas así correlacionadas.

Los ejemplos que ante la inminencia de la reforma propusimos eran dos: a) en cuanto a establecer el “para qué” finalista de una determinada enmienda, el congreso podía prescribir que consideraba necesario reformar la norma prohibitiva de la reelección presidencial inmediata, añadiendo que era así para permitir una sola reelección, con lo que la convención no podría habilitarla para autorizar dos o más, ni tampoco indefinidamente; b) en cuanto a vincular la necesidad de una enmienda con otra y condicionar la validez de la reforma a que se respetara esa relación con miras a una finalidad determinada, el congreso podía —por ejemplo— derivar a la convención la reforma de la norma prohibitiva de la reelección inmediata para autorizar una sola reelección inmediata, “a condición” de que, como equilibrio, también se atenuaran o moderaran las atribuciones presidenciales.

Hasta acá llegaba el consentimiento de nuestra interpretación. Más allá, no.

21. — Al “aggiornar” ahora el inventario de la comprensión interpretativa podemos decir que en la medida en que juzgamos viable que el congreso adicione al temario los *finés u objetivos* de la reforma con efecto *vinculante* para la convención, simultánea y recíprocamente decimos que el congreso también tiene un *límite* en su competencia para declarar la necesidad de la reforma: tal límite consiste, en el caso, en que el congreso no puede transferirle a la convención *textos ya articulados* para que los incorpore tal cual le son deferidos, o para que los rechace.

Además, en la correlación de enmiendas pensamos que su *ensamble condicionado* tampoco tolera que el congreso lo imponga mediante textos ya redactados que, de nuevo en este caso como en el anterior, sólo le dejan margen a la convención para decir “sí” o “no”.

22. — Queda la impresión —por eso— de que al englobar de modo indisociable e inseparable trece puntos (muy extensos algunos, y varios con redacción preformulada en la ley 24.309) que la convención debía aceptar íntegramente o rechazar también en conjunto, se le estaba en realidad limitando su competencia reformadora a una simple *ratificación* en caso de aprobación.

Si el art. 30 de la constitución dispone que la reforma “no se efectuará sino por una *convención* convocada al efecto”, parece que “efectuar” la reforma no equivale a tener que aceptar —o rechazar— una densa enmienda ya preelaborada por el congreso y totalmente cerrada en su largo contenido, imposibilitado de todo desglose entre sus partes.

Es cierto, por otra parte, que fuera de la cláusula “cerrojo” se derivó a la convención el tratamiento libre y separado de otros dieciséis temas pero, de todas maneras, la severidad del lineamiento trazado a la convención quedó reflejado en el art. 6° de la ley 24.309, que dispuso la *nulidad absoluta* de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realizara la convención con apartamiento de la competencia que le establecía el congreso.

De todas maneras, la convención constituyente esquivó el duro límite que la ley declarativa de la necesidad de reforma le impuso. Lo hizo incluyendo en el reglamento interno por ella votado una norma equivalente a la que en la ley 24.309 establecía la cláusula “cerrojo”.

De esta forma se dio la imagen de que era la propia convención la que adoptaba tal decisión, y que su cumplimiento provenía de su voluntad y no de la del congreso.

Las principales reformas: casos de 1949, 1957, 1972 y 1994

23. — Excluida la reforma de 1860 (que para nosotros es ejercicio de poder constituyente originario), se han realizado reformas a la constitución en 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994.

En materia de poder constituyente, la constitución material contiene una *mutación incompatible* con la formal. Tal mutación proviene de violaciones consumadas respecto del art. 30 en el ejercicio del poder constituyente derivado y del poder constituyente derivado de las provincias, a veces en épocas de iure y otras en épocas de facto. Consiste en dar habilitación fáctica a enmiendas efectuadas al margen del procedimiento reformista de la constitución formal, y en dejar sin control judicial de constitucionalidad el resultado eventualmente defectuoso.

De estas reformas, la de 1994 queda incorporada al presente libro.

La de 1949, que estuvo en vigor hasta su supresión por proclama de la Revolución Libertadora en 1956 fue objeto, desde gestada con la ley declarativa de la necesidad de reforma, de múltiples objeciones de inconstitucionalidad.

La de 1957 se llevó a cabo sobre el texto de la constitución histórica de 1853-1860. Fue realizada por una convención surgida de elección popular, pero tuvo un vicio de origen cuando, por ser una época de facto, la declaración de la necesidad de reforma no pudo ser efectuada por el congreso de acuerdo con el art. 30, y lo fue por el poder ejecutivo de facto. La convención se desintegró antes de concluir su trabajo, y de ella quedó el art. 14 bis, que no alcanzó a ser reenumerado y subsiste entre los anteriores artículos 14 y 15 con aquella denominación (también se lo ha llamado art. 14 nuevo).

La reforma de 1972 fue transitoria, y rigió hasta el golpe de estado del 24 de marzo de 1976. Su vicio deriva de haber sido realizada totalmente por el poder de facto, que dictó el denominado "Estatuto Fundamental" con el contenido del texto modificado.

III. EL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS

Su encuadre

24. — Dada la forma federal de nuestro estado, las *provincias* que lo integran como partes o miembros son también estados, y disponen de *poder constituyente* para organizarse.

Que las provincias tienen capacidad para dictar sus respectivas constituciones es innegable. Lo establece el art. 5º de la constitución como obligación: "cada provincia dictará para sí una constitución...".

Lo que queda en discusión es otra cosa: si cabe reconocer calidad de poder "constituyente" al que en sede provincial establece una constitución local. Nosotros acabamos de afirmarlo, y pensamos que no hay inconveniente en ello, pese a las características especiales de tal poder constituyente.

El poder constituyente *originario* de las provincias que se ejercita cuando dictan su *primera* constitución, tiene determinados *límites* positivos.

En esta característica de limitación en el poder constituyente originario de las provincias no estamos ante límites heterónomos o colaterales o externos, porque no provienen de costado, sino de una instancia superior o más alta, que es la constitución federal. En otros términos, el límite no viene de afuera, sino de adentro, del propio ordenamiento estatal federativo en el que están instaladas las provincias, porque la limitación responde a la supremacía federal y a la relación de subordinación, que impone coherencia y compatibilidad entre el ordenamiento de los estados miembros y el del estado federal.

Aquella limitación y esta subordinación, que no llegan a destruir la naturaleza *constituyente* del poder en cuestión, sirven en cambio para afirmar que el poder "constituido" de las provincias no tiene cualidad de soberanía, sino de *autonomía*.

El poder constituyente de las provincias recibe sus límites de la *constitución federal*. Las constituciones provinciales deben *adecuarse*: a) al sistema representativo republicano; b) a los principios, declaraciones y garantías de la constitución federal; y c) deben *asegurar*; c') el régimen municipal, ahora con la explícita obligación de cubrir la *autonomía* de los municipios en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, a tenor del art. 123; c'') la administración de justicia; c''') la educación primaria. *No deben* invadir el área de competencias federales.

En el texto de 1853, hasta la reforma de 1860, el poder constituyente provincial quedaba sometido a un control de constitucionalidad *político*, a cargo del *congreso federal*.

Suprimido tal mecanismo de control político, las constituciones provinciales sólo son susceptibles de control *judicial* de constitucionalidad, conforme al mecanismo de funcionamiento del mismo, con base en los arts. 31 y 116 de la constitución.

25. — Estamos ciertos que el estado federal no puede, ni siquiera a través de una convención reformadora de la constitución federal, alterar lo que las constituciones provinciales disponen para su propia reforma.

El novísimo ciclo constituyente provincial a partir de 1985