

Voces: REFORMA CONSTITUCIONAL ~ IGUALDAD ANTE LA LEY ~ REVISION JUDICIAL ~ PODER CONSTITUYENTE ~ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ~ CONSTITUCION PROVINCIAL ~ CONFLICTO DE LEYES ~ PROVINCIA DE CORRIENTES ~ CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES ~ CONVENCIONAL CONSTITUYENTE ~ PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ~ PODER LEGISLATIVO ~ DERECHO CONSTITUCIONAL ~ ACCION DE NULIDAD ~ ACCION DECLARATIVA ~ ANALOGIA

Título: La institucionalidad provincial vs. los excesos de la reforma

Autor: Diana, Nicolás

Publicado en: LLLitoral 2009 (mayo), 01/01/2009, 378

Fallo comentado: [Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes \(STCorrientes\) ST Corrientes ~ 2009/03/06 ~ Sotelo, César Pedro Fiscal General del Poder Judicial de la Pcia. de Corrientes c. Poder Ejecutivo de la Provincia](#)

SUMARIO: I. Introducción. - II. Algunos antecedentes federales. - III. La sentencia. - IV. Conclusión.

"En una sociedad bien ordenada, efectivamente regulada por una concepción política públicamente reconocida, todos aceptan los mismos principios de justicia"

ROSS, Alf, "La justicia como equidad"⁽¹⁾

I. Introducción

No es sencillo para el hombre de derecho, menos todavía para el ciudadano común, comprender los alcances de la revisión judicial de una reforma constitucional.

En el imaginario colectivo, las Constituciones (nacional y provinciales) ⁽²⁾ se muestran como normas pétreas, permanentes e intangibles, que no se ven afectadas por el tiempo. Las reformas constitucionales se presentan así, como la máxima expresión de la voluntad general, siguiendo a Rousseau, y por ello, las constituciones reformadas, no parecieran ser susceptibles de revisión judicial alguna. Hasta suena contradictorio la posibilidad de pensar que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional ⁽³⁾.

El poder constituyente puede definirse como "aquella voluntad política cuyo 'poder y autoridad' esté en condiciones de determinar la existencia de la unidad política en el todo. Pero, sin normación, la masa humana no tiene ni una voluntad capaz de decisión ni un poder capaz de acción, y mucho menos autoridad"⁽⁴⁾.

Se ha memorado que "el punto más conflictivo en la teoría del Poder Constituyente es sin lugar a dudas el de sus límites, al extremo que los cuestionamientos que su aplicación suscita están casi siempre vinculados a la discusión de sus lindes para legitimar o tachar la obra de una constituyente". Como también que han contribuido "a alimentar la polémica una serie de cuestiones, entre las que contabilizamos: el grado de opinabilidad que muchos de los temas ofrecen, el laconismo de los textos constitucionales y, por supuesto, el indisimulado voltaje político que la tarea constituyente encierra"⁽⁵⁾.

En el Estado de Derecho, "la Constitución, además de ley básica que crea y regula el poder estatal y sus relaciones con los habitantes, configura un orden de valores que garantizan la libertad, limitando la acción de los actores políticos [...] La posibilidad de declarar inconstitucional una reforma a la Ley Suprema —emanada del poder constituyente derivado— remite a la cuestión de los controles jurídicos posibles sobre el procedimiento seguido para concretar las modificaciones y sobre el contenido de éstas, y cuestiona los sujetos eventualmente habilitados para ejercer aquel control, sin menguar la separación de poderes"⁽⁶⁾.

No es el objetivo de la presente nota a fallo, desarrollar exhaustivamente sobre el poder constituyente derivado y el control de constitucionalidad del proceso de reforma de una norma constitucional ⁽⁷⁾. Intentaremos, simplemente, dejar planteadas algunas cuestiones básicas del fallo, remitiendo al lector, a su lectura, comprensión e internalización.

Vale tener en cuenta, que la validez de una reforma constitucional es "un concepto relacional que designa, fundamentalmente, la relación de pertenencia de una nueva disposición normativa con la Constitución, siempre que se hayan observado todas las etapas que regulan y disciplinan su creación normativa. La inconstitucionalidad de una reforma constitucional consistirá, pues, en la no conformidad de la disposición creada con la Constitución"⁽⁸⁾.

II. Algunos antecedentes federales

El análisis enunciativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, resulta de particular interés, en tanto "hace que la Constitución [provincial, en el presente caso] opere como una norma de habilitación, ya que por su interpretación (casos Cullen y Pulenta Hnos.) se excluye la posibilidad de su impugnación. En tales condiciones, se acude a la norma de habilitación como una estructura apriorística del ordenamiento jurídico, que opera como una instancia convalidante en los casos de conflictos entre normas de diferente jerarquía; y que por ello mismo muestra bajo qué condiciones es posible afirmar la validez de una decisión, no obstante su aparente contradicción con normas de mayor jerarquía. Aquí la norma de habilitación juega u opera en el sentido de la no impugnabilidad de esta norma, es decir, de las reformas a la Constitución

que sancione el constituyente 'derivado'. El argumento de la norma de habilitación sirve tanto para cubrir la hipótesis de violaciones procesales como el caso de violaciones sustanciales en el camino de la reforma constitucional"[\(9\)](#).

La norma de habilitación, según Vanossi, permite distinguir dos supuestos de validez en materia de reforma de la Constitución, a saber:

"a) que la reforma sea hecha regularmente, es decir, conforme a las prescripciones de forma y de fondo que contiene la Constitución vigente, sin violación alguna, en cuyo caso es fácil (o automático) extraer una conclusión de validez del acto; o b) que la reforma sea hecha irregularmente, ya sea por violaciones de contenido o de procedimiento a lo que determina la Constitución vigente, pero que por la vía del órgano y de los mecanismos de impugnación esas impugnaciones queden rechazadas y, por lo tanto, las normas así creadas obtengan firmeza y convalidación".

Así es que en el orden federal, se ha recordado que la viabilidad del control de constitucionalidad de una reforma constitucional fue esbozado en 1963 cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expidió en el "Soria de Guerrero"[\(10\)](#) donde el voto mayoritario indicó que "una cuestión es justiciable si se demuestra la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley y que, semejante doctrina era aplicable al procedimiento seguido por una Convención Reformadora"[\(11\)](#).

En la causa "Ríos"[\(12\)](#) hacia 1993, se trataba de un caso, donde al igual que el que se anota, se había planteado la inconstitucionalidad parcial de la reforma introducida en la Constitución de la Provincia de Corrientes, porque se entendía también que la Convención local se había apartado del temario establecido por la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Se resalta que, previamente, había tomado intervención el Superior Tribunal provincial considerando que la Convención había obrado dentro del marco establecido por la ley.

En la citada causa, la Corte sostuvo, que era "menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se haya circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente, vale destacar que las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre que descansa la Constitución".

Después de esa consideración, donde "la Corte admitió el control de constitucionalidad de las actuaciones de una Convención Reformadora, procedió a rechazar el recurso interpuesto entendiendo que, en el caso concreto, se trataba de una cuestión de derecho local que había sido resuelta por el Superior Tribunal de la Provincia sin incurrir en alguna arbitrariedad a tenor de los fundamentos expuestos en su sentencia"[\(13\)](#).

Finalmente, en 1999, en el caso "Fayt, Carlos A.", la Corte federal sostuvo que la Convención Reformadora no podía apartarse elípticamente de los artículos y temas cuya reforma fue declarada necesaria por el Congreso [\(14\)](#).

Expresó aquí el Máximo Tribunal que "Si la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución, ningún departamento puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas (Fallos: 137:47) y es del resorte de esta Corte juzgar 'la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes' (Fallos: 210:1095) y 'la excedencia de las atribuciones' en la que éstos puedan incurrir (Fallos: 254:43)". En síntesis, se indicó entonces que "[e]l quebrantamiento de algunos de los mentados requisitos o el desborde de los límites de la atribución, harían que la potestad ejercida no fuese, entonces, la de la Constitución y allí es donde la cuestión deja de ser inmune a la revisión judicial por parte del Tribunal encargado -por mandato de aquélla- de preservar la supremacía de la Ley Fundamental"[\(15\)](#).

III. La sentencia

Parafraseando a GELLI nos cuestionamos:

¿Cuáles son los valores que prevalecen en el cuestionamiento del procedimiento preconstituyente y reformador y, eventualmente, los contenidos de ambos? [\(16\)](#) La pregunta no es menor. La respuesta es, como adelantamos, delicada y sensible, se puede encontrar, en gran medida, en la sentencia en comentario y el resto en lo que ella no dice, en la realidad, pero ya no de la palabra escrita [\(17\)](#).

Ése es nuestro punto de partida.

III.1. Las cuestiones discutidas

El 6 de marzo de 2009, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, analizó el alcance de las leyes locales que habían declarado la necesidad de la reforma del texto constitucional, ante la acción impetrada por el Fiscal General, contra tres artículos del nuevo texto y una de sus cláusulas transitorias.

Cabe tener presente, que el artículo 10 de la Ley 5692 [\(18\)](#) claramente establecía que serían "nulas de nulidad absoluta todas las reformas, derogaciones y agregados que se realizaren, apartándose de las disposiciones de la

presente Ley"⁽¹⁹⁾.

La solución legal era evidentemente clara y se apoyaba en lo dispuesto en la propia Constitución provincial que, con anterioridad a la reforma, disponía en su art. 178 (actual art. 238) que: "Para la reforma parcial, aparte de la declaración, la Legislatura determinará los artículos, capítulos, partes e institutos de la Constitución que se someterán para su reforma a la Convención la que debe limitarse a estos puntos en su cometido. Determinará, además, en todos los casos: a) Fecha y modo como debe constituirse la Convención y el quórum necesario. b) Plazo dentro del cual debe dar término a su cometido. c) Partidas asignadas para su desenvolvimiento, así como el local donde funcionará. d) Las incompatibilidades con el cargo de convencional" (el destacado es propio).

Según lo describe el voto del Dr. Rubín, al que luego se adhirió la mayoría ⁽²⁰⁾ la acción impetrada por el Fiscal General del Poder Judicial provincial contra el Estado provincial, era una acción directa de nulidad parcial de la reforma constitucional de 2007, de los artículos 182 ⁽²¹⁾ 183 ⁽²²⁾, 197 ⁽²³⁾ y la cláusula transitoria décima ⁽²⁴⁾ por cuanto "desdoblamiento y adiciones del texto del artículo 142 (actuales arts. 182 y 183) se 'privó al Ministerio Público de parte de su autonomía funcional', mediante la creación de las figuras de Defensor General y Asesor General".

Tal como lo describe en el citado voto mayoritario, la problemática puede dividirse en dos partes: (a) cuestiones procesales y de admisibilidad de la vía, y (b) la cuestión de fondo.

III.2. Los aspectos procesales

Desde el punto de vista procesal, el caso es interesante por la conceptualización de la acción como una causa contencioso administrativa, en los términos del Código Contencioso Administrativo, aprobado por Ley 4106. Aún cuando esta norma no prescribe nada al respecto sobre este tipo de procesos, ya no contra el Poder Ejecutivo provincial, sino contra la Provincia como sujeto de derecho público.

A todo evento, entendemos que el Código citado, en su art. 115, hubiera generado una respuesta posible al dilema procesal, al establecer que "Si una cuestión contencioso administrativa no pueda resolverse por la letra o el espíritu de las leyes provinciales, se recurrirá a las leyes análogas de la Provincia, y si aun no pudiere resolverse se atenderá a los principios que instruyen su orden jurídico. Sólo si el asunto siguiera sin encontrar solución, se recurrirá a las leyes análogas del derecho nacional y a los principios en que se funda. La costumbre podrá ser invocada como fuente de derecho administrativo cuando se conforme con los principios generales del derecho y cuando por su generalidad y necesidad se juzgare jurídica la aplicación de la norma consuetudinaria invocada".

Nótese, pues, que la sentencia, en el voto mayoritario, establece una analogía, en el caso, con la acción de declarativa de certeza regulada en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el amparo, del Decreto Ley 16.986/66 (Adla, XXVI-C, 1491). Pero, no menciona el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial Provincial, el que, con redacción similar a su par nacional, hubiera solucionado el supuesto vacío procesal.

Tampoco compartimos el encuadre procesal de la causa como contencioso administrativa, por tratarse de un típico proceso constitucional, en el cual, el Superior Tribunal provincial, resultaba competente en forma originaria (arg. actuales art. 187, incs. 1) y 2) de la Constitución provincial).

Ése ha sido el criterio sentado en fecha reciente por justicia tucumana, al resolverse que "[e]n virtud de la supremacía de la constitución, la procesalización de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad excede al nivel legislativo. La regulación de los códigos procesales se integra con la jurisprudencia en una relación distinta y especial. Entre esas dos fuentes se arbitra la fórmula del debido proceso constitucional dentro de la paradojal articulación del Estado de Derecho, en la que el Poder Legislativo reglamenta las vías procesales para que sus propias leyes sean sometidas al control constitucional del Poder Judicial. La tensión y ambigüedad inherente a este arbitraje explica que resulte siempre discutible -por exceso o por defecto- y oscile constantemente de acuerdo a los movimientos pendulares de la historia. Además, la peculiaridad de recaer sobre una materia procesal constitucional que es compartida por las distintas jurisdicciones en la organización jurídica argentina, explica a su turno que este arbitraje fluctúe -de modo constante- entre las variantes institucionales de cada provincia y la articulación básica del orden federal"⁽²⁵⁾.

Por ende, entendemos que el Superior Tribunal debió haber evaluado en el caso: (i) exposición de los hechos efectuada en la demanda; (ii) origen de la acción, y (iii) relación de derecho existente entre las partes ⁽²⁶⁾.

La legitimación especial del Fiscal General, el modo en cómo quedó trabada la litis y el objeto de la pretensión, lejos se encontraban de tratarse de una demanda contencioso administrativa típica.

No puede perderse de vista que, cuando lo que se discute es la validez de las reformas llevadas adelante por una Convención Constituyente, en sentido estricto, lo que decide el Tribunal en el caso concreto, no es la inconstitucionalidad de las nuevas normas, sino su nulidad. Es contradictorio declarar la inconstitucionalidad de la propia Constitución.

III. 3. Sobre el fondo

La sentencia en comentario, además de lo atinente a las barreras procesales mencionadas, es interesante

desde el aspecto de fondo, por cuanto analiza los alcances de la revisión judicial del proceso constituyente, ante una previsión constitucional que vedaba la extralimitación de la actuación de la Convención frente a la ley declarativa de reforma y que, no casualmente, había determinado la nulidad absoluta de las normas que fueran aprobadas en tales supuestos.

Compartimos el hecho de que la Convención Constituyente que sancionó el nuevo texto constitucional provincial en 2007, se extralimitó en sus funciones al incluir en los arts. 182, 197 y la disposición transitoria décima, entre los nuevos órganos creados al Defensor General y al Asesor General, porque no fueron enunciados en las Leyes 5692 y 5765 y las competencias asignadas afectan a las propias del Fiscal General.

También nos parece correcto el rechazo del planteo frente al nuevo art. 183, debido a que "[l]os motivos del pedido de su nulidad se basan exclusivamente en la 'oportunidad o conveniencia' de un sistema u otro, puesto que la 'independencia funcional del Ministerio público' ha sido creada por el decreto ley 21 y no por la Constitución, sin haberse determinado de qué manera la modificación afectaría al Poder Judicial 'en su conjunto', máxime que el Ministerio público 'forma parte del Poder Judicial' cuya cabeza es el Superior Tribunal de Justicia, como lo establece el art. 1º del decreto ley 21".

Un análisis más profundo de, al menos, el voto del Dr. Rubín, nos deja algunas otras preguntas: ¿Por qué se aluden a facultades discrecionales y poderes implícitos para analizar las facultades de la Convención Constituyente? ¿Por qué se recurre a la Ley de Procedimiento Administrativo provincial (Ley 3460) para analizar el modo de asignación de la competencia de la Convención Constituyente?

Tales referencias eran innecesarias, porque la propia Constitución provincial, en el actual art. 238 nos responde las posibles dudas sobre la norma atributiva de la competencia y sus límites. La ley declarativa de la reforma, era suficientemente precisa sobre las consecuencias del exceso en el ejercicio del poder constituyente derivado.

En su voto, el Dr. Rubín indica, con cita de Gorostiaga, que "las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre que descansa la Constitución. Y que es así, "porque de otra manera carecería de sentido establecer el dictado de la ley que prescribe la necesidad de la reforma; la doctrina de Hans Kelsen, en su armaje constitucional, fijaba el concepto de Constitución en sentido formal, considerando como tal el documento denominado constitución que, como constitución escrita, 'no solo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino solo bajo condiciones más difíciles, mediante un procedimiento especial' (KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, México, 1995, pág. 233). Por eso el poder constituyente derivado debe ejercerse por el procedimiento previsto y sujeto a la Constitución que se va a reformar, pues no se trata de la constitución fundacional que da inicio jurídico al Estado, sino una expresión posterior del sentido dinámico de la constitución".

El sentido dinámico de la Constitución provincial permitía arribar al mismo resultado sin necesidad de acudir a las teorías administrativas sobre la competencia y la ley de procedimiento administrativo local, ajenas al proceso y sanción de la reforma comentada.

Esto así, porque "[l]as normas constituyentes determinan las condiciones para la validez de las normas subordinadas y, en consecuencia, regulan tanto su sanción como su reforma [...] las normas de la Constitución que regulan el procedimiento especial para la reforma de la Constitución, son al mismo tiempo normas que establecen una autoridad constituyente distinta de la legislativa"(27). En el caso, los arts. 2º, 3º y 10 de la Ley 5692, limitaban la función constituyente, conforme lo dispuesto en los arts. 177 y 178 de la vieja Constitución, actuales arts. 237 y 238.

III. 4. Los efectos de la sentencia

Cuadra, más no sea mínimamente, hacer alusión a los efectos de la sentencia frente al texto constitucional.

Kelsen ha indicado que una norma jurídica no es jamás nula, "solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sea abolidos [...] la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues antes de la pretendida 'declaración de nulidad' la norma existía, era válida"(28).

Tomando como base el artículo 10 de la ley declarativa de la reforma provincial, los efectos de los artículos declarados nulos por el Superior Tribunal de Corrientes, en la nueva Constitución reformada, son erga omnes, aunque la sentencia así no lo diga expresamente. Ello, porque en los términos de las Leyes 5692 (art. 10) y 5765 (art. 4º), la reforma fue nula en los puntos resueltos y así declarados por el Superior Tribunal, privando de validez y eficacia los arts. 182, 197 y la disposición transitoria décima.

IV. Conclusión

Consideramos que la decisión es ajustada a derecho y sigue los lineamientos del Máximo Tribunal federal en la materia, aunque no compartamos en su totalidad los argumentos dados por el Superior Tribunal provincial.

Pretender incluir en la reforma constitucional "un tema que no estuviera previsto en la ley de declaración de necesidad de la misma, sería tanto como pedir un cheque en blanco al pueblo, cuando éste elige a los convencionales constituyentes"⁽²⁹⁾.

La democracia constitucional, no puede constituir una carta en blanco a ninguno de los poderes del Estado, cualquiera sea la autoridad legítima que se invoque.

Lo contrario nos llevaría al absolutismo de la supuesta voluntad popular, como forma de gobierno, ya no republicana, sino despótica. La que encontrándose "fuera de los cauces constitucionales y legales, resulta tan despótica y tiránica como el arbitrio sin vallas de un dictador. El gobierno de origen más popular puede convertirse en el peor de los despotismos si sus poderes superan el marco fijado por la Constitución. La garantía de la libertad humana impone la restricción del poder gubernamental. Semejante limitación es perseguida a través de la división y la distribución de las funciones del gobierno en órganos distintos, que actúan controlándose recíprocamente [...] dentro de las competencias delimitadas por la Constitución, con la finalidad de evitar el desborde del poder y por ende garantizar la libertad de los ciudadanos. Ahora bien, dentro del conjunto de limitaciones y controles que presupone la democracia constitucional, destaca como pieza maestra del sistema la función de permanente vigilancia, fiscalización y crítica que incumbe a la oposición con respecto al gobierno"⁽³⁰⁾. A lo que agregamos el control del Poder Judicial sobre los otros poderes, incluido el Poder Constituyente derivado.

Las violaciones a los derechos políticos y civiles no son patrimonio únicamente de los gobiernos usurpadores ⁽³¹⁾. Al decir de Kodelia, "[l]as instituciones son ideas necesarias en un sistema democrático pero son hombres los que las integran, y de nosotros es mejor desconfiar, más si asumimos el manejo de intereses que son de todos"⁽³²⁾.

La Argentina, como otros tantos países latinoamericanos, ha dado pruebas acabadas durante el transcurso de la historia de mala praxis en la materia. Es bueno, entonces, que los excesos, sobre todo en una materia tan delicada para el Estado de Derecho, como lo es la reforma constitucional, sea controlada por los máximos tribunales de provincia y, eventualmente, por la Corte Suprema, como último guardián de la forma republicana, representativa y federal de gobierno.

La voluntad general, "para ser verdaderamente tal, debe serlo su objeto tanto como en su esencia"⁽³³⁾.

Es la esencia de la reforma constitucional provincial, su origen, alcance y contenido lo que el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes ha privilegiado en el fallo en comentario.

El caso así resuelto ha priorizado la institucionalidad provincial como rasgo "esencial de una sociedad bien ordenada", como concepción pública de la justicia y que "establece una base compartida que permite a los ciudadanos justificar mutuamente sus juicios políticos"⁽³⁴⁾ en un mismo texto, continente y contenido del Estado de Derecho: La Constitución.

(1) Buenos Aires, Paidós, 2004, p. 52.

(2) Para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la norma fundamental es "Estatuto Organizativo," como categoría incluida en la reforma de 1994, en el nuevo artículo 129 de la Constitución nacional y en su cláusula transitoria décimo quinta.

(3) GARCÍA BELSUNCE destaca que "Si la facultad de legislar es privativa del Congreso y sin duda alguna es revisable a mérito del control de constitucionalidad, qué diferencia hay entre esa facultad y otras que corresponden al mismo Poder Legislativo o al Ejecutivo y aún al constituyente, cuando en todos los casos esas facultades están enmarcadas en preceptos jurídicos superiores cuya primacía debe preservarse tanto como en los casos de la legislación común. Si el art. 30 requiere que la reforma de la Constitución se efectúe de acuerdo a competencias y reglas fijadas por la declaración del Congreso que autoriza la reforma, con qué razón legítima puede excluirse del control judicial de constitucionalidad un acto de la convención constituyente que se aparte de los principios que están expresa o explícitamente incluidos en los recaudos previstos por el citado art. 30. Si hay un derecho concreto y subjetivo que resulta afectado por una norma constitucional producto de una reforma que el afectado considera que viola uno de los requisitos constitucionales que hacen a la validez de la reforma, ¿por qué negar el control de constitucionalidad en el caso, cuando éste tendrá por único y exclusivo objeto el restablecer la supremacía de la Constitución?" (GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., La inconstitucionalidad o nulidad de una Reforma Constitucional. Implicancias de su declaración, Academia Nacional de Derecho 2000, 175.)

(4) HELLER, Hermann, Teoría del estado, 6ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 298.

(5) MIDÓN, Mario A., Los límites del Poder Constituyente. A propósito del caso "Fayt", LL, 2000-C, 540.

(6) GELLI, María Angélica, Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático (El caso Polino en análisis), LL, 1994-C, 291.

(7) Ver IBARLUCÍA, Emilio A., Control judicial de la validez de una cláusula constitucional, LL, 1998-D, 571 y sus citas; como las aquí efectuadas.

(8) FERREYRA, Raúl G., Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina, JA, 2007-IV-1506.

(9) VANOSSI, Jorge Reinaldo, La actuación y la obra de Hans Kelsen en el Derecho Constitucional, Academia Nacional de Derecho 2001, 73.

(10) Fallos, 256:556; "Soria de Guerrero, Juana A. vs. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A". (Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY, 2005, p. 39).

(11) BADENI, Gregorio, Control de constitucionalidad de la reforma constitucional: Razonabilidad y excesos, LL, 2008-B, 227.

(12) Fallos, 316:2743, la ley, 1994-c, 47.

(13) BADENI, ob. cit.

(14) Fallos, 322:1616, LA LEY, 2000-C, 543.

(15) Considerando 5°.

(16) GELLI, M. A., Los límites..., cit.

(17) Al respecto, ver: GORDILLO, Agustín, Introducción al derecho, Buenos Aires, FDA, 2000, cap. V, disponible gratuitamente en: <http://www.gordill.com>.

(18) Sancionada el 12-IV-06.

(19) Luego el texto fue modificado por el artículo 4° de la Ley 5765 (sancionada el 22-XI-06), el que quedó redactado del siguiente modo "La Convención Constituyente se expedirá dentro de los noventa (90) días corridos y perentorios a contar desde el día de su constitución, sin apartarse de las disposiciones constitucionales que se someten a revisión por los artículos 2° y 3° de la presente Ley y conforme a lo prescripto por el artículo 178 de la Constitución Provincial, siendo nula de nulidad absoluta todas las reformas, derogaciones y agregados que se realizaren, apartándose de las disposiciones de la presente Ley".

(20) Las disidencias de los Dres. Semhan y Niz. son igualmente valiosas, aunque contrarias al voto mayoritario de los Dres. Rubín, Codello y Farizano (concurrente).

(21) Nuevo artículo 182: "Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Los demás jueces y funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna vinculante por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y designados por éste con acuerdo del Senado. En todos los casos, el Senado escuchará en audiencia pública las impugnaciones de los ciudadanos sobre la persona del propuesto, otorgando a éste la oportunidad de responderlas".

(22) Nuevo artículo 183: "En el caso de vacantes o licencias prolongadas, el Superior Tribunal de Justicia puede designar temporalmente, previo sorteo público, jueces y funcionarios del Ministerio Público sustitutos. El sorteo se realizará, en orden preferente, entre quienes hayan concursado y aprobado los exámenes para el fuero y circunscripción de que se trate, luego entre los jueces y funcionarios judiciales jubilados y, por último, entre abogados con más de quince (15) años en el ejercicio de la profesión.

La nómina de jueces y funcionarios del Ministerio Público sustitutos, en el orden señalado, es confeccionada anualmente por el Superior Tribunal de Justicia y remitida al Senado para su aprobación".

(23) Nuevo artículo 197: "Un Jurado de Enjuiciamiento, regulado por ley especial, tiene a su cargo el juicio político a todos los jueces e integrantes del Ministerio Público, con excepción de los miembros del Superior Tribunal de Justicia, del Fiscal General, del Defensor General y del Asesor General, cuando se les impute la comisión de delito o mal desempeño en el ejercicio de sus funciones".

(24) Cláusula Transitoria Décima: "En caso que el Defensor General y el Asesor General fueren designados con anterioridad a la modificación de la Ley del Ministerio Público, sus respectivas competencias serán las que el ordenamiento jurídico actual le asigna al Fiscal General en lo relativo a las funciones propias de los nuevos cargos".

(25) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Tucumán, sala II, "Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán", 5-II-08; LLONA, 2008-85 - LA LEY 13/02/2008, 6, con nota de Jorge A. Amaya, Marcela I. Basterra, Andrés Gil Domínguez; LA LEY 2008-A, 522, con nota de Jorge A. Amaya, Marcela I. Basterra, Andrés Gil Domínguez; LA LEY 10/03/2008, 8, con nota de Gregorio Badeni; LA LEY 2008-B, 230, con nota de Gregorio Badeni; LA LEY 2008-B, 387, con nota de María Angélica Gelli; LLNOA 2008-115, con nota de Félix A. Montilla Zavalía; Catalano, Mariana; Viola, Martín S.; Tenreiro de Nogués, Pamela; LA LEY 2008-C, 131, con nota de Orlando D. Pulvirenti; LA LEY 2008-C, 429, con nota de Carmen Fontán; LLNOA 2008 (mayo), 350, con nota de Leonardo Violetto.

- (26) Fallos, 311:1791 y 2065; 322:617, entre otros.
- (27) ROSS, Alf, Sobre el derecho y la justicia, 5ª ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1994, pp. 78-79.
- (28) KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, pp. 158-159.
- (29) EKMEKDJIAN, Miguel Angel, El control de constitucionalidad de la reforma constitucional, LL, 1999-F, 127.
- (30) LINARES QUINTANA, SEGUNDO, El incumplimiento de la ley y la revolución empírica, Academia Nacional de Derecho 2008 (febrero), 9.
- (31) Preferimos el término "gobierno usurpador" que "gobierno de facto", por el vicio originario, no purgable, de acceso al poder, por haberse quebrantado las vías institucionales de la Constitución. Por ende, la ilegalidad originaria no puede subsanarse con la supuesta legitimidad obtenida por otro medio que no sea el sufragio electoral (v. DIANA, Nicolás, Las fuerzas de las palabras (o las palabras de la fuerza), en Res Publica Argentina, Rap Ediciones, 2007-1, p. 93 y ss.)
- (32) KODELIA, Gonzalo S., La Corte Suprema como poder político y el control de constitucionalidad por su oficio, SJA 7/9/2005; JA, 2005-III-450.
- (33) ROUSSEAU, Jean-Jacques, El contrato social, Barcelona, Altaya, 1996, p. 31.
- (34) ROSS, A., ob. cit., p. 52.