

## TÍTULO PRIMERO

### Reforma Constitucional

#### Artículo 6o

**La necesidad de reforma total o parcial de esta Constitución debe ser declarada por ley aprobada por mayoría de dos tercios del total de los miembros de la Legislatura. Esta ley no puede ser vetada por el Poder Ejecutivo. La reforma sólo puede realizarse por una Convención Constituyente convocada al efecto.**

**La ley que declara la necesidad indica en forma expresa y taxativa los artículos a ser reformados, el plazo de duración de la Convención Constituyente y la fecha de elección de los constituyentes.**

## EL PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR Y EL ARTÍCULO 6O DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CABA

Por Cecilia María de la Torre

La Convención de 1996 insertó al comienzo del Libro Segundo de la Constitución un título referido exclusivamente a la reforma constitucional. Allí, en un único artículo, se reguló el ejercicio del llamado poder constituyente derivado. El tratamiento que se dio a este importante tema durante los debates en la Convención fue más bien escueto. En efecto, el capítulo correspondiente a la reforma constitucional fue discutido y aprobado durante una sola sesión, el 26 de septiembre de 1996. Un repaso del Diario de Sesiones muestra que las únicas referencias que se hicieron en esa sesión sobre el tema fueron las siguientes:

1. Luego de leídos los dictámenes de la comisiones de Redacción y Normas de Gobernabilidad para la Transición, y de Poder Legislativo y Poder Constituyente, la convencional Clorinda Yelicic informó que en el tema del poder constituyente el dictamen de mayoría se había guiado por constitucionalistas como Sánchez Viamonte y Sagüés, así como por las doctrinas de Alberdi. Yelicic resaltó que para todas esas doctrinas, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos era fundamental. Y destacó que “estos principios básicos se han incorporado al dictamen

- en mayoría, ya que una reforma a la Constitución que vamos a sancionar solamente podrá realizarse por una Convención Constituyente convocada a estos efectos”.<sup>1</sup>
2. A su vez, durante la exposición de uno de los dictámenes de minoría, el convencional Raúl Garré propuso la introducción del mecanismo de enmiendas. La propuesta consistía en poder efectuar modificaciones a la Constitución directamente a través de la propia Legislatura. Esas modificaciones podrían, eventualmente, quedar sujetas a ratificación posterior por vía de referéndum. La justificación de esta propuesta era la de “dotar de una mayor agilidad al proceso de reforma, posibilitando que ellas se puedan efectivizar sin necesidad de convocar a una Convención”.<sup>2</sup> Y esa agilidad se entendía necesaria debido a que la Constitución debía ser “una estructura esencialmente dinámica, viva y no muerta; es decir, producida por elementos en mutación y, por consiguiente, variable en sí misma”.<sup>3</sup>
  3. La propuesta de Garré fue rechazada por Eduardo Jozami, quien afirmó que, sin perjuicio de que era una cuestión opinable, había buenas razones que fundamentaban el Despacho de Mayoría que, en lugar de optar por la flexibilización, exigía “el debate profundo que supone la posibilidad de una elección especial para convocar a una Convención Constituyente”.<sup>4</sup>
  4. Finalmente, el convencional Alfredo Carella, luego de recordar “la clásica distinción entre constituciones rígidas y flexibles” y la diferenciación que existe entre poder constituyente y poderes constituidos,<sup>5</sup> defendió la propuesta de impedir que el

---

1. *Diario de Sesiones. Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2016, T. 3, p. 34.

2. *Ibidem*, p. 130. Esta propuesta también fue apoyada por el convencional Enrique Rodríguez (ver p. 138).

3. *Ibidem*, p. 131.

4. *Ibidem*, p. 133.

5. “[L]a diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos reside en el establecimiento de un procedimiento especial más dificultoso y más solemne para la creación y reforma de la Constitución, distinto del empleado para la creación y reforma de las restantes normas. En impedir que los órganos que ejerce [sic] el poder constituido puedan mediante procedimiento ordinario ejercer el poder constituyente, consiste en definitiva la rigidez constitucional” (*Ibidem*, pp. 145 y 146).

Ejecutivo pudiera vetar la ley que declara la necesidad de una reforma: “sería un exceso ante una mayoría calificada de los dos tercios, que para esta cuestión el Ejecutivo tuviera el privilegio cuasi monárquico de oponerse empleando el mencionado instrumento descalificatorio”.<sup>6</sup>

No hubo más referencias concretas sobre la cuestión. Finalizada la exposición del convencional Carella, luego de una serie de mociones de orden, la Convención votó y aprobó la redacción del artículo 60 de la Constitución.<sup>7</sup>

A fin de poder analizar en profundidad el contenido de este importante artículo de la Constitución, nos parece necesario reconstruir el marco teórico dentro del cual corresponde analizar la facultad de reforma constitucional. Para ello, en los puntos que siguen trataremos algunas cuestiones centrales relacionadas con el poder constituyente en general, su naturaleza y límites, intentando, en cada caso que sea posible, comparar el artículo 60 de la Constitución de la CABA con el artículo 30 de la Constitución Nacional (CN). Finalmente, analizaremos la espinosa cuestión del control judicial de las reformas constitucionales.

Para reconstruir el marco teórico señalado, a lo largo de este comentario intentaremos contestar los siguientes interrogantes: (i) ¿Qué es el poder constituyente?; (ii) ¿Cuál es el origen del concepto?; (iii) ¿Qué tipos de poder constituyente existen?; (iv) ¿Qué es el poder preconstituyente y cuáles son las etapas del mecanismo de reforma de la Constitución?; y (v) ¿Qué límites tiene el poder constituyente y, en su caso, a quién corresponde hacerlos efectivos?

## EL PODER CONSTITUYENTE. CONCEPTO, ORIGEN Y TIPOS

### Concepto

El poder constituyente es la facultad, potencia o energía inherente a toda comunidad política soberana para constituir y organizar su

---

6. *Ibíd.*, p. 146.

7. *Ibíd.*, p. 148.

ordenamiento jurídico-político fundamental mediante la sanción o reforma de una Constitución.<sup>8</sup>

En el Estado constitucional, el titular del poder constituyente es el pueblo en su carácter de comunidad política soberana.<sup>9</sup> Esa titularidad es más compleja en los regímenes federales: Alberdi explicaba que

... todo el poder emana del pueblo. La soberanía le pertenece originariamente. Pero el pueblo delega su ejercicio en autoridades que son su representación, y que forman, por lo tanto, lo que se llama el *gobierno representativo*. En un sistema mixto de central y provincial, el pueblo divide en dos partes el ejercicio de su soberanía: ejerce una de ellas solidariamente con las demás provincias, [...] y desempeña la otra aislada y separadamente por medio de autoridades locales...<sup>10</sup>

Vanossi destaca que en el preámbulo de las constituciones:

... está contenida la más clara definición sobre el sujeto o titularidad del poder constituyente. En el caso de la Constitución argentina, surge nítidamente del comienzo y parte final del preámbulo, cuando dice: “Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina (...) ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para a Nación Argentina”.<sup>11</sup>

Del mismo modo, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del Preámbulo de la Constitución surge la titularidad del poder constituyente local cuando se refiere a “[l]os representantes del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires...”. Esto implica, tal como sostiene Vanossi, una categórica afirmación de titularidad democrática y no autocrática del poder constituyente, imprescindible para la interpretación del mecanismo de reforma constitucional.<sup>12</sup>

8. Cfr., entre otros, Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 3° ed., 2003, T. 1, p. 115.

9. Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Teoría empírica de las instituciones políticas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, T. II, p. 454.

10. Alberdi, Juan Bautista, “Elementos del Derecho Público Provincial Argentino”, *Organización de la Confederación Argentina*, Madrid, Casa Editora Pedro García y Cía., 1913, T. I, p. 343. Énfasis en el original.

11. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional. Teoría constituyente. Poder constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*, Buenos Aires, Depalma, 2° ed., 2000, T. I, p. 284 (destacado en el original).

12. Ídem.

En definitiva, dadas las características del régimen federal, en el que coexisten dos órdenes jurídicos superpuestos (el federal y el provincial), en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el poder constituyente corresponde a la parte del pueblo que habita el territorio local.<sup>13</sup>

## Origen

La doctrina suele señalar a Emmanuel Joseph Sieyès, religioso, escritor y político francés nacido en Fréjus, Provenza en 1748, como el autor que dio origen a este concepto. En su obra más conocida, *¿Qué es el tercer Estado?*, Sieyès señalaba que

La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural. Si queremos una idea justa de la serie de leyes positivas que no pueden emanar sino de su voluntad, vemos, en primer término, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; las otras determinan la organización y las funciones de los restantes poderes. Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los poderes u órganos que existen y actúan por ellas no puedan tocarlas. *En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente.* Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales.<sup>14</sup>

Si bien es cierto que es en la obra de Sieyès donde el concepto es definido por primera vez desde el punto de vista teórico, no puede desconocerse que, en realidad, es en los Estados Unidos donde se separa por primera vez el poder constituyente del resto de los poderes de gobierno, incluido el Poder Legislativo.<sup>15</sup> Y esa novedad estuvo lejos de ser la primera que aportó la Revolución Norteamericana. Antes de 1787 no había país en el mundo regido por una Constitución escrita que limitara el accionar de los poderes de gobierno. Tampoco existía una

---

13. Sánchez Viamonte, Carlos, *Derecho Constitucional. Poder Constituyente*, Buenos Aires, Kapelusz, 1945, T. I, p. 382.

14. Sieyès, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, París, Éditions du Boucher, 2002, p. 53 (el destacado es nuestro).

15. Cfr. Linares Quintana, *op. cit.*, p. 456.

Constitución hecha por y para el pueblo. Aquí nace un nuevo Derecho Constitucional, de características completamente originales.<sup>16</sup>

La convención de Filadelfia de 1787 puede considerarse entonces como la consagración institucional del poder constituyente. Allí se sancionó una Constitución a la que se le imprime el carácter de permanente y que da estabilidad y límites a las instituciones de gobierno.<sup>17</sup> Los autores de la Constitución estadounidense previeron poder hacerle enmiendas, pero no contemplaron la posibilidad de hacer una revisión total, uno de los pocos puntos en los que nuestro sistema se apartó del ejemplo estadounidense, tanto a nivel nacional (artículo 30, CN) como local (artículo 60, Constitución CABA).

## Tipos

El poder constituyente se clasifica, tradicionalmente, en originario y derivado. El poder constituyente es originario cuando se refiere a la etapa fundacional del ordenamiento jurídico-político, para darle nacimiento y estructura y fijar los límites del ejercicio del poder.<sup>18</sup> Implica la capacidad de dictar la Constitución del Estado recién constituido o, en forma revolucionaria en un Estado ya existente, cambiar la estructura jurídico-política en vigencia sin respetar la lógica de los antecedentes.<sup>19</sup> El poder constituyente derivado o de reforma, en cambio, es la atribución de reformar total o parcialmente ese ordenamiento cuando sea necesario. Es el poder que se ejerce para reformar la constitución jurídica de un Estado. Este poder se ejerce en función de una habilitación constitucional expresa.<sup>20</sup>

---

16. Jiménez Asensio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2° ed., 2003, pp. 47 y 48.

17. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 109.

18. Cfr. Sabsay, Daniel Alberto, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 35.

19. Según Spota, toda vez que una fuerza o facción logre, a expensas de las instituciones, de los procesos y de los procedimientos jurídicos, imponer un nuevo orden jurídico-político de base que sustituya en todo o en parte al depuesto, se habrá ejercido el poder constituyente originario (Spota, Alberto Antonio, *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pp. 7-40).

20. Cfr. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, T. I, pp. 141 y 142.

La doctrina, a su vez, distingue entre lo que se denomina como poder constituyente de primer grado (correspondiente al Estado federal), de segundo grado (correspondiente a las provincias), de tercer grado (correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y de cuarto grado (correspondiente a los municipios). La distinción entre poder constituyente originario y derivado se aplica también a los distintos grados.<sup>21</sup>

La existencia de un mecanismo especial para la reforma de la Constitución marca la distinción entre constituciones flexibles, modificables o elásticas, por un lado, y rígidas, estacionarias o no elásticas, por el otro.<sup>22</sup> El caso emblemático de una Constitución flexible es el de Gran Bretaña: el Parlamento británico puede modificar o dictar leyes constitucionales por el mismo mecanismo que aprueba una ley. No hay, entonces, distinción entre poder constituyente y poder legislativo ordinario. Así, el Parlamento británico parece ser una convención constituyente en sesión permanente. Por el contrario, al igual que ocurre con la CN, la de nuestra Ciudad es un caso típico de constitución rígida. Tal como surge del artículo 60 que estamos comentando, la Constitución no puede modificarse por el mismo trámite por el que se sancionan las leyes ordinarias. Sólo puede modificarse por un mecanismo complejo, con mayorías especiales, que involucra además de la Legislatura, a una Convención Constituyente. Así, la Constitución es más difícil de reformar que una ley común. La Legislatura, entonces, es titular y solamente ejerce el poder legislativo. No tiene ni puede ejercer el poder constituyente.

## LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

### La Legislatura como poder preconstituyente

De acuerdo con el mecanismo de reforma establecido en el artículo 60 de la Constitución de la CABA, la Legislatura es quien debe declarar la necesidad de la reforma parcial o total de la Constitución. No se tra-

---

21. Hernández (h), Antonio María, *El caso "Fayt"*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 25 y 26.

22. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Ciudad de México, UNAM, 2° ed., 1995, p. 307.

ta del ejercicio de una facultad legislativa típica, sino de una facultad especial que algunos autores han denominado “preconstituyente”. Si bien la cuestión se encuentra debatida a nivel doctrinario,<sup>23</sup> no cabe duda de que el ejercicio de la facultad de poner en marcha el mecanismo de reforma constitucional no es el ejercicio de una facultad legislativa común, sino una especial por parte de la Legislatura a nivel local (y del Congreso a nivel nacional). Esa decisión resulta indispensable para habilitar una reforma constitucional.

Contrariamente a lo que ocurre con la CN, cuyo artículo 30 no aclara de qué forma es que el Congreso debe expresar su decisión de poner en marcha el mecanismo de reforma constitucional, el artículo 60 de la Constitución de la CABA aclara que la decisión de la Legislatura se expresa por ley y que esa ley no puede ser vetada.<sup>24</sup> Si bien podría resultar criticable esta solución del constituyente local, lo cierto es que esa supuesta dificultad queda salvada al aclarar que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las leyes, el Poder Ejecutivo no puede ejercer su derecho de veto en este caso.

La decisión del constituyente local fue correcta. Resulta evidente que la atribución que ejercen tanto la Legislatura como el Congreso en el marco de un proceso de reforma constitucional no es de carácter legislativo. Por ende, no puede ser objeto de un veto por parte del Presidente. Así lo entendió, ya en 1798, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Hollingsworth v. Virginia*”.<sup>25</sup> La solución adoptada por los convencionales porteños en 1996 evita la posibilidad de futuras discusiones innecesarias al imponer un límite al poder de veto en este caso.

Finalmente, cabe destacar una nueva diferencia: el artículo 30 de la CN no aclara cómo se cuenta la mayoría de “dos terceras partes” que corresponde aplicar.<sup>26</sup> Por el contrario, el artículo 60 de la Constitución

---

23. Para una explicación de la teoría y sus críticas, ver: Miqueo Ferrero, Ernesto J., *La reforma constitucional (Artículo 30 CN)*, Buenos Aires, El Coloquio, 1970, pp. 21-26.

24. Sobre la discusión a nivel nacional, ver, entre otros: Badeni, Gregorio, *op. cit.*, pp. 149-153.

25. En su voto, el Justice Chase explicó que “the case of amendments is evidently a substantive act, unconnected with the ordinary business of legislation, and not within the policy, or terms, of investing the President with a qualified negative on the acts and resolutions of Congress” (3 U.S. (3 Dall.) 378, p. 381 [1798]).

26. Al respecto, ver: “Estudio sobre el alcance del artículo 30 de la Constitución Nacional. Declaración acerca del plebiscito consultivo sobre la reforma constitucio-



de la CABA no deja lugar a dudas al fijar la mayoría especial para que la Legislatura pueda aprobar la ley que declara la necesidad de la reforma. Esa ley debe ser aprobada por mayoría de dos tercios del total de sus miembros. Nuevamente, los convencionales de 1996 fueron previosores y apelaron a una depurada técnica constitucional que, en caso de reforma de la Constitución, evitará las discusiones que existen al respecto en el ámbito nacional.

En cuanto a las etapas del proceso de reforma constitucional, si bien el artículo 60 de la Constitución de la CABA no hace referencia concreta a esas etapas lo cierto es que, al igual que ocurre con el mecanismo de reforma a nivel nacional, podríamos dividir el proceso en tres: (a) iniciativa o declaración, que corresponden a la Legislatura a nivel local y al Congreso a nivel federal; (b) revisión, discusión y aprobación, donde se produce la reforma propiamente dicha, etapa en la que interviene la Convención Constituyente, tal como prevén ambos ordenamientos constitucionales; y (c) ratificatoria o de eficacia, que obviamente no está prevista en el texto de la Constitución.

Sobre este último punto, vale la pena recordar la polémica que sostuvieron Bartolomé Mitre y Juan Francisco Seguí durante los debates relacionados con la reforma constitucional de 1860. Mitre sostenía que

Una cosa es la Constitución escrita y otra la Constitución en práctica. Una cosa es el libro, y otra cosa es el libro convertido en hecho. Nosotros no vamos a juzgar del mérito de un libro, sino de la bondad de ese libro comprobado por la práctica, que es en este caso la piedra de toque de los artículos que exigen reforma, para prevenir la repetición de nuevos abusos. Si la práctica coincide con la teoría y esta es buena, la reforma es inútil. Pero si la práctica no corresponde a la bondad aparente de la teoría, entonces es indispensable armonizar una y otra, y esto sólo puede obtenerse por medio de la reforma.

Seguí rechazó la postura de Mitre en estos términos:

Tales son las proposiciones que con el aire de axiomas sienta el Sr. Mitre, y que sin embargo son completamente falsas en el orden lógico, moral y político. (...) El abuso práctico de una ley no es argumento serio contra ella. (...) De nada se ha abusado más que de las institu-

---

nal", Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1993, pp. 10-19.

ciones religiosas. Si el Evangelio debiera ser juzgado por la conducta de sus servidores, tendríamos que ocurrir al Cielo para que bajara de nuevo Dios a reformar su Código (...). No es la letra escrita la verdadera garantía de las instituciones, sino la inteligencia y moralidad de los pueblos como reguladores de los gobiernos. Cuando las leyes de carácter fundamental se violan impunemente por los que mandan, o por los que obedecen, la enfermedad no está en su texto, sino en el organismo material y moral de la sociedad en que ellas rigen. Para esa enfermedad, los artículos más o menos claros no son el remedio, sino la propaganda eficaz, aunque lenta, de las buenas doctrinas que moralizan las costumbres, y levantan la esfera común de las ideas sobre libertad, obligaciones y derechos.<sup>27</sup>

### Límites del poder constituyente reformador

El artículo 60 de la Constitución de la CABA establece, al igual que la CN, que la reforma sólo puede realizarse por una Convención Constituyente “convocada al efecto”. A su vez, faculta a la Legislatura a imponer límites a la Convención en cuanto a los artículos de la Constitución a ser reformados, el plazo de duración de la Convención y la fecha de elección de los constituyentes.

Bajo nuestro sistema constitucional, tanto a nivel local como a nivel federal, las facultades de una Convención Constituyente reformadora son limitadas. ¿De dónde surgen esos límites? A nivel local, esos límites surgen claramente del texto del artículo 60. A nivel nacional, también, aunque con menor nitidez. Sin embargo, del mecanismo de reforma previsto en la CN surge lo siguiente:

Artículo 30. La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. *La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.* [El destacado nos pertenece].

La redacción tanto del artículo 30 de la CN como del artículo 60 de la Constitución de la CABA, al referirse a la posibilidad de la reforma “en el todo” o “total” de la Constitución, genera algunos problemas

---

27. Auza, Néstor J., *Juan Francisco Seguí-Bartolomé Mitre. Polémica sobre la Constitución*, Buenos Aires, Instituto Histórico de la Organización Nacional, 1982, pp. 155-162.

de interpretación que han dado lugar a un interesante debate. Bidart Campos, por ejemplo, sostiene que la expresión “en el todo” significa que cuantitativamente se pueden reformar todos los artículos, pero cualitativamente no: habría contenidos pétreos, supuestamente no reformables.<sup>28</sup> María Angélica Gelli, en cambio, con quien coincido, rechaza esa postura y sostiene que la Constitución no establece ese límite al poder de reforma y que, por ende, el constituyente reformador no tiene límites si se decide reformar la Constitución “en el todo”.<sup>29</sup> Esas discusiones se pueden trasladar a la Constitución de la CABA, cuyo artículo 60 tampoco aclara qué significa la posibilidad de “reforma total” de la Constitución. Evidentemente, la fijación a nivel teórico de los límites que podría tener una Convención a la hora de tener que hacer una reforma total de una Constitución depende de la noción de poder constituyente que se acepte. Para algunos, toda comunidad política, al ejercer este poder, está limitada por principios anteriores como la libertad, la dignidad de la persona humana y la justicia. Para otros, en cambio, con quienes coincido, la Constitución es clara al permitir la reforma total.<sup>30</sup> Y frente a una disposición constitucional expresa no corresponde que el intérprete suplante el claro texto de la Constitución.

Más allá de estas discusiones, nadie duda que son el Congreso y la Legislatura los órganos que “deben” habilitar, respectivamente, la reforma constitucional (sea parcial o total). El Congreso y la Legislatura tienen así un rol fundamental en este proceso: sin su previa declaración de la necesidad de los puntos a modificar, no puede haber una reforma constitucional válida. Sin embargo, en el caso de la Legislatura, el artículo 60 es preciso al establecer que la ley que declara la necesidad de la reforma debe indicar “en forma expresa y taxativa” los artículos

---

28. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2005, T. I, p. 379.

29. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 233 y ss.

30. Otra corriente rechaza la existencia de esos valores anteriores y se opone a la posibilidad de considerar que el poder constituyente derivado pueda ser limitado por factores externos. Para una sofisticada defensa de esa tesis, ver: Riberi, Pablo, “Límites sobre el poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo”, en Núñez Leiva, J. Ignacio (editor), *Nuevas perspectivas en Derecho Público*, Santiago, UNAB, Librotecnia, 2011, pp. 91-146.

sujetos a reforma, lo que sin duda alguna significa una mejora en comparación con el texto a nivel nacional.

Al momento de declarar la necesidad de una reforma constitucional, entonces, son el Congreso o la Legislatura los que, actuando como poder preconstituyente,<sup>31</sup> deben fijar de modo expreso los puntos acerca de los cuales se habilita esa reforma por parte de la Convención Constituyente. En el caso local, indicando expresa y taxativamente los artículos a ser reformados. Es lo que comúnmente se denomina “temario” de la reforma. La Convención Constituyente reformadora, sea a nivel local o a nivel federal, no es soberana, sino que sus poderes son esencialmente limitados: está obligada a ejercer sus funciones respetando, entre otros límites, la habilitación que le confiera el órgano habilitante, el Congreso o la Legislatura.<sup>32</sup> En consecuencia, tal como explica González Calderón:

... la Convención reformadora tiene poderes limitados en cuanto al ejercicio de sus funciones: no puede modificar sino los puntos o artículos de la ley fundamental que han sido incluidos por el Congreso en la convocatoria. La doctrina contraria no podría ser sostenida por algún razonamiento serio. Pondría en conflicto evidente a la Convención con el Congreso y, ante todo, importaría un contrasentido constitucional: la declaración de la necesidad de reforma hecha por el Congreso, sobre tales o cuales puntos, sería completamente inútil.<sup>33</sup>

En sentido similar, Spota explica que

... el poder reformador es un poder constituido jurídicamente. Como tal, condicionado en su legalidad y legitimidad, por el cumplimiento de la norma que habilita su existencia, actuación y desarrollo. Es por ello poder constituido, en la forma y manera que señala la norma constitucional originaria, para habilitar ese proceso de transforma-

---

31. Cfr. Oyhanarte, Julio C., “Imposibilidad de la proyectada reforma constitucional”, *Recopilación de sus Obras*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 284.

32. Cfr. Ramírez Calvo, Ricardo, “Los poderes del Congreso para limitar las facultades de las convenciones”, en *LL*, T. 1994-C, p. 726; Romero, César Enrique, *Derecho Constitucional (realidad política y ordenamiento jurídico)*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1975, T. 1, p. 304; Vanossi, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 393; Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 143; etc.

33. González Calderón, Juan A., *Derecho Constitucional argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía., 3ª ed., 1930, T. I, p. 366.

ción. Los pasos pre-reformadores que la Constitución establece, deben ser cumplidos, estrictamente, para producir los cambios parciales o totales de la norma base. Ello en cumplimiento de los presupuestos que hacen al principio de la lógica de los antecedentes.<sup>34</sup>

Sin embargo, autores como Quiroga Lavié sostienen que

... si el llamado poder constituyente derivado se sujeta a normas y limitaciones cuando reforma la Constitución, lo hará porque le resulta conveniente o porque por razones de oportunidad política no juzga beneficioso apartarse de ellas (lo cual equivale a decir que no puede –de hecho– comportarse de otra manera), pero no porque la Constitución se lo imponga, pues, si fuera así, los desvíos del constituyente derivado deberían ser declarados inconstitucionales por otro poder que pasaría a ser, automáticamente, el poder constituyente.<sup>35</sup>

La diferencia entre el poder constituyente originario y derivado sería para esta doctrina simplemente de hecho: si se cumple con las restricciones es derivado, si no se cumple es originario.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, es la que reconoce los límites de las convenciones constituyentes, tal como lo establece el propio artículo 60 de la Constitución de la CABA, que fija límites de contenido y tiempo a la Convención. Incluso el eminente constitucionalista Antonio María Hernández (h), quien se ha manifestado muy crítico respecto de la decisión adoptada por la Corte Suprema en el caso “Fayt”, sostiene igual postura. En el seno de la Convención Reformadora de 1994 afirmó:

A esta altura debo enunciar sintéticamente cómo interpretamos los alcances de las facultades de la Convención. Pensamos que la misma tiene una soberanía restringida. La Convención Constituyente es soberana para reformar la Constitución o no, y para hacerlo como lo juzgue conveniente. Pero siempre dentro de los límites establecidos por el poder preconstituyente que establece esta limitación temporal

---

34. Spota, Alberto Antonio, “Origen y naturaleza del poder reformador en un sistema de Constitución rígida. El artículo 30 de la Constitución Nacional”, *La Reforma Constitucional Argentina*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1994, p. 28.

35. Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, pp. 46 y 47.

y material en el momento en que sanciona la declaración de necesidad de la reforma.<sup>36</sup>

La discusión acerca de los límites del poder constituyente reformador no es nueva. Ya en la Convención nacional de 1898 el tema fue objeto de expreso debate, con motivo de la reforma del artículo 37 de la CN. Allí se presentaron proyectos que excedían la muy reducida habilitación que había hecho el Congreso en la ley declarativa de necesidad de la reforma. Al fundar uno de esos proyectos, el convencional Leguizamón sostuvo que la Convención era soberana y que no tenía límites a la hora de decidir y votar la reforma.<sup>37</sup> El convencional Molina, en cambio, argumentó que

... la reforma de la Constitución requiere dos factores conformes: la voluntad del Congreso nacional y la voluntad de la Convención nacional. Si ambos cuerpos no coinciden, si hay discrepancias en el alcance de la reforma entre la Convención y el Congreso nacional, no hay reforma posible, y entonces, yo sostengo que, limitada esta a una parte bien especificada del artículo 37, esta asamblea carece de jurisdicción y de competencia para ocuparse del resto del artículo o de cualquier idea que salga del estrecho límite que le ha trazado la ley del Congreso.<sup>38</sup>

Esta última tesis fue la que prevaleció en esa Convención de 1898, que rechazó reformar el artículo 37 de la CN más allá de la estrecha habilitación de la ley declarativa de la necesidad de la reforma. Queda claro, entonces, que la Convención reformadora tiene libertad y autonomía para decidir, por ejemplo, no reformar nada o reformar solamente algunos de los puntos del temario habilitado por el poder preconstituyente, sea el Congreso o la Legislatura. Pero el límite es esa habilitación concreta, que circunscribe y restringe claramente la actuación de la Convención reformadora. Tal como explicó la Corte Suprema en el caso "Ríos":

---

36. *Obra de la Convención Nacional Constituyente*. 1994, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Buenos Aires, *La Ley*, 1997, T. I, p. 585. Cabe aclarar que para Hernández (h) los jueces no tienen facultades para controlar el respeto de esos límites por parte de la Convención.

37. *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, Peuser, 1938, T. V, p. 809.

38. *Ibidem*, p. 810.

... es menester poner de relieve que, de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquellos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.<sup>39</sup>

En cuanto a la facultad de la Legislatura de limitar eventualmente la autonomía funcional de la Convención, la doctrina mayoritaria rechaza la intervención del Poder Legislativo y reafirma las facultades de la Convención para reglamentar su funcionamiento interno, lo que incluye la facultad de reglar la forma y organización de los debates, la forma de votar las distintas reformas y otras cuestiones similares.<sup>40</sup> Así, la Convención tiene amplias facultades para establecer su reglamento interno y ordenar su funcionamiento, sin que la Legislatura pueda limitarlas. Sin embargo, la Convención no puede interferir en la atribución legislativa de señalar el temario de la reforma, tal como lo dispone expresamente el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución de la CABA.

Finalmente, corresponde dilucidar la forma en que deben elegirse los convencionales y qué requisitos deben cumplir, a su vez, para poder integrar las convenciones reformadoras. Sobre el primer punto, cabe destacar que, a diferencia nuevamente del artículo 30 de la CN, el artículo 60 establece de forma explícita que los constituyentes deben surgir de una elección. Sobre el segundo punto, autores como Badeni consideran que debido a la independencia que deben tener los convencionales frente a los órganos ordinarios de gobierno, la CN:

... no permite la incorporación a la Convención de aquellas personas que en ese momento integran los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de la Nación, salvo que renuncien a estos cargos. La incompatibilidad es extensible a quienes ejercen similares cargos en las provincias y a quienes, como legisladores, participaron en la votación que dispuso la necesidad de la reforma.<sup>41</sup>

---

39. CSJN, “Ríos, Antonio Jesús”, Fallos: 310:819.

40. Cfr., entre otros: Badeni, Gregorio, *op. cit.*, p. 166.

41. *Ibidem*, p. 168.

Sin embargo, tanto a nivel nacional,<sup>42</sup> como a nivel provincial,<sup>43</sup> la práctica constitucional no ha reconocido esa limitación.

## REVISIÓN JUDICIAL DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

A nivel nacional, hasta el conocido caso “Fayt”, la doctrina de la Corte Suprema acerca de la posible revisión judicial del procedimiento para la sanción de la reforma constitucional y la aplicación del reglamento de la Convención era que se trataba de cuestiones políticas no justiciables, ajenas a la competencia de los jueces.<sup>44</sup>

En “Fayt” la Corte Suprema cambió de criterio. Y lo hizo al comprobar que la Convención Constituyente reformadora de 1994, en el punto referido a la edad en que los jueces federales deberían requerir un nuevo acuerdo, se había apartado de la habilitación que le diera el Congreso y había violado así sus límites. En el Considerando 15 del fallo, la Corte sostuvo que la reforma en cuestión no se puede aplicar

... por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades que disponía la Convención, conforme el procedimiento reglado por el artículo 30 de la Constitución Nacional y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la Ley 24309.<sup>45</sup>

En idéntico sentido, en el Considerando 16 la Corte reconoció que se había comprobado que la reforma en este punto era “fruto de un

---

42. Ver artículo 11, Ley N° 24309: “Para ser convencional constituyente se requiere haber cumplido 25 años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella, siendo incompatible este cargo únicamente con el de miembro del Poder Judicial de la Nación y de las provincias”.

43. Ver, por ejemplo, Ley provincial N° 5692 de la provincia de Corrientes (art. 9: “(...) No rigen las incompatibilidades previstas en el artículo 52, pudiendo ser Convencional Constituyente cualquier integrante de los Poderes Públicos, sean estos Nacionales, Provinciales o Municipales”); y Ley Provincial N° 6390 de la provincia de Santiago del Estero (Art. 1: “... determinase que el cargo de Diputado Provincial no es incompatible con el desempeño del cargo de Convencional Constituyente, cuando mediere autorización expresa de la Honorable Legislatura, en la que se concederá licencia especial para aquellos legisladores comprendidos en esta situación, mientras dure la Convención Constituyente”).

44. Ver CSJN, “Soria de Guerrero, Juana v. Bodegas y Viñedos Pulenta”, Fallos: 256:556.

45. CSJN, “Fayt”, Fallos: 322:1616, p. 1670.



ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora”.<sup>46</sup> En resumen: la reforma de la duración en el cargo de los jueces federales no estaba habilitada y el Congreso dispuso que la sanción para todos los casos en que la Convención se apartara del temario fuera la nulidad de la reforma. La Corte comprobó esa situación objetiva y verificó que la Convención había incurrido en ese vicio.<sup>47</sup>

Sin perjuicio de lo expuesto, la revisión judicial de una reforma constitucional es un tema debatido y ciertamente conflictivo.<sup>48</sup> Esta cuestión no es novedosa y ya tuvo uno de sus primeros capítulos hace más de cincuenta años a través de los conocidos trabajos de Linares Quintana y Cueto Rúa.<sup>49</sup> Este último autor afirmaba categóricamente que “es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional, si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución”.<sup>50</sup>

Más modernamente, la decisión de nuestro más Alto Tribunal en “Fayt” ha dado lugar a numerosos trabajos a favor y en contra. El análisis más agudo y profundo fue efectuado por Antonio María Hernández (h), en su libro *El caso “Fayt”*.<sup>51</sup> Simplificando quizá de for-

---

46. Ídem.

47. El alcance expansivo del fallo “Fayt” ha sido reconocido por varios autores; ver, entre otros: Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2° ed., 2002, T. 1 (“Génesis del Control”, “Legitimidad de los jueces”, “Dimensión política”, “El caso judicial”), p. 372.

48. En el ámbito del Derecho comparado, existen numerosos antecedentes de casos judiciales en países como Alemania, Austria, Estados Unidos, India, Irlanda, Nepal o Turquía. Al respecto, ver, entre muchos otros: Gözler, Kemal, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study*, Bursa, Ekin Press, 2008, p. 28 y ss.; Rodríguez Gaona, Roberto, *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Madrid, Dykinson, 2006; Barak, Aharon, “Unconstitutional Constitutional Amendments”, en *Israel Law Review*, Vol. 44, 2011, p. 321; Roznai, Yaniv y Yolcu, Serkan, “An Unconstitutional Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court’s Headscarf Decision”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10, N° 1, 2012, p. 175; Stith, Richard, “Unconstitutional Constitutional Amendments: The Extraordinary Power of Nepal’s Supreme Court”, *American University International Law Review*, Vol. 11, No. 1, 1996, p. 47; etc.

49. Linares Quintana, Segundo V., “¿Puede una reforma de la Constitución ser inconstitucional?”, en *L.L.*, T. 34, p. 1153; Cueto Rúa, Julio, “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?”, *LL*, T. 36, p. 1100.

50. Cueto Rúa, Julio, “¿Es posible...?”, *op. cit.*, p. 1106.

51. Hernández (h), Antonio María, *El caso “Fayt”*, *op. cit.*

ma excesiva la opinión de este autor, vemos que afirma siguiendo a Konrad Hesse y su “principio de corrección funcional”, que

... el producto de una Convención Constituyente sólo puede ser revisado por otra Convención Constituyente, o sea por la misma jerarquía suprema de ejercicio de la soberanía popular. Nunca por los poderes constituidos, pues se encuentran en una situación inferior y aunque sea por el Poder Judicial e incluso por la más alta Corte del país.<sup>52</sup>

Sin embargo, sostener que una reforma constitucional no puede ser revisada por el Poder Judicial (sea a nivel local o federal, dependiendo del caso) cuando se comprueba la violación de los límites impuestos por la misma Constitución, supone afirmar que una convención reformadora no tiene límites. Implica, además, una forma subrepticia de agredir el principio de supremacía constitucional, al permitir una violación del mecanismo de reforma fijado a nivel constitucional. Si bien es cierto que la soberanía popular constituye uno de los pilares básicos de la organización republicana, también es cierto que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución. La importancia de los sistemas de control ha sido magistralmente estudiada por el español Manuel Aragón, quien ha dicho, con razón, que el control es:

... un elemento inseparable de la Constitución, del concepto mismo de Constitución. Cuando no hay control, no ocurre sólo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su “realización”; ocurre, simplemente, que no hay Constitución.<sup>53</sup>

Sin perjuicio de ello, dado que el poder constituyente que se ejercita en las provincias y la ciudad es de segundo y tercer grado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como poder constituido de primer grado, puede revisar la constitucionalidad de una Constitución provincial “a los fines de observar el cumplimiento de las bases prescriptas en la Carta Magna federal y asegurar la supremacía de dicho ordenamiento –poder constituyente de primer grado–, consagrado en el artículo 31”.<sup>54</sup>

---

52. *Ibidem*, p. 32.

53. Aragón, Manuel “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista española de Derecho Constitucional*, N° 19, 1987, p. 52.

54. Hernández (h), Antonio María, *El caso “Fayt”*, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

## OBSERVACIÓN FINAL

Del análisis efectuado en los puntos anteriores, queda claro que los convencionales de 1996 tuvieron en cuenta el texto del artículo 30 de la CN a la hora de establecer el mecanismo de reforma de nuestra Constitución. Sin embargo, tuvieron la lucidez e inteligencia de aplicar una depurada técnica constitucional a la hora de redactar el artículo 60. De esta forma pudieron, por un lado, preservar lo mejor del modelo y, por el otro, mejorarlo en numerosos aspectos. Así, varias de las discusiones doctrinarias que existen en torno a la interpretación del artículo 30 de la CN no resultan aplicables al artículo 60 de nuestra Constitución, en especial en relación con la posibilidad o no de vetar la ley que declara la necesidad de la reforma, la mayoría calificada necesaria para sancionar la ley, los límites que pueden imponerse a la Convención reformadora, etc.

Sin perjuicio de lo expuesto, no cabe sino esperar que el día que se utilice el mecanismo de reforma de la Constitución, se lo haga con la prudencia del caso. En especial, teniendo en consideración la máxima de Alberdi:

... el principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces; pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano; necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible, o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. (...) Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución.<sup>55</sup>

---

55. Alberdi, Juan Bautista, "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", *Organización de la Confederación Argentina*, Madrid, Casa Editora Pedro García y Cía., 1913, T. I, pp. 197-198.