

PODER CONSTITUYENTE Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA EN UNA RELACION FEDERAL. REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA ARGENTINA

Guillermo E. BARRERA BUTELER

SUMARIO: I. *Algunas precisiones conceptuales previas.* II. *El poder constituyente y la Constitución como fenómeno jurídico multidimensional.* III. *El poder constituyente en una federación.* IV. *Manifestaciones formales del carácter compartido del poder constituyente en las federaciones.* V. *El carácter compartido del poder constituyente en una federación desde el punto de vista sustancial.* VI. *Conclusiones.*

I. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS

Reflexionar sobre el vínculo que hay entre democracia y Constitución en una federación supone una previa precisión respecto de qué entendemos por cada uno de estos términos, porque, seguramente, las conclusiones que se obtengan de una primera aproximación como la que se pretende hacer en este trabajo no sean las mismas si consideramos a la federación sólo como un sistema de descentralización territorial del poder, que si la vemos como un modo de relación entre comunidades. Probablemente también difieran según que concibamos a la Constitución como algo puro y exclusivamente normativo o como un fenómeno que incluye además otras dimensiones, en especial la social y cultural.

En cuanto a lo primero, partimos de la noción de federación como un modo de relacionarse entre sí que adoptan dos o más comunidades, fundado en los principios de solidaridad, subsidiariedad y participación. De tal manera, la federación se nos muestra no sólo como un sistema de poder descentralizado territorialmente, sino —sobre todo— como una relación federal, como una comunidad de comunidades.¹

¹ Francisco Pi y Margall define a la federación como “un sistema con el cual los diversos grupos humanos, sin perder su autonomía en lo que les es peculiar y propio, se asocian y

En cuanto a lo segundo, la idea de Constitución como norma suprema del sistema normativo que condiciona la validez formal de todas las demás no parece abarcar en su integralidad ese fenómeno jurídico, que sin duda incluye también otras dimensiones. El trialismo jurídico, entre cuyos sostenedores más destacados en Argentina podemos mencionar a Werner Goldschmidt² y a Germán Bidart Campos,³ hizo grandes aportes para proporcionar un modelo jurídico más abarcador (norma, realidad y valor); pero la aproximación que nos proponemos en estas reflexiones la haremos desde la noción de Constitución como fenómeno jurídico multidimensional, fundada en la propuesta de Fernando Martínez Paz.⁴

Desde esta perspectiva, la Constitución se nos muestra como un fenómeno jurídico integrado por diversas dimensiones, una de las cuales es el derecho, que comprende tanto a las normas constitucionales positivas como a los principios ético-jurídicos, como así también la dimensión antropológica, que para el Estado constitucional tiene su centro en la dignidad inherente a la persona humana, la dimensión social porque la sociedad es el ámbito natural y necesario de la humanización y la dimensión cultural.

Sobre esta última habremos de poner especialmente el acento, porque la noción misma de Constitución como modo de ser de una comunidad se encuentra íntimamente relacionada con los principios, creencias y valores de su cultura que conforman el “núcleo no negociable”⁵ de ésta. Por eso podemos decir, con Häberle, que “la constitución no es sólo un texto jurídico o una normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”.⁶

En cuanto a la palabra “democracia”, de la que se ha dicho que es probablemente la más empleada en el lenguaje político de los dos últimos

subordinan al conjunto de los de su especie para todos los fines que les son comunes” (*Las nacionalidades*, 3a. ed., Madrid, imprenta de Enrique Rubiños, 1882, p. 116), Carl Friedrich, por su parte, la define como “la vinculación de una serie de sistemas de relación” (*El hombre y el gobierno*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 639).

² Goldschmidt, Werner, *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y su horizonte*, Buenos Aires, Depalma, 1967.

³ Bidart Campos, Germán, *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969.

⁴ Martínez Paz, Fernando, *La enseñanza del derecho. Modelos jurídico-didácticos*, Instituto de Educación de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 1995; Martínez Paz, F. y Carrera, Daniel P., *El mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Advocatus, 1996.

⁵ Martínez Paz, Fernando, *Política educacional, fundamentos y dimensiones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Educación, 1998, p. 25.

⁶ Häberle, Peter, “El Estado constitucional europeo”, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 157.

siglos y con mayor cantidad de significados distintos, a veces al margen del vocablo mismo,⁷ la utilizaremos aquí simplemente para hacer referencia a la organización institucional fundada en el principio según el cual el poder reside en el pueblo (*demos*), de manera que la voluntad de éste se erige en la única fuente de legitimidad política.

II. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN COMO FENÓMENO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL

La noción de poder constituyente propuesta por Emmanuel Sieyès a fines del siglo XVIII⁸ considera a las leyes constitucionales como directamente fundadas en la voluntad de la nación, es decir, del pueblo, mientras que a las demás, como emanadas de un poder delegado a un cuerpo representativo, que “no puede cambiar en nada las condiciones de su delegación”. Ello aporta desde la teoría un sólido fundamento democrático al Estado constitucional.

En efecto, al identificar al poder constituyente con la voluntad misma del pueblo, coloca a ésta como fuente de legitimidad política y jurídica del Estado constitucional y, en consecuencia, de las limitaciones que la Constitución establece al poder democrático,⁹ lo que permite superar la tensión que se plantea entre Constitución y democracia.¹⁰ Si la Constitución es expresión de la voluntad del pueblo soberano, del *demos*, las limitaciones que aquélla le impone a los representantes del pueblo son legítimas desde el punto de vista democrático, porque forman parte de las condiciones en que les fue delegado el ejercicio de la porción de poder que les fue confiada. También, desde esa perspectiva, deberíamos coincidir en que el poder constituyente, cuando actúa originariamente, no reconoce límites, porque es expresión de la soberanía popular.

⁷ López, Mario Justo, *Introducción a los estudios políticos. Formas y fuerzas políticas*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 147.

⁸ Sieyès, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, introd. trad. y notas de Francisco Ayala, Madrid, Aguilar, 1973. La referencia a este autor y obra, no importan desconocer que con anterioridad la idea había sido ya esbozada por Alexander Hamilton en *El federalista*, como así también por sir Edward Coke y otros doctrinarios liberales franceses.

⁹ Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, pp. 176-192.

¹⁰ Aguilera Portales, Rafael Enrique, “El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11/2011, segunda época, España, Universidad de Jaén. Versión electrónica: *rej.ujae.es*, p. 11.

Ahora bien, si consideramos que el acto constituyente —originario o derivado— es únicamente el producto de las deliberaciones del Congreso o convención constituyente, toda esta teoría sigue reposando sobre la idea de representación política, que nos permite atribuirle al pueblo la voluntad expresada por la mayoría de los miembros de ese cuerpo. Eso nos coloca frente al dilema sobre la representación política: ¿es una realidad o es una ficción jurídica?¹¹ ¿Es un mito superador del viejo régimen estamental y corporativo,¹² es una ficción general¹³ o un misterio?¹⁴ ¿No se trata en realidad de una idea producto de una concepción ingenua?

Entrar en esa discusión nos puede conducir a un callejón sin salida, que podría hacernos concluir que la democracia constitucional es un régimen político de imposible realización práctica.

Pero si, como hemos propuesto, concebimos a la Constitución —producto del poder constituyente— como un fenómeno jurídico multidimensional, se nos abren otras perspectivas, que nos llevarán a concluir que ni los poderes del órgano constituyente (congreso, convención, etcétera) son absolutos e ilimitados ni el ejercicio del poder constituyente se agota en el acto de sanción que aquél hace de la Constitución escrita.

En efecto, aunque desde Sieyès se predica que el congreso constituyente es soberano, este mismo autor advierte que aunque la voluntad de la nación —que es el poder constituyente mismo— es la ley misma, “antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural”,¹⁵ lo que equivale a decir que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”,¹⁶ o “la dignidad inherente a la persona humana”,¹⁷ lo que implica que allí hay un concreto límite al poder constituyente, incluso si

¹¹ Bidart Campos, Germán, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 252.

¹² Pérez Guilhou, Dardo, “Representación y participación política. Disertación con motivo de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas el 14 de junio de 2000”, p. 15, disponible en: http://www.ancmyb.org.ar/user/files/Representacion_y_participacion-Dardo_Perez_Guilhou-2000.pdf.

¹³ Riberi, Pablo, *Representación política y crisis del Estado finisecular*, tesis doctoral, Facultad de Derecho y C. Sociales U. N. Córdoba, p. 371.

¹⁴ Vanossi, Jorge R., *El misterio de la representación política: los orígenes del Consejo Económico y Social*, Buenos Aires, América Actual, 1972.

¹⁵ Sieyès, *op. cit.*

¹⁶ Preámbulo, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁷ Preámbulo, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

es originario, porque cualquier Constitución, para ser legítima, debe respetar y tutelar la dignidad de la persona.

Pero el poder constituyente también se halla limitado por la realidad social y cultural de la comunidad a la que esa Constitución que nos ocupa está destinada a regir.¹⁸ Ya decía Juan Bautista Alberdi, en la obra que sentó las bases fundacionales de la Constitución argentina, que

...los hechos, la realidad, que son obra de Dios y existen por la acción del tiempo y de la historia anterior de nuestro país, serán los que deban imponer la constitución que la República Argentina reciba de manos de sus legisladores constituyentes. Esos hechos, esos elementos naturales de la Constitución normal, que ya tiene la República por obra del tiempo y de Dios, deberán ser objeto del estudio de los legisladores, y bases y fundamento de su obra de simple estudio y redacción, digámoslo así y no de creación.¹⁹

Ahora bien, si acordamos en que —además de las limitaciones que surgen de la dignidad inherente a la persona humana— el poder constituyente se encuentra limitado por la realidad social y cultural, debemos admitir también que su ejercicio no se agota ni se perfecciona con el acto de sanción de la Constitución escrita, que sería sólo un aspecto formal. Por el contrario, para que aquél se complete y se perfeccione incorporando las demás dimensiones que conforman a la Constitución como fenómeno jurídico, es necesario además el aspecto material o sustancial; esto es, que la comunidad asuma la Constitución sancionada y la haga suya viviéndola día a día en un proceso que tiene continuidad permanente en el tiempo, a través de la interpretación que hacen de ella, en su aplicación y puesta en práctica cotidiana, todos los integrantes de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”.²⁰ Esta idea nos acerca a la concepción de Rudolf Smend de Constitución como “proceso de integración” que está “confor-

¹⁸ La historia constitucional argentina nos muestra circunstancias concretas que apoyan esa conclusión, ya que dos Constituciones sancionadas por congresos constituyentes (la de 1819 y la de 1826) no llegaron a adquirir vigencia nunca, porque al adoptar la forma de Estado unitaria contrariaban al federalismo, que es uno de los contenidos esenciales del núcleo no negociable de principios creencias y valores de la cultura de la comunidad. Véase Sánchez Viamonte, C., *Historia institucional argentina*, Buenos Aires, FCE, 1957, p. 154, y López Rosas, José, *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 337.

¹⁹ Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980.

²⁰ Häberle, Peter, “Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura”, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 185.

mada por valores vivenciales”,²¹ como así también a la de Häberle cuando dice que “la Constitución es cultura”.²² En la misma línea de pensamiento, Valadés sostiene que “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de las elecciones. El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones del proceso constitucional”.²³

Desde esta perspectiva, parece más realista y menos ingenuo atribuir al pueblo la voluntad creadora de la Constitución, en la medida en que la noción de acto constituyente de alguna manera incorpora también al proceso a través del cual cada pueblo construye su propia cultura, día a día y generación tras generación, con todo lo que ello trae aparejado de tradición e innovación a la vez.

III. EL PODER CONSTITUYENTE EN UNA FEDERACIÓN

Si queremos aplicar las nociones a que hemos aludido antes, al poder constituyente en una federación, entendida —según dijimos— como comunidad de comunidades, es imprescindible tener en cuenta que nos hallamos frente a un fenómeno jurídico y político complejo, ya que no hay en este caso un *demos*, sino varios vinculados entre sí. No podemos decir entonces que el titular del poder constituyente es el pueblo, sino que lo son *los pueblos*.

La historia argentina nos muestra claramente que en el proceso de emancipación de la Corona española, a partir de 1810, los pueblos tuvieron un papel protagónico como sujetos políticos. En el cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 se consideró que la soberanía había retrovertido hacia ellos ante el cautiverio del rey de España; a ellos les pidió la junta de gobierno que se formó para superar la emergencia el reconocimiento y el envío de diputados para sumarse a su integración, y a ellos también se les requirió que enviaran representantes para conformar la Asamblea Constituyente de

²¹ Smend, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, UNAM, 2005, cit. por Aguilera Portales, Rafael, “El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11/2011, segunda época, España, Universidad de Jaén. Versión electrónica: rej.ujaen.es.

²² Dice este autor que “la Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de auto representación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”. Häberle, Peter, *El Estado constitucional europeo*, op. cit., p. 157.

²³ Valadés, Diego; “Estudio introductorio”, en Häberle, P., *El Estado constitucional*, México, UNAM.

1813.²⁴ Además, el propio preámbulo de la Constitución argentina pone de manifiesto el reconocimiento de esta titularidad compartida del poder constituyente entre los distintos pueblos que componen la federación, porque si bien comienza invocando la representación del “pueblo de la Nación Argentina” cual si fuera una unidad monolítica, a renglón seguido sustenta la legitimidad de esa representación en la “voluntad y elección de las provincias que lo componen”, así como en los “pactos preexistentes” que esas provincias (o pueblos) habían celebrado con anterioridad y que imponían necesariamente la federación como forma de organización del Estado que se habría de crear. Es decir, que la voluntad constituyente originaria había sido ya expresada de manera vinculante en aquellos pactos.

Si asumimos con Häberle que la Constitución expresa la identidad cultural de un pueblo, y que una federación incluye una pluralidad de pueblos, si es una comunidad de comunidades, debemos concluir que la Constitución de una federación es el resultado de la confluencia de diversas identidades culturales que hallan un común denominador en una concepción compartida que les sirve de marco de convivencia, sobre la naturaleza del hombre, de la sociedad y del poder legítimo. En él coexisten y se armonizan un núcleo no negociable de principios, creencias y valores compartidos (dignidad del hombre, república y democracia en el Estado constitucional), con el respeto a la diversidad y pluralidad cultural. Habrá mayor o menor diversidad cultural según la concreta realidad histórica de cada federación, pero siempre la habrá en algún grado, porque esa diversidad es la que explica la adopción del federalismo como forma de organización institucional.

Hay federaciones con multilingüismo y marcada diversidad cultural, como Suiza, Canadá, India, Malasia y Bélgica, pero también hay otras como Estados Unidos, Alemania, Austria y las federaciones latinoamericanas, entre ellas la argentina, que exhiben una mayor homogeneidad cultural, aunque no exenta de matices que se traducen en cierto nivel de diversidad de identidades culturales internas, que merecen ser preservadas y respetadas, porque ese es —en esencia— el mandato básico de toda Constitución federal. Por eso se ha dicho que “la función de las federaciones no es eliminar las diferencias internas, sino más bien preservar las identidades regionales dentro de un marco de unidad”,²⁵ ya que es una verdad indiscutible que

²⁴ Puede hallarse un mayor desarrollo de la noción de “los pueblos” como sujetos políticos e históricos en Barrera Buteler, G. E., *Provincias y nación*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pp. 79 y ss.

²⁵ Watts, Ronald, *Sistemas federales comparados*, trad. e introd. de Esther Seijas Villadangos, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 237.

en la mayoría de los casos existe diversidad de identidades hacia el interior de cada Estado.²⁶

Este poder constituyente cuya titularidad es compartida entre diversos pueblos, como rasgo característico de las federaciones, se manifiesta en el aspecto formal y en el sustancial. En cuanto al primero (aspecto formal), se exterioriza en la participación que tienen las comunidades federadas en el acto constituyente de la federación —sea originario o derivado—, así como en el ejercicio por parte de aquéllas de su poder constituyente local. En cuanto a lo segundo (aspecto sustancial), lo hace en la interpretación, no exenta de matices, que le dan a las normas fundamentales escritas los distintos integrantes de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales desde los niveles federal y locales.

IV. MANIFESTACIONES FORMALES DEL CARÁCTER COMPARTIDO DEL PODER CONSTITUYENTE EN LAS FEDERACIONES

La exteriorización formal de esa titularidad compartida se advierte en que todas las federaciones, con distintas modalidades, grados y alcances, les dan intervención necesaria a las comunidades federadas en el acto constituyente de la federación, de manera tal que podemos sostener como regla, que la Constitución escrita de una federación no debe ser reformable de manera unilateral por un solo nivel de gobierno, al menos en lo que se refiere al reparto de competencias. Se ha dicho en este sentido que la participación de las comunidades federadas en el procedimiento de reforma es uno de los elementos calificadores de las Constituciones federales, que

...nacen como pactos entre comunidades territorialmente individualizadas, con la finalidad de organizar, a través de una instancia unitaria, la convivencia de sujetos portadores de identidades distintas: pactos puestos a salvo de modificaciones unilaterales, por obra de algún componente individual, a través de fórmulas de modificación que requieren el consenso de mayorías calificadas de esos componentes, expresado por el voto popular o por deliberación de asambleas representativas.²⁷

²⁶ Häberle, Peter, “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, *Derechos y Libertades*, época II, núm. 14, enero de 2006, pp. 89-102.

²⁷ Groppi, Tania, *La reforma constitucional en los Estados federales entre pluralismo territorial y no territorial*, trad. de Miguel Carbonell, disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bju/libros/1/348/10.pdf>.

En la mayoría de los casos esa participación se exterioriza en la necesidad de aprobación por los órganos legislativos de las comunidades federadas; en algunos, por la mayoría simple de ellas (México e India) y en otros, por mayorías agravadas (Rusia, Canadá,²⁸ Estados Unidos²⁹). Suiza (artículos 118-123) y Australia requieren que la aprobación de los pueblos sea exteriorizada de manera directa, mediante un referéndum de doble mayoría, que necesita obtener resultado positivo en la mayoría de las comunidades federadas y, además, reunir la mayoría del total de la población de la federación.

Otras federaciones se limitan a dar una participación indirecta a las comunidades federadas, a través de su representación en la segunda cámara federal o senado. Así es el caso de Alemania, en donde la reforma constitucional es aprobada por mayoría agravada de dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras del Parlamento federal, pero la particular composición del *Bundesrat*, cuyos miembros son verdaderos delegados de los gobiernos de los *Länder* con mandato imperativo, hace que con esta sola exigencia quede suficientemente satisfecha la participación de las comunidades locales en la reforma.

Distinto es el caso argentino, en el que no se han establecido instrumentos formales que garanticen suficientemente la efectiva participación de las provincias en el proceso de reforma, salvo en la etapa de iniciativa o preconstituyente³⁰ de declaración de necesidad de la reforma. El artículo 30 de la Constitución Nacional Argentina se limita a disponer que, una vez hecha la declaración, la reforma se efectuará por una “convención convocada al efecto”; pero nada dice acerca de su composición, que en consecuencia debe ser determinada por la ley del Congreso federal en cada caso, sin que se hayan establecido reglas que garanticen formalmente que la integración que se disponga respete los principios federativos.

²⁸ En Canadá, cuando se trata de reformas que afectan la relación federal, se requiere, además de la aprobación de ambas cámaras del Congreso federal, la de los órganos legislativos de la unanimidad en algunos casos y en otros de las dos terceras partes de los estados que, a la vez, representen al menos la mitad de la población de la federación. Cuando la reforma afecte sólo a una provincia, se requiere un procedimiento bilateral, y en otros se exige reforma de las Constituciones locales aprobadas por los legislativos provinciales. Sólo las reformas que no afecten a las provincias pueden ser aprobadas unilateralmente por el parlamento federal. Véase Watts, Ronald L., *op. cit.*, pp. 225 y 226.

²⁹ En Estados Unidos, las enmiendas constitucionales requieren para entrar en vigencia, haber sido aprobadas por las tres cuartas partes de los estados, a través de sus poderes legislativos o de convenciones convocadas al efecto, según cuál haya sido el procedimiento escogido por el Congreso federal para llevarla a cabo (artículo 5o. constitucional, E.U.).

³⁰ Véase Groppi, Tania, *op. cit.*, p. 199.

Esa sola circunstancia pone de manifiesto la debilidad de la participación que la Constitución argentina les da a las provincias en el procedimiento de reforma constitucional; pero esa deficiencia se hace más patente aún si se le añade que, como decía Pedro J. Frías hace ya décadas, “el Senado es el órgano de las autonomías por su origen, pero no por su conducta”,³¹ porque es muy difícil, si no imposible, encontrar casos en que los senadores se pronuncien en forma independiente a la de su filiación partidaria o con base en una alineación fundada en intereses regionales o locales concurrentes. De hecho, los senadores representan al partido que los ha postulado para el cargo, antes que a la provincia. Eso implica que el Senado se ha desvirtuado en su rol de representación de los sujetos de la relación federal, defecto que se ha profundizado con la integración que le ha dado a este cuerpo la reforma constitucional de 1994.³²

No puedo dejar de mencionar, como una singular y fuerte exteriorización de la titularidad compartida del poder constituyente entre las comunidades federadas, la terminante prohibición explícita que rige en Alemania de introducir cualquier modificación “que afecte la organización de la Federación en *Länder* o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación”.³³

Desde el punto de vista doctrinario, muy caracterizados autores consideran que en Argentina, aun sin que exista una cláusula constitucional expresa en esos términos, sí existiría una prohibición implícita de reemplazar la forma federal de Estado por otra, ya que se considera que el federalismo es uno de los “contenidos pétreos” de la Constitución.³⁴

Ahora bien, como toda relación federal importa un tipo de organización institucional complejo, nos encontramos allí con un orden constitucional conformado por una pluralidad de instrumentos constitucionales: *a)* una Constitución federal, que expresa ese “núcleo no negociable” que conforma el marco de convivencia entre las comunidades federadas, y *b)* un conjunto de Constituciones locales que expresan, cada una de ellas, las identidades culturales de sus respectivas comunidades.

³¹ Frías, Pedro J., *El federalismo argentino. Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 96.

³² En el sistema hoy vigente la Cámara de Senadores está integrada “por tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad de Buenos Aires... correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos y la restante al partido político que le siga en número de votos” (artículo 54, C. N., Argentina).

³³ Ley Fundamental de la República Federal alemana, artículo 79, 3.

³⁴ Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 82.

El poder constituyente en una relación federal se ejerce entonces, tanto a nivel federal como local, y aunque este último se halla condicionado a ajustarse al marco general que fija el primero (en Argentina a través de los artículos 5o. y 123 C.N.), queda claramente un ámbito de autonomía local para su ejercicio.

Joaquín V. González decía, respecto de la relación en materia de derechos fundamentales entre las Constituciones provinciales y la Constitución Nacional, que ésta

...no exige, ni puede exigir que sean idénticas... porque la constitución de una provincia es un código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y más extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales, e históricos de cada región o provincia o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos.³⁵

Arturo M. Bas, aunque considera innecesario reiterar en las Constituciones provinciales las declaraciones, derechos y garantías ya contenidos en la Constitución nacional, advierte que “las conveniencias o particularidades de cada provincia pueden reclamar reconocimiento de derechos y garantías especiales, no incluidos en el estatuto nacional y que concordantes con el mismo, no pueden ser siquiera conceptuados como consecuencia de los que el último establece”.³⁶

Ese rol que cumplen los poderes constituyentes locales de complementación y contextualización en la realidad social y cultural local de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución federal es también una manifestación de un poder constituyente compartido entre los pueblos federados, si asumimos que la complejidad inherente a toda relación federal hace que su orden constitucional esté conformado por un conjunto de instrumentos constitucionales.

³⁵ González, Joaquín V., “Manual de la Constitución argentina”, *Obras completas*, vol. III, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, 1935, p. 574.

³⁶ Bas, Arturo M., *El derecho federal argentino. Nación y provincias*, Buenos Aires, V. Abeledo, 1927, pp. 69 y 70.

V. EL CARÁCTER COMPARTIDO DEL PODER CONSTITUYENTE EN UNA FEDERACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANCIAL

Si aceptamos la idea de un poder constituyente que no se agota en el acto fundacional y sus modificaciones ulteriores, sino que incluye el proceso a través del cual los miembros de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales la interpretan para su aplicación cotidiana, es forzoso comprobar que también en este aspecto se refleja la unión en la diversidad que caracteriza a las relaciones federales.

En efecto, parece claro que para guardar fidelidad con la voluntad de los pueblos federados, fuente de la legitimidad democrática, la interpretación de la Constitución federal, sea quien fuere el que la haga, debe necesariamente conjugarse con el contexto social y cultural, y esos contextos son diversos en cada provincia, varían de una a otra en algunos aspectos.

Rudolf Smend dice que “si dos constituciones dicen la misma cosa, no debe entenderse necesariamente lo mismo”,³⁷ y ese razonamiento, aplicado al ámbito interno de una federación, puede llevar a aceptar —sin que ello provoque un escándalo jurídico— que la interpretación de una misma norma de la Constitución federal admita matices diferenciadores en función del contexto de cada comunidad local. Eso ocurre muy especialmente cuando las particularidades de ese contexto cultural tienen un grado de relevancia tal que han tenido recepción explícita en las Constituciones provinciales. No tengo duda que en esos supuestos la interpretación de la Constitución federal, para su aplicación en el ámbito de esa provincia, debe forzosamente pasar por el prisma de la Constitución local para armonizarlos, en tanto los contenidos de ésta no vulneren el núcleo no negociable que conforma el marco de convivencia general de la federación.

Todo esto nos lleva a dar una contundente respuesta afirmativa al segundo interrogante que se formulaba Montesquieu cuando se cuestionaba si la uniformidad es siempre conveniente o, por el contrario, “no sería más propio de la naturaleza del genio el saber en qué casos se necesita la uniformidad y en cuáles ofrecen más ventajas las diferencias”.³⁸

No se respeta la legitimidad democrática del poder constituyente en una federación si no se contextualizan los principios y reglas de la Constitución

³⁷ Smend, Rudolf, *cit.* por Häberle, Peter, *La Constitución como cultura*, trad. del texto italiano por Francisco Ferndil y Segeda, disponible en: <http://www.joseluisariasrey.com/doc/concul/.pdf>, p. 195.

³⁸ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, libro XXIX, t. II, cap. XVIII, Madrid, Librería General de Victoria-no Suárez, 1906, p. 376, disponible en: 2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT2.pdf.

federal en las realidades sociales y culturales de cada comunidad federada, y ésta es una tarea también compartida entre todos los intérpretes constitucionales, en especial los órganos judiciales federales y provinciales y, entre ellos, les cabe una función decisiva a los tribunales superiores y cortes de cada sistema judicial.

Como la interpretación de la Constitución es presupuesto de su aplicación cotidiana y de su vigencia efectiva, el aspecto sustancial de aquella titularidad compartida se exterioriza en las interpretaciones, no siempre iguales, sino más bien plenas de matices, que caracterizan las identidades locales, que los distintos integrantes de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales, desde los niveles federal y locales, le dan a las normas de la Constitución federal y de las Constituciones locales con las que deben armonizarse.

Esto adquiere especial relevancia y significación cuando, como ocurre en el caso argentino, la federación ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso y, además, con jurisprudencia no vinculante. En efecto, eso hace que una pluralidad de voces, tanto del sistema judicial federal como de los de las provincias, se expidan sobre la interpretación constitucional, en la medida en que estos últimos ejercen también el control de constitucionalidad federal, además del local.

Es verdad que, tratándose de una cuestión de constitucionalidad federal, siempre habrá una vía que permita llevar el caso ante la Corte Suprema Federal, que sigue siendo el último intérprete de la Constitución Nacional. Pero si es cierto que la Corte federal es el “último intérprete”, no lo es menos que no es el único. En consecuencia, aquello no le resta importancia al rol que asumen los tribunales provinciales en esta función de cointérpretes: 1o. porque la pluralidad de voces enriquece el debate, y no es imposible que el máximo tribunal de la federación comparta el criterio del tribunal provincial, y 2o. porque, aunque eso no ocurriera, los pronunciamientos de los tribunales superiores de provincia sobre una determinada inteligencia de algún punto de la Constitución Nacional les hacen tomar parte activa en el “diálogo de Cortes”,³⁹ que no tiene por qué reservarse de manera exclusiva a los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos. En el ámbito interno de una federación la imposición jerárquica de interpre-

³⁹ Esta idea ha sido desarrollada por García Roca, quien lo define como “una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes”. García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 192.

taciones únicas, despegadas de la diversa realidad social y cultural de cada provincia, tampoco se aviene con el pluralismo que debe caracterizar al federalismo e incluso al mismo Estado constitucional.

¿Existe dentro de las federaciones un margen de apreciación provincial?

En el orden de los sistemas internacionales de tutela de los derechos humanos, en particular en el europeo, se ha elaborado la doctrina del margen de apreciación nacional, que constituye una deferencia de los tribunales supranacionales hacia la interpretación de los derechos fundamentales que hacen los Estados, en aquellos casos en los que no existe consenso internacional sobre temas sensibles.

Núñez Poblete dice, con relación a este tema, que

El margen de apreciación, del mismo modo en que obra la subsidiariedad dentro de las organizaciones federales, viene a ser un estupendo instrumento que evita los negativos efectos que producen las fuerzas centrípetas una vez que éstas son desatadas. Dicho de otro modo, la doctrina del margen de apreciación, el más notable ejemplo del impacto del principio de subsidiariedad, dentro de las federaciones es la que mejor permite manejar las tensiones propias de la dialéctica entre lo universal y particular.⁴⁰

La pregunta es si resulta trasladable este concepto al ámbito interno de una federación, en particular, de la Argentina.

En lo que se refiere al derecho común, creo que debemos contestar categóricamente que sí. La Constitución ha reservado de manera explícita, en el artículo 75, inciso 12, y en el artículo 116, la facultad de aplicar las leyes del Congreso federal comprendidas en esa categoría a los tribunales provinciales cuando las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción. Como la facultad de aplicar una norma trae implícita la de interpretarla, porque no se puede hacer aquello sin antes haber hecho esto, es claro que la Constitución Nacional ha querido que los tribunales de provincia interpreten los contenidos de los códigos de fondo de acuerdo con la realidad cultural local, y eso puede llegar a dar lugar a interpretaciones diversas de una misma norma en

⁴⁰ Núñez Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos. Proyecciones regionales y nacionales*, Barbosa Delgado, Francisco (dir.), p. 43, disponible en: www.juridicas.unam.mx.

una provincia y en otra. Pero eso no puede ser motivo de escándalo en una federación. En Estados Unidos hay diversidad de legislación de fondo entre los estados, y no sólo diversidad de interpretación.

Lo que ocurre es que el federalismo es más compatible con la diversidad que con la homogeneidad, y ése es el fundamento de la disposición de la parte final del artículo 15 de la Ley 48, que expresamente excluye del recurso extraordinario por la causal del inciso 3 del artículo 14 a aquellos casos en los que se cuestione “la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos” de fondo (artículo 75, inciso 12, C. N.).

Resulta sin dudas más difícil hablar de margen de apreciación provincial en lo que se refiere a los derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional o los tratados con jerarquía constitucional, porque en esos supuestos está en juego la inteligencia de normas federales, y la Corte Suprema de la federación sigue siendo su intérprete final.

Pero eso no obsta a que la interpretación de aquellas normas que tutelan los derechos fundamentales se haga, aún por la propia Corte federal, conjugando la disposición normativa única, con la realidad social y cultural, que puede ser variada y diversa, y, en consecuencia, pueda admitir matices diferenciales según que se apliquen en el contexto de una provincia u otra. Sobre todo no es posible prescindir de las disposiciones de las Constituciones locales que, siempre que sea posible, deben ser armonizadas con las de la Constitución Nacional, y sólo dejadas de lado cuando medie entre ellas una incompatibilidad total.

En esa tarea de armonización, el rol de los tribunales provinciales es muy importante, abriendo el “diálogo de cortes”, al que nos hemos referido ya. Es verdad que la última palabra la tendrá la Corte Suprema, pero no necesariamente esa última palabra debe ser idéntica cuando interpreta y aplica una norma o un derecho en dos realidades culturales distintas, máxime si median normas constitucionales locales que puedan dar lugar a una interpretación armonizante con las federales. Si el derecho y la Constitución tienen una dimensión social y una dimensión cultural, la interpretación final de la Corte Suprema debiera admitir los matices interpretativos que requiere la diversidad cultural de la federación, para guardar fidelidad con la voluntad de los pueblos federados, expresada formalmente en sus Constituciones locales o en la vivencia cotidiana de la Constitución desde su propia cultura. Creo que esta última es la vía que guarda una mayor fidelidad a los principios democráticos, en la medida en que legitima las decisiones en aquella voluntad de los pueblos.

En definitiva, considero que, aunque sensiblemente más acotado por el principio de supremacía del artículo 31, C. N. y las funciones que la ley

fundamental le asigna a la Corte Suprema de Justicia, aun en materia de interpretación constitucional un sistema judicial auténticamente federal debe reconocer un cierto margen de apreciación provincial, de manera que los tribunales superiores locales no sean “convidados de piedra” en la interpretación de la Constitución federal, y puedan llevar al ya referido “diálogo de cortes” los principios, valores y creencias fundamentales de sus comunidades locales, que no pueden ser ajenos a la interpretación que se haga de aquélla, máxime si están explicitados en las Constituciones provinciales.

VI. CONCLUSIONES

Las reflexiones que anteceden nos llevan a concluir que podemos reconocer legitimidad democrática en la Constitución de una federación, en la medida en que ésta refleje en un armonioso equilibrio su identidad cultural una y diversa. Para ello no basta la participación formal de las comunidades federadas en el proceso constituyente ni la coexistencia de una Constitución federal con Constituciones locales, sino que es necesario además que la interpretación y aplicación del orden constitucional en su integridad sea llevado a cabo por todos los integrantes de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, en especial por los órganos del gobierno federal y de los gobiernos locales, y muy particularmente por sus órganos judiciales, resguardando el núcleo no negociable de principios, creencias y valores en que se funda el marco de convivencia federativo, contenido en la Constitución federal, pero sin desconocer las particularidades y matices resultantes de la diversidad cultural interna, que no resulten incompatibles con los contenidos esenciales de aquél.

A estos fines, el reconocimiento de un margen de apreciación local en la interpretación del orden jurídico federativo, facilitado por un real, efectivo y fecundo “diálogo de cortes”, se muestra como una herramienta imprescindible.

Sólo así, en ese marco de pluralismo y respeto por la identidad de “los pueblos”, podremos considerar que su condición de titulares del poder constituyente es algo más que una mera ficción o mito.