

Comentario al fallo “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/ inconstitucionalidad” (Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II).-

“¿ Democracia vs. Constitución ? Cuando los Jueces vienen marchando”

Por Jorge Alejandro Amaya

Sumario: I.- El caso; II.- Democracia y Constitución; III.- Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales; IV.- Los problemas constitucionales; V.- Reflexiones frente a la sentencia. Cuando los jueces vienen marchando.-

I.- El caso.-

El caso se centra en el marco de la reciente reforma que sufrió la Constitución de la Provincia Tucumán en el año 2006, la cual se encuadra en la segunda ola reformista del derecho público provincial desde la recuperación de la democracia en la década del ochenta ¹.

El Colegio de Abogados de Tucumán promovió demanda de inconstitucionalidad contra la Convención Constituyente de Tucumán (luego encauzada la demanda contra el Gobierno de la Provincia en atención al cese de las funciones de la Convención) por cinco pretensiones procesales, de las cuales el Tribunal acoge tres, declarando: 1) la nulidad e inconstitucionalidad de la sanción de la reforma incorporada a los artículos 155 y 166 de la Constitución Tucumana (introducción del sistema de enmienda constitucional); 2) la nulidad e inconstitucionalidad parcial de la sanción de la reforma incorporada al artículo 101 inciso 5° y al artículo 162 y del decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 1820/14 (introducción de un Consejo Asesor de la Magistratura bajo la dependencia del Poder Ejecutivo); y 3) la nulidad e inconstitucionalidad de la sanción de la reforma incorporada al artículo 129 de la Constitución de Tucumán (Jurado de Enjuiciamiento), declarando que la incertidumbre sobre la constitucionalidad de este artículo se supera válidamente en tanto la representación legislativa en el Jurado de Enjuiciamiento se integre con la participación de dos legisladores – como mínimo – que no pertenezcan al bloque oficialista ni a bloques del partido o alianza política con representación mayoritaria en la Legislatura.

¹ Recientemente se han reformado las Constitucionales de Santiago del Estero (2005); Tucumán (2006); Neuquen (2006) y Corrientes (2007).

El fallo es extenso, polémico y aborda gran cantidad de conflictos constitucionales imposibles de analizar en un breve comentario, tales como – entre otros - el examen de constitucionalidad de los “interna corporis”; algunos problemas que todavía circundan alrededor de la legitimación; la extensión de la cláusula de garantía federal del artículo 5° de la Constitución Nacional; y, particularmente, los alcances de la sujeción de la Convención Constituyente a la ley de habilitación.-

II.- Democracia y Constitución.-

Como se puede advertir de la sola lectura de las pretensiones acogidas y de su extensión, el fallo en comentario – audaz por cierto - despertará una ola de apoyos y críticas en los distintos sectores de la vida institucional del país, ya que se trata - para ponerlo en términos de contraste - del análisis y posterior descalificación por parte de un mínimo grupo de personas (dos Jueces en el caso) de lo decidido en Asamblea Constituyente - por amplia mayoría y en un sistema de libre votación - por los representantes del pueblo de Tucumán en ejercicio de facultades vinculadas directamente con la soberanía popular. En términos propiamente jurídicos, el fallo incursiona en el punto mas tenso, complejo y trascendente del ejercicio del control de constitucionalidad, que en nuestro sistema legal ha sido puesto en custodia del Poder Judicial ²: el control de una norma producida por el Poder Constituyente ³.-

El tema no es nuevo, aunque mantiene intacta su complejidad y ha sido abordado desde distintas perspectivas y en diferentes épocas. Ya en 1944 Julio Cueto Rúa ⁴ planteó los interrogantes en torno al control de constitucionalidad de una reforma constitucional: ¿ Es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución ?; ¿ Y si el contenido de la reforma se halla prohibido para siempre por la misma Constitución que

² Al respecto ver nuestro trabajo “¿ Está en crisis el control Federal de Constitucionalidad ?”, La Ley, Suplemento especial con motivo del 70° Aniversario, noviembre de 2005.-

³ El fallo advierte “La inconstitucionalidad de una reforma constitucional es un conflicto de trascendencia institucional mayúscula y la contradicción de mayor nivel normativo que pueda existir en un sistema jurídico (Considerando 2.)

⁴ Cueto Rúa Julio C. “Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional”, LL, 36-1106”, citado por Sola Juan V. “Control Judicial de Constitucionalidad”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p.292.-

pretende reformar ?; ¿ Es posible modificar válidamente la Constitución, aunque la reforma implique sustituir o afectar los principios que la sustentan ? ⁵.-

Partamos del presupuesto que en toda construcción científico constitucional palpita la eterna tensión entre el orden jurídico y el orden político. Ello es así, ya que por definición, el derecho constitucional procura encuadrar jurídicamente el fenómeno político que en muchas ocasiones como “res dura” que es, se resiste a ser encasillado. El meollo de la cuestión - por ende - se circunscribe a la confluencia entre Democracia y Constitución, entendiendo a la democracia como la actividad política tendiente al autogobierno social y a la Constitución como los límites que la propia sociedad impone a su autogobierno. Y en este contexto al Poder Judicial - en nuestro sistema jurídico - se le ha asignado la difícil misión de asegurar la supremacía Constitucional, a través del ejercicio del control de constitucionalidad ⁶.-

El tema adquiere mayor complejidad si consideramos que nuestro Poder Judicial es considerado “contramayoritario” ⁷ (por ser de los tres poderes constitucionales el de menor representatividad democrática) y que el sistema jurídico argentino es “híbrido”, en el sentido que colisionan en él dos filosofías diferentes: la continental que reserva a los jueces una actividad claramente dependiente del legislador y restringe la interpretación del derecho y la anglosajona que reserva a los jueces el papel activista de creadores y edificadores del derecho a través de la doctrina del precedente. Estamos en presencia – por consiguiente – del conflicto entre la “elite guardiana de la Constitución” y “la voluntad mayoritaria de la representación popular” a través de la justiciabilidad de la “política” y de los límites constitucionales al ejercicio del poder popular.

⁵ Una obra reciente y completa sobre este tema ha sido escrita por Ferreyra Raúl G., “Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad”, Editorial Ediar, Buenos Aires, enero de 2007. Nosotros abordamos el tema desde una perspectiva particular en Amaya, Jorge Alejandro “Procesos Mayoritarios y Minorías Políticas”, Colegio de Abogados de la Capital Federal, Revista de Doctrina, Fascículo N° 4; Resumen del Trabajo publicado en “El Derecho” (Derecho Constitucional) N° 10.054, Buenos Aires, 26 de julio de 2000.

⁶ Este tema despertó históricos y apasionados debates como los que enfrentaron en su momento a Coke y Blackstone en la Inglaterra del siglo XVII; a Juan B. Alberdi y Domingo F. Sarmiento durante el siglo XIX en Argentina, o más recientemente en Alemania a Hans Kelsen y Carl Shmith, a principios del siglo XX.

⁷ ver Gargarella Roberto “La justicia frente al gobierno” (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial) Editorial Ariel, Buenos Aires, 1996.-

III.- Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.-

En los Estados Unidos, como recuerda Bianchi ⁸, “El proceso de reforma constitucional – dice la Corte - es íntegramente político, desde que se lo somete hasta que una enmienda pasa a formar parte de la Constitución y no está sujeto a control judicial en ninguna parte ⁹”. En la doctrina americana la cuestión está dividida, Tribe se inclina por rechazar la revisión judicial ¹⁰, otros autores - como Dellinger - sostienen que los Tribunales deben asegurar que el proceso de reforma se lleve a cabo en la forma que establece la Constitución ¹¹. Lo mismo sucede en nuestra doctrina, Spota y Oyhanarte se alzan contra la posibilidad de control judicial de la reforma ¹², la tesis contraria ha sido adoptada y defendida en nuestra doctrina constitucional por Bidart Campos y Ekmekdjian, entre otros ¹³.

En el país, las llamadas “cuestiones políticas”, entre las que se encontraban las vinculadas a reformas constitucionales, fueron cediendo progresivamente terreno y adeptos a su postura. A nivel de la Constitución Federal el tema ha tenido un recorrido breve pero controvertido. El primer caso en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la eventual inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución fue el recordado caso “Soria de Guerrero Juana c/ Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.” fallado el 20 de septiembre de 1963, allí la Corte se negó a ingresar en el análisis en torno a si el nuevo artículo 14 de la Reforma de 1957 había sido sancionado de conformidad con las normas del Reglamento interno dictado por la Convención, encuadrando el caso en la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables ¹⁴.

⁸ Bianchi Alberto B., “Control de Constitucionalidad”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Tomo II, p. 197, Buenos Aires, septiembre de 2002.-

⁹ 307 U.S. 433 (1939)

¹⁰ Tribe, Laurence L., « Constitutional Choices, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, p. 22 t 23, citado por Bianchi, Alberto, obra cit. Nota 8.-

¹¹ Dellinger, Walter, “The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process, “Harvard Law Review”, vol 97, p. 386 (1983), citado por Bianchi, Alberto, obra cit. Nota 8.-

¹² Spota, Alberto, “Origen y Naturaleza del Poder Constituyente provincial en una estructura de Estado Federal”, Revista La Ley, 1 de julio de 1988. Oyhanarte Julio, “Cuestiones no justiciables”, en Temas de Casación y recursos extraordinarios, obra en honor del Dr. Augusto Morello, Editorial Platense, La Plata, 1982.-

¹³ Bidart Campos, Germán “Tratado elemental de Derecho Constitucional”, T° I-A, p. 426, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1968 y “La judiciabilidad de la decisión de una Convención Constituyente Provincial negando la incorporación de un convencional electo”, ED, 118-153. Ekmekdjian, Miguel A. “Temas para la reforma de la Constitución Nacional”, LL, t° 155, p. 1260.-

¹⁴ Con la célebre disidencia de Luis M. Bofia Boggero.

Abordando la Constitución Federal la CSJN analizó en 1994 los planteos de inconstitucionalidad formulados contra los artículos 5° y 6° de la ley 24.309 declaratoria de la reforma Constitucional de 1994, rechazando dicha pretensión por cuestiones formales (caso “Polino”) o rehusando el ejercicio del control de constitucionalidad al sostener que no era sabido si las cláusulas cuestionadas serían ratificadas por la Convención Constituyente en su reglamento interno (caso “Romero Feris”) con excepción de la disidencia del Dr. Carlos Fayt, quien ingresando en el fondo de la cuestión declaró la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas ¹⁵.

En 1999 la Corte varió radicalmente su postura al expedirse en el controvertido caso “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ Proceso de conocimiento”, cuya influencia es clara en el fallo que comentamos tanto desde una perspectiva conceptualmente normativa como argumental. Como se recordará, es un caso de control de constitucionalidad de la reforma de 1994 basado en el incumplimiento de los requisitos que impone el artículo 30 CN, siendo inusual el hecho que la norma que se cuestionó (artículo 99, inciso 4°, tercer párrafo CN) trata sobre la propia jubilación de los Jueces. El Dr. Fayt interpuso acción declarativa a fin de obtener la nulidad de la reforma - en lo que hace a las modificaciones introducidas por la norma cuestionada - por restringir la garantía de inamovilidad judicial consagrada en el actual artículo 110 CN. Se argumentó dos tipos de vicios: de procedimiento, pues lo impugnado no se encontraba entre los temas habilitados por la ley declarativa N° 24.240, afirmando que la Convención Constituyente se había extralimitado en sus funciones; y de fondo, por cuanto la garantía afectada hace a la independencia del Poder Judicial, y esta, a su vez, es esencial para la forma republicana de gobierno. El caso fue criticado por gran parte de la doctrina ¹⁶ al entender que la Corte excediendo el ejercicio del control sobre la legitimidad en cuanto al origen de la norma, asume un control sobre el contenido material de la Constitución presente y futura, estableciendo principios - como la independencia del Poder Judicial - sobre los que extrae conclusiones que se imponen a la reforma analizada (1994) como a las futuras (proyección sobre el caso en comentario).-

¹⁵ En la Convención Constituyente de 1994 se reiteró el planteo contra el artículo 157 del Reglamento interno de la Convención que reprodujo el artículo 5° de la ley 24.240, pero el tema no llegó a ser tratado por la Corte siendo rechazado por la Cámara Federal de Rosario (Caso “Alzogaray Alvaro y otros c/ Honorable Convención Constituyente s/ amparo”).-

¹⁶ Ver, entre otros, Sola Juan V. “Control Judicial de Constitucionalidad”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p.293.-

El tratamiento de la cuestión en torno al derecho público provincial ha sido mas activo, tanto por parte de la CSJN como de la Justicia local, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de varios artículos de Constituciones Provinciales ¹⁷ e ingresado en el análisis de varios procesos de reforma ¹⁸.-

IV.- Los problemas constitucionales.-

En el caso en comentario el conflicto constitucional – al igual que en Fayt - se genera entre la interpretación del contenido y los alcances de la ley declarativa que habilita la reforma (Ley N° 7469) y la actuación normativa de la Convención. Respecto de esta cuestión, reconociendo la idea que la “soberanía” de la Convención ha perdido la intensidad que tenía en otros tiempos ¹⁹, hay un parámetro general que resulta claro y medianamente pacífico a la luz de la jurisprudencia actual: la propuesta de reforma de la norma de habilitación no es vinculante para el órgano reformador, en el sentido que lo obligue a tratar todos los temas previstos, pero la Convención Constituyente no puede efectuar la reforma fuera de los puntos habilitados.

Coincidimos con María A. Gelli ²⁰ cuando sostiene que la cuestión plantea “dos ordenes de problemas típicos”: el alcance interpretativo de las disposiciones normativas previstas para reglar el proceso de la reforma; y la eventual invalidez de las enmiendas sino se cumplen aquellas normas procedimentales. Encontrar algún punto de solución a este delicado problema significa dar con muy buenas razones de orden político para postular la revisión y establecer claramente los límites a tal control para no reemplazar la voluntad reformadora. Cualquier revisión del proceso de reforma toca el nervio del sistema político.

Nuestra posición doctrinaria, coincidente con Gelli, descarta la revisión judicial del contenido de una reforma constitucional (oportunidad, mérito, conveniencia, eficacia)

¹⁷ Podemos citar, entre otros, los fallos "Ormache" del 17 de junio de 1986, donde la Corte consideró que el artículo 157 de la Constitución de Entre Ríos, prohibitiva de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del poder judicial local, era contraria a los artículos 14, 16 y 33 de la Constitución Federal.

¹⁸ Traemos como ejemplo y antesala del caso que se comenta el fallo “Gutiérrez José y otros c/ HCCT”, sentencia del 06/04/90” fallado por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

¹⁹ Bien ha dicho la CSJN en “Ríos, Antonio J.” “de ningún modo los poderes conferidos a la Convención constituyente pueden resputarse ilimitados porque el ámbito de aquellos se haya circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia”.-

²⁰ Gelli, María A. “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, Editorial La ley, segunda edic. Buenos Aires, 2003, p. 261 y stes.

excepto que la Convención viole la competencia fijada en la norma de habilitación o se traben o anulen las reglas del juego político dispuesto en la Constitución ²¹.-

La interpretación de estos extremos conceptuales es una tarea de fino equilibrio judicial, para evitar que la utilización de la enorme herramienta del control de constitucionalidad extrapole al Poder Judicial de la función de guardián de la Constitución y garante del estado de derecho que le ha sido reservada en nuestro sistema, a la posición de auto-arrogarse funciones constituyentes propias de un posicionamiento de sacralización judicial, imponiendo su visión de las instituciones y asumiendo una actitud autopoietica de la organización constitucional; o estableciendo que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es” no solo frente a la legislación ordinaria sino también frente al ejercicio del Poder Constituyente.

V.- Reflexiones frente a la sentencia. Cuando los jueces vienen marchando.-

Intentaremos algunas reflexiones siguiendo nuestra posición doctrinaria: criterio estricto en la revisión judicial, excepto que la Convención extralimite la competencia de la norma de habilitación; o trabe o anule las reglas del juego político dispuesto en la Constitución.

Siguiendo dicha línea de pensamiento, compartimos la argumentación estructurada alrededor de la inconstitucionalidad de la incorporación por parte de la Convención Tucumana del sistema de enmienda constitucional (artículos 155 y 166) que se fundamentó en la extralimitación que existió entre la competencia conferida a la Convención por la ley 7469 y la incorporación de una determinada fórmula de enmienda. A criterio del Tribunal, la habilitación de una “modificación” genérica a determinados artículos de la Constitución de Tucumán no alcanzaba para habilitar inequívocamente la incorporación específica de innovaciones no comprendidas en el texto preexistente, siendo necesario la identificación conceptual de las innovaciones institucionales para que quedara habilitada su incorporación. En resumen, se descalificó el instituto agregado en razón que la “enmienda”

²¹ En este sentido ver nuestros trabajos “Procesos Mayoritarios y Minorías Políticas”, cita nota 3.; “El esquema de las libertades básicas iguales de Rawls y la cláusula cerrojo de la ley 24.240”, Revista Científica de la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales”, N° 2, Buenos Aires, 2000, p. 213.; “La polémica cláusula cerrojo de la reforma Constitucional Argentina desde la óptica de la interpretación”, Revista Peruana de derecho Constitucional N° 2, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, Perú, 2000; “El debate político y la libertad de expresión” obra “Poder Político y Libertad de Expresión” (coordinado por el Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina) editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, mayo de 2001.

no estaba prevista – de antemano – en el listado de agregados habilitados por la ley; no había sido mencionada en la deliberación preconstituyente y no figuraba – por ende – en el temario publicado, en base al cual se convocó a elegir convencionales constituyentes. Asimismo, la fórmula expansiva dada al instituto implicaba una profunda transformación – desprovista de autorización preconstituyente – del postulado de rigidez del sistema constitucional de la provincia hacia un sistema de constitución flexible.-

Parecería - que en el caso - la Convención se ha arrogado una innovación de enorme trascendencia constitucional, como es la introducción de un nuevo sistema de reforma constitucional, no prevista en la fuente puntual de competencia, alterando la esencia de los puntos especificados o la frontera del artículo 152 de la Constitución provincial, en cuanto establece que “la Convención no podrá comprender en la reforma otros puntos que los especificados en la ley de convocatoria”.

La inconstitucionalidad parcial de la sanción de la reforma incorporada al artículo 101 inciso 5° y al artículo 162 y del decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 1820/14 (introducción de un Consejo Asesor de la Magistratura bajo la dependencia del Poder Ejecutivo) nos genera mayores dudas que certezas sobre la forma en que ha sido utilizada por el Tribunal la herramienta del control constitucional, amén que compartimos – queremos dejar aclarado – los valores y principios que rodean la conformación constitucional que se plantea del instituto.

En este caso, al igual que en el del Jurado de Enjuiciamiento, el Tribunal reconoce expresamente que “Al igual que en el caso del Consejo Asesor de la Magistratura... es indudable que un mecanismo de destitución de magistrados denominado “Jurado en Enjuiciamiento” se encontraba dentro de la habilitación para “incorporaciones” cuya conveniencia debía juzgar la Convención reformadora” eliminando de plano el vicio de competencia que justificó la declaración de inconstitucionalidad respecto de la introducción del instituto de enmienda, al extralimitarse la Convención de la norma de habilitación.

No creemos que la norma se encuentre viciada por el hecho que el Consejo Asesor de la Magistratura se ubique bajo la organización del Poder Ejecutivo y no del Judicial, ya que la facultad de selección y nombramiento ha estado conceptualmente por años en cabeza del Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura. El cambio producido en 1994 en la Constitución Nacional y a partir de 1983 en algunas Constitucionales Provinciales con la

aparición de los Consejos de la Magistratura – muy criticado como sistema en razón de la diferente filosofía en la que anida – no implica, a nuestro criterio, que su introducción constitucional tenga que darse obligatoriamente dentro de la estructura del Poder Judicial.

Por último, la inconstitucionalidad de la sanción de la reforma incorporada al artículo 129 de la Constitución de Tucumán (Jurado de Enjuiciamiento) estableciendo mediante declaración de certeza constitucional que su forma de integración debe respetar dentro de la representación legislativa la participación de las “minorías”, bien puede ser evaluada a la luz de las reglas del juego político dispuesto por la Constitución Federal y por la Constitución local, en el marco del concepto “madisoniano” de la democracia ²², que recuerda que la misma no se define como el poder omnímoto de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria ²³.

Sin perjuicio de la apertura y actualización del debate que el fallo traerá consigo, no podemos desconocer que la sentencia – en muchos de sus pasajes - refleja la visión particular de lo Jueces de la arquitectura social, corriendo el riesgo de tornarse auto-contradictoria al enfrentarse con los mismos principios de separación de poderes que pretende proteger.

Con esta salvedad, la sentencia constituye un enorme esfuerzo de interpretación constitucional tendiente a ajustar el movimiento político mayoritario de la Provincia de Tucumán a los límites que la Constitución local y el Bloque de Constitucionalidad Federal impone, tarea que debe ser aplaudida por la valentía institucional que encierra y porque su objetivo – mas allá de su acierto – lo constituye en última instancia la defensa de los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad Tucumana y la preservación institucional de la Provincia, frente al proceso de desconstitucionalización que

²² Ver nuestro trabajo “De mayorías y Minorías en la Democracia”, Revista Debates y Ensayos, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Rubinzal Culzoni, diciembre de 2006.-

²³ Dahl, Robert A. A Preface To The Democratic Theory, Chicago: The University Chicago Press, 1956, pág. 4. Explica así la referida expresión: “What I am going to call Madisonian theory of democracy is an effort to bring off a compromise between the power of majorities an the power of the minorities”. La democracia madisoniana se opone a la “democracia mayoritaria”, según Fishkin, James. “Democracia y deliberación”, Editorial Ariel, Barcelona, 995, p’zg. 75.

progresivamente vive la República. Empuñando la espada de la Constitución, algunos jueces vienen marchando.-