

# **“El procedimiento de reforma de la Constitución Nacional en el pensamiento de Germán José Bidart Campos”.**

Jorge Alejandro Amaya<sup>1</sup>

## **Sumario:**

**1. El procedimiento de reforma; 2. Etapa pre-constituyente; 2.1. Naturaleza jurídica de la declaración; 2.2. La mayoría calificada; 2.3. Atribuciones y límites; 2.3.1. Límites temporales; 2.3.2. Límites formales; 2.3.3. Límites materiales; 2.3.3.1. Límites expresos; 2.3.3.2. Límites implícitos; 2.3.3.3. Límites internacionales; 3. Etapa constituyente; 3.1. Atribuciones y límites; 3.2. ¿Puede la Convención tratar puntos no previstos en la convocatoria?; 3.3. ¿Está obligada la Convención a tratar todos los puntos previstos en la declaración de necesidad de reforma?**

## **1. El procedimiento de reforma.**

El art. 30 de la Constitución Nacional es la única norma que consagra el procedimiento de reforma en el sistema constitucional argentino. La redacción de 1853 establecía:

“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los Pueblos. 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”.

Esta cláusula se complementaba con el art. 51 que establecía que solo el Senado iniciaba las reformas de la Constitución. La fuente directa de estas normas fue el proyecto de reforma que Alberdi incluyó en la segunda edición de sus “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina” del 31 de agosto de 1852.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (UBA). Premio Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional UBA; UNR y UNLZ. Ex Vicerrector Institucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES).

La novedad de la norma fue la elección de una asamblea extraordinaria que pasaba a llamarse “Convención”, ya que hasta entonces en todos los precedentes nacionales y provinciales las reformas habían sido atribución del Congreso Nacional o de las Salas de Representantes en las Provincias.

La reforma que sufrió la Constitución Nacional en 1860, que posibilitó la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a las Provincias Unidas del Río de la Plata, no modificó sustancialmente el modelo, simplemente eliminó el plazo de irreformabilidad de diez años y la iniciativa de reforma como competencia exclusiva del Senado, quedando habilitados la Cámara de Diputados y el Poder Ejecutivo para presentar proyectos de reforma.

Así quedó redactado el actual art. 30, estableciendo un procedimiento de reforma que sigue el modelo francés y consta de dos etapas diferenciadas: declaración de reforma a cargo del Congreso, el cual fija los puntos de la reforma; y la convocatoria a una Convención, a cuyo cargo queda la materialización de los puntos de reforma propuestos por el Congreso.

La ubicación de la norma, en la primera parte de la Constitución, denominada “Declaraciones, Derechos y Garantías”, mantuvo la propuesta de Alberdi de considerar a la reforma como garantía de progreso y de orden.

Algunas constituciones modernas, como la italiana, ubican las reglas de reforma en un título dedicado a “Garantías institucionales” conjuntamente con el Tribunal Constitucional. La ubicación garantista del procedimiento de reforma nos permite aproximarnos al sentido general del proceso de revisión.

Por un lado, garantiza un orden en cuanto a que las modificaciones constitucionales solo pueden hacerse a través de un procedimiento agravado, nota clásica en una constitución rígida como la Argentina; y por el otro, garantiza el progreso que el avance social demande.

La rigidez de la reforma de la constitución federal es dual, es decir, tanto por el “procedimiento” como por el “órgano” especial que habilita para realizarla. Su revisión debe efectuarse por un procedimiento especial que es distinto al de la legislación ordinaria y se acentúa orgánicamente porque el procedimiento de reforma no solo difiere del

procedimiento legislativo común, sino que además está dirigido al establecimiento de una convención especial para realizarla.-

El modelo, como hemos dicho, ha seguido el diseño francés caracterizado por la conformación de una Asamblea Especial Extraordinaria. Mientras en algunos sistemas, como el alemán<sup>2</sup> o el italiano<sup>3</sup>, la reforma es operada por el Parlamento ordinario, en el modelo francés aparece un cuerpo representativo ad hoc que se reúne al solo fin constituyente y, una vez cumplida su finalidad, se disuelve.

Esta modalidad proviene de las Constituciones francesas de los siglos XVII y XVIII y buscó dar concreción a la doctrina del poder constituyente, estableciendo una diferencia objetiva superior entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

Sin embargo, en la práctica, el modelo trajo confusiones a partir de la intervención de los dos órganos: el Parlamento ordinario y la Asamblea extraordinaria, ya que la estrecha relación entre la decisión del Legislativo que fija el alcance de la reforma y lo que resuelve la Convención, que debe moverse dentro de la soberanía fijada por el Congreso, ha sido fuente de innumerables conflictos por los frecuentes cuestionamientos sobre los alcances de la competencia de cada uno de los órganos.

Esta cuestión, también ha traído problemas para definir la posición de los órganos intervinientes dentro de la función constituyente. Se han dado básicamente cuatro posturas:

- a) Que solo hubo poder constituyente en el acto del dictado de la primera constitución (1853), ya que la idea de poder constituyente no es aplicable a un proceso de reforma<sup>4</sup>;
- b) Que solo ejerce poder constituyente la Convención extraordinaria<sup>5</sup>;
- c) Que el Congreso ejerce una función pre-constituyente y la Convención la función propiamente constituyente<sup>6</sup>;

---

<sup>2</sup> La reforma la realiza el Parlamento a través de un acto único que se adopta por una mayoría especial.

<sup>3</sup> La reforma la realiza el Parlamento pero con un procedimiento de doble deliberación separada cada una por un periodo de tiempo.

<sup>4</sup> Cfr. Sampay, A., "*La reforma constitucional*", Ediciones de Biblioteca Laberemus, La Plata 1949, p. 19.-

<sup>5</sup> 5 Cfr. Longhi, L. R., "*Derecho Constitucional argentino y comparado*", Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, T° I, p. 107.

d) Que tanto el Congreso como la Convención cumplen función constituyente<sup>7</sup>;

La cuestión no es menor. Ya que la posición que asumamos definirá la extensión y límites de cada uno de los órganos que intervienen en el procedimiento de reforma constitucional argentino.

Efectivamente, seremos más proclives a equilibrar o tolerar ejercicios intensos de las facultades de ambos órganos si consideramos que tanto el Congreso como la Convención Constituyente ejercen funciones “constituyentes”; en cambio, si asumimos que solo el poder “constituyente lo ejerce la Convención extraordinaria, seguramente seremos proclives a encasillar las facultades del Congreso, censurando sus excesos.

Lo cierto, es que la enorme mayoría de la doctrina nacional y la propia jurisprudencia de la CSJN<sup>8</sup> asumen la posición de considerar que el procedimiento de reforma constitucional previsto en el art. 30 es una actividad compleja donde el Congreso ejerce función pre-constituyente y la Asamblea función propiamente constituyente.

Esto significa que la reforma (acto complejo) es producto de la conjunción de dos voluntades estatales: el Congreso y la Convención extraordinaria, compuesta tradicionalmente por elección popular.

Denominar a la función del Congreso acto “pre-constituyente” implica negarle claramente el carácter de poder constituyente, más allá de reconocer las funciones habilitantes que dentro del procedimiento de reforma le compete a nuestro Poder Legislativo.

Esto ha sido fuertemente criticado por quienes entienden que ambos órganos ejercen función constituyente, pues se trata de la aplicación del principio de soberanía dividida no

---

<sup>6</sup> Esta es la posición más arraigada en la doctrina nacional. Cfr. Sánchez Viamonte, C., “*El Poder Constituyente*”, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, 1945, p. 537.

<sup>7</sup> Cfr. Díaz Ricci, S.M., AA.VV., “*La Reforma de la Constitución*” (comentario al art. 30 CN), “Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, (Daniel Sabsay Director) T° 1, Editorial Hamurabi, José Luis Depalma Editor, p. 1157.

<sup>8</sup> Al carácter de “acto del poder pre-constituyente” hace alusión la Corte Suprema en el caso “Fayt Carlos S. c/ Estado Nacional s/proceso de conocimiento” para calificar la declaración de la necesidad de reforma a cargo del Congreso (considerando 8° párrafo tercero).-

siendo ninguno de los órganos en sí mismo absolutamente soberanos, sino que cada uno cuenta con su cuota-parte.

Germán Bidart Campos tomó inicialmente decidida posición en favor de la postura doctrinaria propuesta por Sánchez Viamonte, es decir que la función orgánica del Congreso implica una tarea pre constituyente, ya que la función propiamente constituyente la desempeña la Convención ad hoc.

Primero, porque de la interpretación gramatical del artículo. 30 CN (la primera a la que debe acudirse) surge que el Congreso “declara” la necesidad de la reforma y la convención extraordinaria (convocada al efecto) la “efectúa”.

Existen dos acciones (declarar y efectuar) que son atribuidas a los órganos integrantes del procedimiento reformador. El Congreso “declara” y la Convención “efectúa”. Si acudimos al diccionario de la Real Academia Española veremos que ambos verbos tienen connotaciones complementarias pero muy diferentes, ya que declarar se entiende como sinónimo de manifestar y efectuar como sinónimo de hacer. Sin duda, el hacer es una acción más intensa que el declarar.

Segundo, el modelo francés – al menos el fiel a Sieyés - seguido por Alberdi, reafirma, la asignación del poder constituyente a la Asamblea extraordinaria y no al Parlamento ordinario, más allá de la combinación en el actuar de ambos órganos.

Recordemos, que para Sieyés el poder constituyente es la facultad que tiene la nación (el pueblo) para delegar una porción de la voluntad general en sus representantes, distinguiendo entre representantes ordinarios y extraordinarios de la nación.

Los primeros son los encargados de ejercer la administración normal; los segundos son aquellos a los cuales la nación les otorga un poder especial y temporario para darse las formas políticas convenientes (poder constituyente).

Por consiguiente, el poder constituyente siguiendo el pensamiento de Sieyés, nunca podía ser ejercido por el poder ordinario, ya que la Constitución en cada una de sus partes es obra del poder constituyente, no del poder constituido. Ninguna clase de poder delegado podía cambiar – para Sieyés - nada en las condiciones de la delegación. De allí la necesidad de

convocar a una Asamblea extraordinaria ad hoc como titular nacional del poder soberano constituyente.

## **2. Etapa pre-constituyente.**

Como hemos visto, el segundo párrafo del art. 30 CN expresa que “La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros”.-

El contenido de este párrafo, sencillo en apariencia, ha traído complejos problemas de interpretación.

### **2.1. Naturaleza Jurídica de la declaración.**

El primer problema interpretativo que genera la facultad declarativa del Congreso, consiste en determinar cuál es la naturaleza jurídica del acto por el cual el legislativo “declara” la necesidad de la reforma.

¿Es una ley? O debe instrumentarse por resoluciones o declaraciones de cada una de las Cámaras o de ambas en Asamblea Legislativa<sup>9</sup>.

La cuestión no es solo académica pues plantea interrogantes institucionales de proyección. Se la declaración se efectúa por medio de una ley ¿puede ser ésta vetada por el Ejecutivo?; ¿debe cumplirse el procedimiento formal de sanción de las leyes?.

La posición de la doctrina nacional es diversa. La podemos clasificar pedagógicamente entre quienes opinan que la declaración reviste el carácter de ley; y quienes entienden que es una declaración de carácter político institucional carente de contenido legislativo.

Entre los primeros se halla Sagües, para quien la cuestión ha sido resuelta por el derecho constitucional consuetudinario ya que todas las reformas declaradas desde 1860 en adelante por los gobiernos de iure lo fueron mediante una ley<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> El tema fue profusamente discutido en la Convención Constituyente de 1949 en la que el bloque Radical sostenía que se trataba de una declaración. Cfr. “*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*”, imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1949, T° I, pp. 40 y ss. y 140 y ss.

Germán Bidart Campos lideró la postura contraria, afirmando que el acto tiene “esencia o naturaleza política y preconstituyente y por ende no debe tomar la forma de una ley”<sup>11</sup> Esto diluye la discusión en torno a la posibilidad de veto por parte del Ejecutivo.

## **2.2.La mayoría calificada.**

Esta es otra de las cuestiones interpretativas que ha dejado abierta la norma constitucional de 1860 y que ha motivado fuertes discusiones políticas y académicas. Se refiere al modo que debe computarse la mayoría de dos tercios que exige el art. 30 CN para aprobar la declaración de necesidad de la reforma.

La norma constitucional, en este aspecto, deja abierta tres posibilidades de interpretación:

a) la mayoría de dos tercios que exige el artículo deben computarse sobre el total de los miembros nominales de cada Cámara;

b) la mayoría de dos tercios que exige el artículo deben computarse sobre los miembros en ejercicio (por consiguiente se excluyen los miembros con licencias; las bancas no cubiertas y los ausentes con aviso);

c) la mayoría de dos tercios que exige el artículo deben computarse sobre los miembros presentes en la respectiva sesión, siempre que haya quórum suficiente para sesionar.

Como se sabe, esta no es una posición puramente académica y cada posición interpretativa varía el número de legisladores necesarios para aprobar la declaración de reforma.

En este aspecto, el derecho constitucional consuetudinario no ha sido tampoco pacífico. En las reformas de 1860, 1866 y 1949 se entendió suficiente contar con la mayoría de los

---

<sup>10</sup> Cfr. Sagües N., “*Elementos de Derechos Constitucional*”, Editorial Astrea, T° I, p. 322. En igual sentido opina Montes de Oca, M.A., “*Lecciones de Derecho Constitucional*”, Imprenta La Buenos Aires, 1902, t° 2, p. 449..

<sup>11</sup> Bidart Campos G., Bidart Campos Germán J., “*Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 487. En similar sentido opinan Estrada J. M., “*Derecho Constitucional*”, Buenos Aires, 1895, p. 202; González Calderón J. A., “*Curso de Derecho Constitucional*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 22; Sánchez Viamonte C., “*Manual de Derecho Constitucional*”, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, 1958, p. 384.

miembros presentes en la respectiva sesión; en las reformas de 1898 y en 1994 (la ley se aprobó en 1993) se cumplió con la mayoría especial computada sobre la totalidad de los miembros nominales de cada Cámara.

#### Para Bidart Campos ...

Sin perjuicio de ello, existen razones jurídicas y políticas que avalan la exigencia de la mayoría mas agravada, ya que cuando la Constitución requiere que la decisión se efectúe computando los votos de los presentes, así lo indica expresamente<sup>12</sup>.

Además, la Constitución Nacional es esencialmente rígida, por lo que no es trasladable la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto decidió que para proponer enmiendas bastaban dos tercios de los presentes de ambas Cámaras, argumento utilizado en la reforma de 1949 por los defensores de dicha posición (sin olvidar además que en EEUU se requiere además la ratificación de las Legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados que integran la Unión)<sup>13</sup>.

Por otra parte, la rigidez de la Constitución Federal y la fuente Alberdiana en este aspecto, que abrevó en las ideas de Sieyés, como hemos visto, otorgan como característica del proceso de reforma, la dificultad de su modificación y la búsqueda del consenso social para superarla.

Siguiendo estos objetivos, la interpretación que mejor cumple con los mismos es la mayoría calificada computada sobre la totalidad nominal de los miembros de cada Cámaras.

Por último, la experiencia política mostró que el criterio de sostener que el cómputo de la mayoría calificada requerida por el artículo 30 debía efectuarse sobre los miembros presentes, como se aplicó en 1949, fue siempre percibido como ilegítimo y sumamente cuestionable por la clase política y por las fuerzas vivas de la sociedad.

A pesar de ello, el tema recobró actualidad en la reforma de 1994 debido a la especial situación política que se vivía y ante las posibilidades del oficialismo de no conseguir los

---

<sup>12</sup> Ejemplo, art. 81 CN.

<sup>13</sup> Conforme Artículo Quinto de la Constitución de EEUU, el cual permite que las modificaciones a la Constitución puede producirse por propuesta de las Cámaras del Congreso o por una Convención. En ambos casos se requiere la ratificación estadual

votos suficientes en Diputados para aprobar el proyecto girado por el Senado, el 3 de noviembre de 1993 la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, aprobó un cuestionado despacho sobre un proyecto de ley presentado por el Diputado Francisco de Durañona y Vedia que interpretaba el art. 30 en el sentido que los dos tercios de los legisladores debían computarse sobre los legisladores presentes en la sesión de la Cámara<sup>14</sup>.-

El Pacto de Olivos permitió el consenso suficiente<sup>15</sup> para aplicar la posición correcta, que evitara los sólidos cuestionamientos que la doctrina constitucional mayoritaria formula y que la legitimidad democrática requiere.

Sin perjuicio de ello, conforme hemos expuesto e insistido en muchos trabajos, el consenso mayoritario del Pacto de Olivos, si bien evitó esta incorrecta interpretación constitucional, avasalló – por medio de la ley declarativa de la reforma N° 24.309 - las facultades constitucionales de la Convención Constituyente al transferirle instituciones pre-redactadas y cercenó los derechos políticos de las minorías al condicionar la forma de votación de los constituyentes<sup>16</sup>.

### **2.3.Atribuciones y límites.**

Como hemos visto hasta el momento, el art. 30 CN consagra un procedimiento de reforma de la Constitución caracterizado por la rigidez, tanto desde la perspectiva del “proceso” de reforma en sí, como del “órgano” especial que crea para llevarla a cabo en su esencia.

---

<sup>14</sup> Trámite parlamentario N° 122/1993 (Expediente CD N° 3338/93).-

<sup>15</sup> Cfr. Gelli M. A., “*Los discursos sobre el consenso en la reforma constitucional*”, La Ley, 1993-B, 1055; y López Alfonsín, M., “*Un requisito fundamental en el ejercicio del poder constituyente de reforma: el consenso constitucional*”, en AA.VV., Op. Cit., pp. 1191/6.-

<sup>16</sup> Cfr. Amaya Jorge Alejandro, “*Democracia vs. Constitución*”, cap. XII, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, Santa Fe, 2012; “*Control de Constitucionalidad*”, Editorial Astrea, junio de 2012; “*Minorías Políticas y Procesos Mayoritarios*” Revista de Doctrina, Fascículo N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, “El Derecho” (Derecho Constitucional) N° 10.054, Buenos Aires, 26 de julio de 2000. “*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.-

Las atribuciones y límites del Congreso en ejercicio de su función pre-constituyente a las que nos referimos en este punto, están relacionados con la competencia del Legislativo dentro del marco particular del procedimiento reformador previsto en el art. 30 CN.

La temática se vincula, por consiguiente, con los límites temporales, formales y materiales del poder constituyente reformador, en atención a su condición de poder constitucionalizado<sup>17</sup>. Este es el problema más álgido en esta materia.

Podemos clasificar los límites del poder constituyente reformador en temporales, formales, y materiales o de fondo<sup>18</sup>, dentro de estos últimos nos referiremos a los límites expesos; a los implícitos y a los internacionales.

### **2.3.1. Límites temporales.**

Los límites temporales se refieren al tiempo en que debe efectuarse la reforma. Así como existen constituciones que prevén la revisión periódica de sus normas, otras prohíben su revisión durante determinado lapso, tal el caso de nuestra constitución originaria de 1853 que impedía su reforma hasta después de diez años de jurada por los pueblos.

### **2.3.2. Límites formales.**

Las limitaciones formales son las relativas al procedimiento, o a la competencia del órgano reformador en las constituciones denominadas rígidas.

En estos casos, los límites están expuestos en el propio texto constitucional, como por ejemplo el procedimiento de nuestro artículo 30 CN que establece un órgano especial para el ejercicio de la competencia constituyente (Convención Constituyente) y una mayoría calificada para la declaración de la necesidad de la reforma (2/3 partes de los miembros del Congreso).-

### **2.3.3. Límites materiales.**

Los límites materiales o de fondo son los que despiertan mayores debates.

---

<sup>17</sup> El debate sobre las limitaciones de los procedimientos de reforma constitucional es uno de los temas que mayor interés ha despertado en la doctrina nacional y extranjera.

<sup>18</sup> Cfr. Dana Montaña, S., “*De los límites del poder constituyente instituido*”, La Ley, 12/02/86.

### **2.3.3.1.Límites expresos.**

Algunas legislaciones establecen límites expresos a la reforma constitucional, en tanto que un sector importante de la doctrina admite la existencia de límites implícitos a la reforma.

Tales límites están referidos a la postulación de las llamadas “cláusulas pétreas”, es decir la existencia de normas y principios, dentro de una Constitución, que son irreformables tanto para el legislador ordinario como para el constituyente.

Algunas Constituciones modernas, como la alemana y la italiana, producto de los hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial y los años que la antecedieron, contienen normas que autocalifican de inmodificables.

Tales cláusulas sólo pueden variarse mediante un cambio de ideología, lo cual implica una revolución en sentido técnico-jurídico. Por consiguiente, el poder constituyente derivado o reformador no puede ejercitarse contra los límites impuestos por las cláusulas pétreas.

La existencia de cláusulas pétreas impide – según sus críticos - que cada generación sea arquitecto de su propio destino, dado que su existencia implica que los valores materiales prevalecientes en el seno de la constituyente originaria tendrán vigencia indefinida, a pesar de que se encuentren en contradicción con los de las generaciones futuras.

Por otra parte, los opositores a las cláusulas pétreas también sostienen que no es posible admitirlas, desde el punto de vista jurídico; y que el error fundamental de la tesis de las “cláusulas pétreas” consiste en no distinguir entre legitimidad y validez de la Constitución.

Como es sabido, la Constitución expresa una idea determinada de democracia, la cual se compone tanto de aspectos procedimentales como también materiales (valores y principios). La democracia, tal y como se la concibe modernamente, descansa en un determinado orden valorativo, que el ordenamiento debe tratar de realizar.

Junto a la dimensión procesal de la democracia, es decir, de la existencia de procedimientos mayoritarios para la composición de los órganos públicos y para la expresión de su voluntad, existen en toda Constitución principios y valores materiales, que son los que, en última instancia, la legitiman.

La libertad y la igualdad son los dos valores fundamentales que tiende a realizar la democracia y que, al mismo tiempo, constituyen el fundamento de la legitimidad de la Constitución.

De donde se concluye que una Constitución, aunque emanada democráticamente, pero que no consagre un Estado democrático constitucional (es decir, donde los valores libertad e igualdad no sean una realidad vivida de forma cotidiana y adecuadamente tutelada por el ordenamiento jurídico) puede encontrar en el principio democrático su validez, pero nunca su legitimidad.

La Constitución, en consecuencia, por definición, está abierta a su transformación, pues la democracia se asienta, entre uno de sus principios básicos, en el pluralismo político, lo que significa que toda Constitución democrática ofrece un abanico de posibilidades para desarrollar ese principio democrático.

La validez de la Constitución consiste en que los órganos estatales deben respetar los procedimientos establecidos en ella para la formación válida de sus respectivas voluntades; la legitimación de la Constitución, en cambio, consiste en que sus actos sean congruentes con los valores y principios materiales que ella misma consagra (libertad e igualdad fundamentalmente).

Por consiguiente, si en ejercicio del poder de reforma constitucional la Asamblea Constituyente reformara sustancialmente los contenidos materiales del régimen democrático vigente, es evidente que tal reforma tendría validez, pero carecería la legitimidad.

El soberano se auto limita desde el punto de vista procedimental con el fin de que su voluntad, cuando se exprese por medio de un procedimiento, sea una voluntad jurídicamente válida y vinculante.

La legitimidad del orden que produzca depende, en cambio, del contenido material de ese orden. Por otra parte, la válida manifestación de la voluntad del pueblo sólo es posible si el pueblo es libre, o sea, si se organiza como Estado constitucional democrático. De donde se

concluye que en la Constitución la legitimidad aparece, de manera inexcusable, como el requisito de la validez.

### **2.3.3.2.Límites implícitos.**

También según un sector importante de la doctrina constitucional, existen en todo ordenamiento jurídico principios que no son susceptibles de ser modificados. En otros términos, existen límites implícitos absolutos o cláusulas pétreas para la reforma constitucional.

El problema, desde el punto de vista jurídico, es determinar cuáles son los límites y quién los determina. El ámbito en que se suelen producir estos conflictos en torno al contenido ideológico fundamental de una Constitución suele ser los casos de aplicación de los derechos fundamentales.

En el caso de nuestra Constitución Nacional, la norma del art. 30 que merita que la Constitución puede ser reformada en todo o en alguna de sus partes, ha dejado expuesto o en evidencia el problema interpretativo de la existencia o no de cláusulas pétreas en nuestro ordenamiento constitucional.

Autores de la talla de Jorge Vanossi o Humberto Quiroga Lavié se inclinan por la inexistencia de cláusulas pétreas implícitas, o sea de límites materiales supuestamente insuperables implícitos en la Constitución, por lo cual admiten la posibilidad de que se pueda modificar la propia Constitución, dentro del derecho vigente.

Otro sector de la doctrina constitucional – representado en este tema por Germán Bidart Campos- ha aceptado la existencia de limitaciones materiales a la facultad de reforma constitucional, lo que de ningún modo desnaturaliza para esta doctrina<sup>19</sup> la función constituyente. Aclaramos que dentro de esta doctrina, existen autores, como Bidart.

---

<sup>19</sup> Se enrolan en esta posición- entre muchos autores - González Calderón; Linares Quintana; y Sagües.

Campos que aceptan un extenso temario con carácter pétreo, y otros, como Bidegain que aceptan contadas limitaciones<sup>20</sup>.

Desde la perspectiva del modelo democrático constitucional, resultan ineludibles ciertos límites precisos y acotados, ya que el poder de reforma constitucional o poder constituyente derivado, para seguir siendo democrático debe aceptar la autolimitación que impone el marco de los derechos fundamentales, cuya extensión será mayor o menor según la posición en la cual nos situemos.

Nuestra posición se inclina por la inexistencia a priori de cláusulas pétreas. Sin perjuicio de ello, en torno a la difícil tensión permanente entre democracia y constitución sostenemos que sea cual sea la posición que asumamos respecto a la extensión de este coto indecible o vedado frente al principio de autogobierno que implicarían las cláusulas pétreas, los derechos políticos sí integran la esencia de sus fronteras, y por consiguiente, constituyen un límite siempre presente al poder constituyente derivado, ya que son condicionantes de la democracia.

Es que una de las cuestiones esenciales transcurre por el interrogante que plantea si mediante el procedimiento democrático puede llegar a abolirse los principios del modelo democrático.

El poder constituyente reformador, puede encontrar sustento teórico para producir enormes cambios en una sociedad, y hasta lograr el consenso comunitario. Cambios en su sistema de gobierno y en la forma de distribuir los derechos en el marco social.

Pero ¿es válido que utilice los principios democráticos del autogobierno para anular los mismos?.

---

<sup>20</sup> Este autor se circunscribe a tres límites materiales: la abolición de la confiscación de bienes; la pena de muerte por causas políticas, los tormentos y los azotes; el art. 29 que prohíbe el otorgamiento de poderes tiránicos. Cfr. Bidegain C.M., “Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional”, IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 17.

Creemos que adoptada la democracia constitucional por un Estado, utilizar sus principios para autodestruirse es convertir a la democracia en un sistema político distinto. La democracia constitucional no puede avalar su autoinmolación por medio de sus principios.

De esto se concluye que, sea cual sea la posición doctrinaria en la cual nos situemos en torno a los límites materiales del poder constituyente derivado, existe una limitación material básica en el modelo de la democracia constitucional: los derechos políticos como condiciones o precondiciones de la democracia. Alterados, modificados o suprimidos los mismos por el poder reformador, se comienza a jugar otro juego, cada vez menos democrático y cada vez menos constitucional.

### **2.3.3.3.Límites internacionales.**

A diferencia de las controversias existentes sobre los límites revisados hasta el momento, parece haber cierto consenso acerca de los límites impuestos por el derecho internacional, de creciente incidencia en la vida interna de los países en la era de la integración.

Es sabido que, según el derecho internacional, los Estados son libres de dotarse de la estructura política que estimen conveniente. Esto significa que las interferencias en este ámbito de decisión por parte de terceros Estados o de otros sujetos de la comunidad internacional son, en principio, ilícitas. ¿Significa esto que el ejercicio del poder constituyente (tanto originario como derivado) no puede quedar sometido a límite alguno de derecho internacional?. La respuesta es negativa para la mayoría de la doctrina, por dos razones.

Primero, cabe aclarar que el principio de no intervención no puede entenderse como una absoluta indiferencia del derecho internacional hacia las normas constitucionales adoptadas por los Estados. El principio de no intervención otorga a los Estados un derecho de autonomía constitucional, en el sentido que no es admisible que sean otros quienes impongan las normas constitucionales por las que ha de regirse, pero esto no significa que cualquier norma constitucional imaginable pueda considerarse permitida por el derecho internacional.-

Por otro lado, el principio de no intervención es claramente evolutivo, ya que, por ejemplo, hasta la segunda guerra mundial el modo en que un Estado trataba a sus propios nacionales era visto como un asunto básicamente interno, pero los últimos años han conocido un espectacular desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos, por lo que no cabe decir que al derecho internacional le resulten indiferentes determinados comportamientos estatales.-

La regla general en la materia traída por el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados sostiene que no cabe invocar las propias normas constitucionales para justificar el incumplimiento de obligaciones convencionales. Ello comprende tanto las normas constitucionales anteriores a la conclusión del tratado internacional, como eventualmente las normas constitucionales que se adopten con posterioridad.

Por ello, que los tratados internacionales puedan establecer límites al poder constituyente no plantea, en definitiva, especiales dificultades. Se trata de obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados.

Esto es particularmente intenso y frecuente en materia de derechos humanos, al punto de considerarse autónomamente la temática del derecho de los derechos humanos, que resulta una peculiar combinación de las propias normas constitucionales y elaboraciones jurisprudenciales, con las normas internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los organismos regionales de aplicación..

Ahora, ¿Qué consecuencias tiene que un Estado establezca una norma constitucional en violación de un límite internacional?. Si bien habría que diferenciar límites provenientes del derecho internacional general o del convencional, los límites provenientes de este último son los más usuales.

La opinión más convincente es que desde el punto de vista del derecho internacional la aprobación de una norma constitucional contraria a un tratado en vigor supone el incumplimiento de lo acordado, que podrá dar lugar a la responsabilidad internacional correspondiente.

El derecho internacional no exige la anulación de la norma constitucional, ni determina su invalidez. Es decir, no se está en presencia de un problema de invalidez de normas, sino de ilicitud internacional del comportamiento del Estado. Esto, por supuesto, no implica necesariamente un bajo nivel de efectividad. Todo dependerá de las sanciones previstas para el incumplimiento.

Asimismo, hay que tener en cuenta que las obligaciones internacionales que pesan sobre los Estados, sean consuetudinarias o convencionales, son, en principio, obligaciones de resultado, no de medios. Esto significa que el Estado puede disponer de vías distintas a la anulación de la norma constitucional para alcanzar el objetivo de respetar el tratado internacional, tales como la suspensión, o la inaplicabilidad de aquella a través del control de constitucionalidad y de convencionalidad<sup>21</sup>.

Que el derecho internacional no exija la anulación de una norma constitucional contraria a los límites internacionales no significa que ello no pueda ser lo exigible según el propio ordenamiento interno. La declaración de inconstitucionalidad de normas constitucionales es infrecuente, pero no imposible ni un hecho aislado..

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 contenidos pétreos – la enmienda constitucional es inválida o inconstitucional.

---

<sup>21</sup> En el caso “*Mazzeo Julio*” (CSJN M. 2333. XLII (2007)) el Máximo Tribunal hizo suyas las expresiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Almonacid Arellano vs. Chile*” (2006) acerca de que el tribunal internacional “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Siguiendo esta jurisprudencia, la Corte argentina afirmó que “el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.

¿Cuál es el marco de las facultades del Congreso que le reserva el art. 30 CN dentro del procedimiento reformador? El escueto artículo de la Constitución deja, también en este punto, abierto a la interpretación las fronteras del Legislativo, pero hasta el dictado de la particular ley 24.309 la doctrina coincidía que las facultades del Congreso se circunscribían a:

Manifestar inequívocamente la necesidad de reforma constitucional en todo o cualquiera de sus partes;

En el supuesto de una mera declaración de necesidad sin fijación de puntos, se entendía que se habilitaba la reforma integral;

Si declaraba la reforma parcial de la Constitución debía indicar o bien los artículos sujetos a modificaciones o las partes que requerían revisión;

En caso de reforma parcial el Congreso podía limitar la actuación de la Constituyente a las normas habilitadas, nulificando cualquier exceso por sobre los temas sujetos a reforma;

El Congreso podía establecer un plazo para la actuación de la Constituyente;

En este sentido, como hemos expuesto en trabajos ya citados, nuestra tesis personal, sostiene que el Congreso en la ley declarativa 24.309 de la reforma de 1994 violentó límites materiales y formales. Por un lado, violentó limitaciones materiales, al alterar cualitativamente la esencia del ejercicio de dichos derechos políticos, protegidos por la Constitución y el derecho internacional y al desvirtuar los principios de la representación política. Por otro lado, el Legislativo en la etapa de iniciativa de la reforma invadió claramente la competencia de la Convención, atribuyéndose facultades constituyentes, al aprobar un texto de reforma que, extralimitando el marco de sus facultades declarativas y de fijación de los temas habilitados, constituyó, en el supuesto de los trece temas contenidos en el “Núcleo de coincidencias básicas” cerrados en su votación por la cláusula del art. 5º, la auténtica reforma. El texto preestablecido por el Congreso y su ambición que la Convención lo tome o lo rechace “in totum”, lo transformó en el auténtico poder constituyente reformador trasponiendo sus límites formales.

Según Bidart Campos, quien reconoció que nunca había imaginado una hipótesis como la que planteó la ley 24.309 y se adelantó a repensar los esquemas constitucionales tradicionales desde una perspectiva abierta<sup>22</sup>, el Congreso tiene competencia, cuando declara necesaria la reforma, para fijar 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 para ésta.

También – según Bidart – tendría competencia para prescribir, con igual efecto vinculante, que considera 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.

Pero así como considera viable que el Congreso adicione al temario los fines u objetivos de la reforma con efecto vinculante para la Convención, simultánea y recíprocamente señala que el Congreso tiene un límite en su competencia para declarar la necesidad de la reforma.

Tal límite consiste, 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, la correlación de enmiendas y su ensamble condicionado, tampoco tolera que el Congreso lo imponga mediante textos ya redactados, que como en el caso anterior solo dejan margen a la Convención para decir “sí” o “no”.-

Queda la impresión para Bidart Campos que al englobar de modo indisociable e inseparable trece puntos (muy extensos algunos y varios con redacción pre formulada en la ley 24.309) que la Convención debía aceptar íntegramente o rechazar también en conjunto se le estaba 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

---

<sup>22</sup> Cfr. Bidart Campos G.J., Op. Cit. p. 491.

aceptar o rechazar una densa enmienda ya pre elaborada por el Congreso y totalmente cerrada en su largo contenido, imposibilitado de todo desglose entre sus partes<sup>23</sup>.

Esta invasión del poder “pre constituyente” sobre el “poder constituyente” constituyó una clara vulneración de los precedentes constitucionales y de la correcta distribución de competencias entre el Congreso y la Convención ad hoc, conforme el procedimiento previsto por el art. 30 de la Constitución Nacional.

### **3. Etapa constituyente.**

El último párrafo del art. 30 CN dice: “no se efectuará sino por una convención convocada al efecto”. Como no podía ser de otro modo, esta frase también ha traído discusiones, tanto en el ambiente académico como político.

Una primera cuestión se planteó en torno a la forma de elección de los convencionales constituyentes, dado que el breve texto del art. 30 nada dice al respecto.

En términos generales el derecho consuetudinario ha resuelto el tema en forma pacífica, estableciendo, con pequeñas diferencias, que los convencionales son elegidos directamente por el pueblo conforme el sistema utilizado para la elección de legisladores nacionales.

#### **3.1. Atribuciones y límites.**

Sagües ha destacado que la Convención Constituyente, una vez reunida, tiene poderes explícitos e implícitos<sup>24</sup>.

Los explícitos son los que le han sido conferidos por la ley de declaración de la reforma y consisten – esencialmente - en el estudio, tratamiento y decisión de los puntos sometidos a su voluntad reformadora.

---

<sup>23</sup> Bidart Campos, G.J., Op. Cit. pp.491/2.-

<sup>24</sup> Sagües, N., Op. Cit. pp. 325/6.-

Los implícitos, son los propios de todo órgano de poder, principalmente dictar su reglamento interno, elegir sus autoridades, establecer su sistema de votación, decidir sobre la validez de los títulos de sus miembros, etc.

En torno a las atribuciones explícitas de la Convención Constituyente, también se han edificado distintas discusiones académicas y políticas, las cuales sintéticamente revisaremos a continuación.-

### **3.2.¿Puede la Convención tratar puntos no previstos en la convocatoria?**

Una de las discusiones más antiguas, hoy aparentemente superada en la práctica, pero aún vigente, se refiere a si la Convención Constituyente está atada a los límites que le marca la ley declarativa de la reforma, o si por el contrario puede considerarse o declararse soberana y abocarse a temas no previstos en la ley de convocatoria.

Sostenemos que esta discusión parecería superada en la práctica, porque el derecho consuetudinario ha venido a refrendar la tesis de quienes afirman que la Convención, en su carácter de poder constituyente derivado, tiene limitaciones.

Este punto se sostiene, en razón que en todos los casos de reformas en la historia constitucional del país, con excepción hecha de la de 1949 donde la ley declarativa daba un ambiguo criterio general sin establecer puntos específicos de reforma, las Convenciones Constituyentes nunca admitieron el tratamiento de temas por fuera de aquellos habilitados por el Congreso en ejercicio de su función pre constituyente.

La Jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se ha encaminado en dicha dirección, ya que in re “Rios” – refiriéndose a una reforma de una constitución provincial - sostuvo en “obiter dictum” que de ningún modo los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se haya circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia, quedando condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios Constitucionales.

Asimismo, en “Fayt”, el Alto Tribunal, abocándose al examen de la reforma de 1994 y entre otros fundamentos para declarar la inconstitucionalidad del art. 99 inc. 4º, afirmó que puede analizarse el ejercicio de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora (considerando 16º); y que la adecuación o el exceso de esos límites constituyeron, según la Corte, el objeto de su juicio en el caso (considerando 8º).-

Sin perjuicio de lo expuesto, la discusión académica sigue expuesta y la posibilidad política una alternativa siempre latente. Existen argumentos a favor de ambas posiciones.

Quienes sostienen la tesis a favor de la soberanía de la Convención despliegan los siguientes argumentos:

El poder constituyente derivado, una vez articulado, se desvincula de toda normatividad restrictiva para reasumir la soberanía delegada por el pueblo, ya que al ejercer la Convención el poder constituyente opera como instancia máxima de representación popular.-

El Congreso (poder constituido) no puede limitar al poder constituyente del cual se deriva.-

Las normas bajo las cuales actúa el poder constituyente son de conveniencia política, por lo que las respetará o no, según el grado de adhesión que le merezcan.

Que el art. 30 CN limita al Congreso a la mera declaración de la necesidad de reforma, pero de ningún modo el texto autoriza limitaciones a la Convención Constituyente.

Por el contrario, quienes sostienen la tesis que la Convención Constituyente está sujeta a los límites que el Congreso impone en la declaración de la necesidad de reforma, se fundan en los siguientes argumentos:

El poder constituyente derivado tiene límites, ya que de no respetarse la regla de los antecedentes se estaría ejerciendo -en forma revolucionaria- el poder constituyente fundacional.

La apelación a la “soberanía” de la convención implica una confusión semántica, ya que el único soberano es el pueblo y todos los órganos del poder, constituyente como constituidos, están integrados por representantes de aquel.-

Negar los límites es caer en el hiperfactuaslismo, negando toda entidad al derecho como forma de limitar el ejercicio del poder, es no distinguir entre normalidad y normatividad.

### **3.3. ¿Está obligada la Convención a tratar todos los puntos previstos en la declaración de necesidad de reforma?**

Tanto el derecho consuetudinario, el que en varias oportunidades evidenció que las Convenciones Constituyentes dejaron sin tratar puntos que habían sido declarados habilitados para su reforma por el Congreso, como la doctrina en general, se inclinan por la respuesta negativa.

Efectivamente, la ley 3507 que declara la necesidad de la reforma de 1898, habilitó los siguientes temas:

Modificación del art. 37 (actual 45) en relación al número de habitantes fijado como base para la elección de los diputados nacionales;

Modificación del art. 87 (actual 100) en relación al número de ministros del Poder Ejecutivo;

Modificación del art. 67 inc. 1º (actual art. 75 inc. 1º) para permitir la instalación de aduanas interiores en la Patagonia.-

Esta convención sentó dos importantes precedentes respecto de los límites del poder constituyente reformador:

Las convenciones constituyentes pueden reformar o no los artículos habilitados por el Congreso. O sea que el Congreso no puede obligar en este aspecto a la Convención Constituyente.-

La Convención Constituyente no puede tratar temas ajenos al temario sometido a su convocatoria. El órgano que ejerce el poder constituyente (Convención) queda limitado en sus atribuciones por el acto pre constituyente.-

Fue así que la Convención Constituyente de 1898 rechazó la reforma propuesta por el Congreso en relación al art. 67 inciso 1° que proponía crear aduanas interiores en la Patagonia y rechazó abocarse al tratamiento de una solicitud firmada por más de veinte mil personas para modificar las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado, con el argumento que el tema no había sido sometido a su consideración por el Congreso.

Otro antecedente lo constituye la reforma de 1949, más allá que haya sido dejada sin efecto por el auto-titulado gobierno de la Revolución Libertadora, ya que la ley 13.233 sancionada por el Congreso, habilitó la revisión y reforma de la Constitución Nacional de una manera muy amplia y ambigua, emitiendo un amplio mandato a la Convención Constituyente, la que circunscribió su uso, reafirmando sus facultades de decidir que temas debe reformar, más allá de la habilitación de los puntos de reforma por parte del Congreso Nacional.-

La reforma de 1957 también nos es útil para ejemplificar el punto en análisis, ya que, más allá de su irregularidad de facto, cabe rescatar la actitud de la Convención Constituyente de no considerarse sometida en sus decisiones al gobierno de facto que la había convocado.

La Convención de 1957 fue convocada por el decreto ley 3838/57 ampliado por el decreto ley 6809/57 que declaran la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional en treinta artículos<sup>25</sup>. La Convención adoptó varias decisiones para convalidar su carácter constituyente y no considerarse atada a la convocatoria:

Prorrogó sus sesiones.-

Aprobó su propio presupuesto.-

---

<sup>25</sup> Los decretos leyes mencionados implicaron el ejercicio de las atribuciones pre constituyentes del Congreso en cuanto a la declaración de necesidad de la reforma. Se invocó para ello el ejercicio de poderes revolucionarios.

Fijó los artículos sujetos a reforma<sup>26</sup>.-

---

<sup>26</sup> La aprobación de la incorporación del art. 14 bis de derechos sociales se llevó a cabo en la sesión del 24 de octubre de 1957, en la misma sesión se modificó el art. 67 inc. 11, agregando el Código de Trabajo y Seguridad Social. Ante la pérdida de quórum por el retiro de varios convencionales de distintos partidos políticos, el Presidente de la Convención la declaró disuelta el 14 de noviembre de 1957, haciendo saber al Poder Ejecutivo la sanción del nuevo artículo a continuación del 14 para su publicación.