

Crítica a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 99 inciso 4 de la constitución nacional.*

Por Alberto García Lema

La **Corte Suprema de Justicia de la Nación** ha declarado, en la causa **"Fayt, Carlos c/Estado Nacional"** (fallada el 19 de agosto de 1999) la inconstitucionalidad del artículo 99, inciso 4, tercer párrafo, y su consecuente la Disposición Transitoria Undécima, de la Constitución Nacional, por entender que la Convención Constituyente de 1994, se excedió -al disponer la necesidad de un nuevo nombramiento, precedido por un acuerdo senatorial, para la continuidad de los jueces que cumplan setenta y cinco años- de las atribuciones que le confiriera la ley 24.309, declarativa de la necesidad de la reforma.

No voy a ingresar al debate teórico, que ha dividido a nuestra doctrina, respecto de si nuestro más alto Tribunal se encuentra o no habilitado para proceder a un examen de la constitucionalidad de preceptos, incorporados por una reforma a nuestra Constitución Nacional¹

A todos los efectos prácticos de la crítica que realicé al fallo mencionado, partiré del presupuesto de que la Corte se encontraba facultada para efectuar tal análisis, porque considero que la arquitectura que informó la ley 24.309 vino a autorizarlo expresamente, al implementar un procedimiento de reforma constitucional de naturaleza parcial, sujeto aun conjunto de limitaciones y prohibiciones (en este sentido, comparto los fundamentos del considerando 6 de la sentencia en cuestión). En cambio, no comparto la conclusión a la que arribara el alto Tribunal por tres razones primordiales.

La primera de ellas, consiste en que la Corte no ha merituado en su debida forma los alcances de la habilitación contenida en el punto "E", del artículo 3, de la ley 24.309 (que incluyó temas habilitados para su posible reforma), según el cual podían actualizarse las facultades previstas en los antiguos artículos 67 y 86 de la Constitución. Ese punto "E" tuvo una redacción abierta, ya que el concepto de "actualización" de las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, no estuvo definido, ni en los acuerdos previos ni en la ley declarativa de la necesidad de la reforma.²

* Artículo publicado en el *Boletín Informativo* de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XVI, N° 172, agosto de 2000.

¹ Pueden consultarse las diversas posiciones doctrinarias sobre el punto en JORGE VANOSSI, *Teoría constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, pp. 217 y ss. la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, en los EE.UU. y en la Argentina sobre el tema.

² Así, si comparan las aclaraciones que se formulan al pie de cada uno de los restantes temas habilitados, se advierte que para los demás temas existía alguna mención respecto a cómo debía concretarse su reforma, mientras que ello no ocurre en el citado punto "E".

En realidad, tal temperamento no fue casual. Ese punto constituía una verdadera cláusula "comodín", para incorporar las reformas que la Asamblea Constituyente considerase conveniente. Era la contracara del *Núcleo de Coincidencias Básicas*: mientras que éste conformaba un "paquete cerrado" (según se lo denominara), aquél era la apertura a un eventual mayor decisionismo de la Convención.

Tanto fue así, que desde el principio medió en el seno de la Comisión Redactora una fuerte discusión sobre los alcances que correspondía otorgar al señalado concepto de "actualización", que cabe sintetizar en tres posiciones: a) "**minimalista**" (como la sustentada por partidos provinciales), que pretendieron interpretar esa norma en el sentido de que sólo autorizaba a suprimir en los artículos 67 y 86 las disposiciones arcaicas o caídas en desuso; b) "maximalista" (como las que sostuviera el **Frente Grande**), que entendían que esos artículos permitían encarar grandes reformas, por afuera de los demás temas habilitados; c) "**intermedia**", exégesis que propuse en el seno de la Comisión Redactora primero, y luego en el plenario, indicando que la actualización no sólo posibilitaba derogar en esos dos artículos los arcaísmos o normas caídas por *desuetudo*, sino que también permitía desarrollar aquellas modificaciones que fueran consecuencia de reformas que se aprobaran por la Convención en función de los temas incluidos en el Núcleo o de los otros temas habilitados.³

Encontrándose autorizada la reforma del procedimiento de designación y remoción de los magistrados federales, por los puntos "3" y "J" del Núcleo, no se advertía obstáculo para la aplicación del mencionado criterio interpretativo, a la reforma del artículo 86, luego art. 99, inciso 4, tercera parte, en el sentido de requerir un nuevo nombramiento cuando los jueces federales cumplieren setenta y cinco años de edad.

La segunda razón que me lleva a no compartir el referido fallo de la Corte, es que a idéntica conclusión podía arribarse por el ejercicio de los poderes implícitos de la Convención. Ello, aunado a la aplicación del principio de la "razonabilidad" del requerimiento del nuevo nombramiento.

Ya he señalado los argumentos por los cuales acabo de concluir que la reforma del artículo 86 inciso 4, se encontraba expresamente autorizada por la ley 24.309 (por su artículo 3 punto "E"). Sin embargo, si no hubiese sido así, correspondería también tener por admitida la validez de esa reforma por aplicación de la doctrina de los poderes implícitos de la Convención, ya que como toda autoridad legítimamente *constituida* tiene facultades para determinar el alcance de sus

³Esta interpretación, que fue la que adoptó, en la práctica, la comisión de Redacción, se desprendía del propio Reglamento de la Convención, según el cual el uso de la habilitación contenida en ese punto "E", por la Comisión Redactora, debería realizarse "conforme a los despachos aprobados", llevando al criterio de que las modificaciones que se introdujeran a las facultades de los poderes ejecutivo y legislativo deberían ser, de algún modo, consecuencias de las reformas previamente aprobadas.

respectivas atribuciones.⁴ En esta perspectiva, no cabe obviar que la Corte Suprema, en su actual integración, ha realizado un uso extensivo de la doctrina de sus propios poderes implícitos, por lo que no resulta muy congruente con tal uso el negar a la Convención fijar los alcances de sus propios poderes.

Máxime, cuando en la materia en cuestión, la exigencia de un nuevo nombramiento para los magistrados federales que alcancen a la edad de setenta y cinco años, a fin de que los poderes políticos puedan apreciar si esa edad no ha disminuido la capacidad de trabajo de dichos magistrados ni afectado su salud, tiene -a mi entender-una fuerte razonabilidad, ya que median valiosos antecedentes como los límites de edad para el ejercicio activo de la docencia universitaria (a los sesenta y cinco años), o para la continuidad de las actividades del cardenalato luego de aquella edad.

Por último, nuestro alto Tribunal ha pasado también por alto el significado e importancia de la ley 24.430, que ordenó la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional de 1853, con las reformas arriba mencionadas, incluida la reforma de 1994, indicando su artículo 10 que ese texto oficial es el que transcribe a continuación, y que permitió recuperar el llamado "artículo perdido", originariamente art. 68 bis, transformado ahora en el artículo 77, segunda parte.

La discusión y sanción de esa ley significó que el Congreso de la Nación, con la misma integración que contaba al sancionar la ley declarativa 24.309, entendió que la Convención Constituyente, al determinar los contenidos de la reforma de 1994, no se había excedido en sus atribuciones. De otro modo, no se concibe cómo pudo haber ordenado la publicación del texto oficial, sin haber expresado reservas sobre su constitucionalidad. Este importante hecho político, no fue debidamente meritulado por la Corte, que tampoco declaró la inconstitucionalidad de esta ley 24.309, que vino a convalidar-por el Congreso Nacional- la actividad de la Convención Constituyente.

Para el futuro, como la declaración de inconstitucionalidad del precepto no lo priva de validez más que para el caso concreto, parece aconsejable que el Consejo de la Magistratura, en el proceso de selección de los nuevos jueces, implemente una aceptación explícita de los candidatos a las nuevas magistraturas a los términos del artículo 99 inciso 4, tercera parte, de la Constitución Nacional.

⁴ Es el fundamento esencial de los precedentes «Cullen vs. Llerena» (Fallos 53:420) y "Sonia de Guerrero c/ Bodegas y Viñados Pulenta hermanos" (Fallos 256:558). Ejemplo de ello son los fallos "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/Estado Nacional —Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/juicio sumarísimo" (3 de abril de 1996), y "Rodríguez, Jorge —jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/plantea cuestión de competencia" (del 17 de diciembre de 1997).