

# **ORIGEN Y NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE PROVINCIAL EN UNA ESTRUCTURA DE ESTADO FEDERAL**

Por el Académico DR. ALBERTO ANTONIO SPOTA

## **I**

### **PRÓLOGO**

Exponer acerca del origen y naturaleza del poder constituyente provincial en una estructura de forma de estado federal, presupone lógicamente un antecedente, que es definir el origen y naturaleza del poder constituyente nacional.

Y otro presupuesto que es encuadrar y definir, también, el concepto de estado federal.

Esos dos requisitos son absolutamente necesarios para desarrollar el objeto de este trabajo.

Existe en su consecuencia la necesidad de explicitar aquellos antecedentes y presupuestos para cumplimentar, no solamente el principio de la lógica de los antecedentes, exigencia básica en toda estructura jurídica, sino además, para rendir el debido tributo a las exigencias mínimas indispensables de la lógica, sin ningún otro aditamento.

En su consecuencia, el desarrollo de las dos coordenadas arriba indicadas, lo realizo de la suerte que sigue.

## II

### ORIGEN Y NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO EN EL ÁMBITO DE UN ESTADO SOBERANO. TEORÍA CLÁSICA

Frente a la pregunta de cuál es el origen y naturaleza del poder constituyente nacional, o en general del poder constituyente en un estado soberano, cualquiera sea la forma de gobierno o la forma de estado del mismo, de inmediato debe hacerse también una prevención básica y fundamental.

El tema del origen y naturaleza del poder constituyente es tema típico de la cultura occidental. Está imbricado fundamentalmente en la segunda mitad del siglo XVIII y de allí en adelante.

Las grandes revoluciones francesa y norteamericana trajeron sobre el tapete este tema.

No hay duda de que esencialmente la revolución francesa se ocupó a través de la figura de Sièyes de ese origen y de esa naturaleza del poder constituyente.

En los Estados Unidos, el tema transitó unos años antes, en función sobre todo, de los artículos periodísticos que luego de recopilados reciben el nombre de "*El Federalista*". No olvidando que el señalamiento más trascendente, en este caso, se realiza con referencia a la ecuación de la forma de estado federal. Y más que en la doctrina, en la práctica constitucional que significó la propia existencia de la Constitución de los Estados Unidos de la América del Norte de 1787 que se puede decir inventó la forma de estado federal como resultado de las transacciones entre poderes reales de hecho.

Volviendo al tema en análisis, esto es al origen y naturaleza del poder constituyente en una comunidad humana que se considera soberana en el ámbito de lo internacional y reconocida como tal por esa comunidad internacional de aglutinamientos humanos que también gozan de soberanía, recibió respuestas, sobre todo, a partir de la línea francesa, partiendo del presupuesto de reconocer o no la existencia del poder constituyente en función de valoraciones axiológicas y ontológicas.

Al origen y naturaleza del poder constituyente, en su consecuencia, se lo vinculó necesariamente con valoraciones jurídico-políticas y sujetos que lo debieran ejercer.

La Declaración 16 del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789, en la Convención Francesa, da la respuesta concreta a nuestra pregunta, siguiendo los lineamientos que van expuestos.

Esto es valoración político-jurídica.

O, mejor dicho, respuesta en función de una valoración jurídico-política.

La Declaración 16 dice que aquella comunidad humana que no reconozca los derechos esenciales que la propia Declaración ha enunciado, esto es los derechos del hombre, y que no tenga una estructura de división de poderes, no tiene Constitución.

Esto quiere decir que, en esa organización humana, no se ejerció el poder constituyente.

¿Por qué? porque el resultado del poder constituyente debe ser una constitución que enuncia aquellos derechos y la mentada división de poderes.

La Declaración 16 de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en síntesis, señala que para que exista ejercicio del poder constituyente, es menester que el resultado de ese ejercicio importe necesariamente una norma jurídica de base, esto es una constitución, en la que se reconozcan y garantan los derechos del hombre, y se estructure el poder dividido en su ejercicio.

El poder constituyente, entonces, no crea derechos, sino que reconoce derechos preexistentes. Que vienen con el hombre y que nacen con él. Y que son anteriores al propio poder constituyente y a todo tipo de estructura jurídica.

Y el poder constituyente, además, debe dar como complemento de ese reconocimiento de derechos, una estructura que haga que el ejercicio del poder político sea dividido.

La división de poderes tiene como telos u objetivo fía política, un sentido organizativo o de eficacia o de eficiencia.

La división de poderes tiene como telos u objetivo lograr que jamás el poder se concentre. Pues la historia

enseña que todo poder concentrado, es poder abusivo, o acaba a poco andar en poder abusivo.

Y en su consecuencia, es necesario dividir al poder para garantizar la libertad individual.

Ese es el telos de la división de poderes.

En EE.UU., se pensó lo mismo.

Entiéndase entonces que dentro de esta concepción, la división de poderes es un medio para mantener, precaver y cuidar de la libertad individual.

Dentro de esta concepción, entonces, el origen es quizá menos importante que el resultado del poder constituyente.

El origen del poder constituyente puede no ser dentro de esta posición el resultado de la voluntad de todos, o de los más.

Lo importante, dentro de esta concepción, es el resultado del poder constituyente, como lo acabo de afirmar.

El resultado de ese poder constituyente, debe ser una constitución que reconozca los derechos del hombre anteriores a la estructura jurídico-política, y que además instaure una división de poderes eficiente en su ejercicio.

Esta concepción, por su propia dinámica interna, agregó al resultado, la naturaleza del origen del poder constituyente.

Al describir una constitución como la estructura jurídico-política que reconoce los derechos preexistentes del hombre por su sola condición de tal, consecuentemente, y por razón lógica, se asentó el poder constituyente en cada uno de esos sujetos titulares de aquellos derechos inalienables, anteriores a la organización jurídico-política.

Y entonces, por este camino, el sujeto del poder constituyente se escribió en las constituciones que no podía ser sino el pueblo.

Pero el primer paso no fue hacer al pueblo el titular del poder constituyente, sino a la Nación.

Debe recordarse que el concepto de Nación, en su primer momento, en Francia, está vinculado a los estrados sociales de la sociedad política anterior a la revolución francesa.

El clero, la nobleza y la burguesía, los tres estrados sociales, conformaban la Nación, de acuerdo con el decir de Sièyes. Y seguramente, el sentir real general.

Pero el mismo decir de Sièyes acaba desembocando que titular del poder constituyente es el pueblo todo.

Y por pueblo todo se entiende el conjunto de las individualidades que integran al tercer estado, primero. Y luego, a la totalidad de la población. Esto último fue acaeciendo a lo largo del siglo XIX.

Por ese camino transitó también el concepto de poder constituyente en los Estados Unidos de la América del Norte.

También, idéntico tránsito fue sucediendo en las historias constitucionales de Latinoamérica.

Y el pueblo fue el origen del poder constituyente para todos, así que acabó el siglo XIX, en los países avanzados de Occidente.

Evidentemente Nación o pueblo hacen que ese origen del poder constituyente se explicita, si se analiza y desarrolla el tema a fondo, diciendo que la voluntad de esta Nación y de ese pueblo crea y da origen al poder constituyente.

Dicho de otra suerte, el poder constituyente es entonces el poder político del pueblo en su etapa fundamental o primigenia, cuando crea la norma de base.

Sintetizando esta postura, el poder constituyente entonces, para toda esta concepción, es aquél que, de naturaleza política, crea una normativa jurídica, en la que debe reconocerse necesariamente los derechos inalienables del hombre, y debe estructurarse el poder político dividido, para su ejercicio legítimo y no peligroso para la libertad individual, que es el telos final del sistema.

Vendrá entonces, en la línea francesa y norteamericana, el concepto de constitución, como arca guardadora de los valores básicos de la comunidad.

De allí la división entre poder constituyente y poderes constituidos.

De allí, los orígenes y la razón de ser del concepto de constitución rígida.

Ello, para dificultar su reforma. A los efectos de que la misma no sea el resultado de avatares partidistas circunstanciales.

Pero lo concreto y sintético de esta concepción es que

el poder constituyente se caracteriza por su resultado y además por quien lo ejerce.

Quien lo ejerce debe ser el pueblo. Y su resultado, una norma jurídica que reconozca los derechos esenciales y divida el ejercicio del poder político.

O que se tome como postura para responder a la pregunta del origen y naturaleza del poder constituyente, la exigencia de las dos coordenadas, esto es, que sea ejercido por el pueblo como único titular, y además, que su resultado describa el reconocimiento de los derechos esenciales del hombre y la división en el ejercicio del poder político; o que se tome exclusivamente como característica del poder constituyente el resultado recién descrito, no importando quién lo haya ejercido, la realidad es que, desde fines del siglo XVIII en adelante, la conceptualización, el origen y la naturaleza del poder constituyente circulan en derredor de estos dos presupuestos.

Ha habido tonalidades como la de Carl Schmidt sobre la base del decisionismo, y sobre el presupuesto de la continuidad de la naturaleza de determinadas nacionalidades a través de la historia, o de otro tipo de constantes, que en algún momento podrían llevar a algún aspecto de racismo, u otras posturas que significaran variables sobre las dos coordenadas de base. Pero lo importante es comprender que el origen y naturaleza del poder constituyente continúa siempre en derredor del tema de quién lo ejerce, y cuál es el resultado.

Todos los debates que la ciencia política y el derecho constitucional reconocen en derredor del origen y naturaleza del poder constituyente, circulan en su consecuencia en función de estos dos presupuestos: sujeto que lo ejerce y resultado producido.

Y luego las variables ya mencionadas.

### III

## LA CRÍTICA RAZONADA A LA POSTURA CLÁSICA DESCRIPTA EN EL CAPÍTULO PRECEDENTE, SOBRE EL TEMA DEL ORIGEN Y NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE

Pero sucede que si nos embarcamos en cualquiera de esas posiciones, naturalmente al analizar la historia y la contemporaneidad, acaece que numerosísimas comunidades humanas, organizadas políticamente, cualquiera sea su forma, tribal, imperial, feudal, de monarquía absoluta, o formas aristocráticas, o aristocratizantes, o totalitarias, quedarían fuera de estos esquemas.

Entonces, y en la práctica, resultaría que el poder constituyente se habría ejercido nada más que desde fines del siglo XVIII en adelante, y solamente en algunas comunidades de la tierra. Aquéllas de estructura democrática.

Así acaece que quedaría fuera del tema del poder constituyente. prácticamente toda la historia y grandísima parte de nuestra contemporaneidad. Ello por cuanto las autocracias y los totalitarismos ocupan la parte más trascendente de la historia, y en nuestros días, más de la mitad del planeta.

Visto así el panorama del análisis del origen y naturaleza del poder constituyente, se hace necesario ubicar alguna concepción que abarque el ejercicio del poder constituyente, que ha existido desde siempre en la historia y existe en nuestra contemporaneidad. Más allá, no sólo del sujeto que ejerza ese poder constituyente; sino también más acá del resultado. Esto es, del ordenamiento institucional y jurídico que quien ejerza el poder constituyente haya dado o dé a los pueblos.

El hecho concreto y cierto es que el dato de convivencia es dato inescindible del dato de existencia del ser humano; en forma tal que es absolutamente imposible concebir la existencia de un ser humano que al propio tiempo que exista, no coexista con los demás seres humanos. Resulta que la forma de darse de la existencia, en la especie

humana, entre otras, es la de coexistir. Esto es, el dato de coexistencia es dato ineludible.

Es cierto que cada ser humano tiene una personalidad especial que le da su propia esencia y existencia. Pero también es cierto que la existencia de todo ser humano se da en medio de los otros seres humanos. Esto es, la existencia se da en medio de la coexistencia.

De la misma suerte y de la misma manera, y teniendo como testigo a la antropología, a la historia y a la contemporaneidad, resulta que toda coexistencia no se da al acaso.

Todo coexistir importa siempre un cierto orden, como bien lo dice Heller.

Ese orden podrá ser valorado como justo o injusto; bueno o malo, o merecer cualquier otro tipo de adjetivación. Pero siempre habrá en todo coexistir un cierto orden político social.

Lo concreto es que los hombres no convivimos al acaso.

Toda comunidad humana ha sido desde siempre estructurada en su coexistencia de alguna forma y de alguna manera.

La estructuración de esa coexistencia en lo que se refiere a lo que se llama gobernabilidad del grupo, está referida directamente al tema que nos ocupa. Esto es al origen y naturaleza del poder constituyente.

Visto el tema desde este ángulo, resulta que no ha existido, ni existe, ninguna comunidad humana que no haya tenido o no tenga un ordenamiento institucional o jurídico, con prescindencia de quien haya dado ese ordenamiento y con prescindencia también del signo-axiológico o valorativo que pueda merecer ese ordenamiento.

Esto es, ejemplos de ejercicio de poder constituyente, ha habido siempre y los hay, más allá de quien ejerza el poder suficiente o bastante como para dar ese ordenamiento; y más acá de si el ordenamiento dado, como va dicho, haya tenido o tenga signo positivo o negativo, o cualquier signo que sea.

Vistas así las cosas, resulta que como ya lo he escrito hace muchos años, el poder constituyente es aquel poder

capaz de dar a una comunidad humana, su norma de base y de modificarla.

Ese poder capaz de dar esa norma de base es naturalmente el poder político.

Entonces el poder constituyente, en su origen, es naturalmente político.

Y ese poder político se jurisdiza al normarse.

En su consecuencia, poder constituyente es la capacidad del poder político de dar a una comunidad un plexo jurídico de base y modificarlo.

Ello partiendo del presupuesto de que poder político es la capacidad efectivizada en la acción producida realmente, de condicionar el quehacer y devenir de una comunidad como todo.

*III.1. El tema de la "durabilidad" del resultado del quehacer del poder constituyente, y su trascendencia, para caracterizarlo.*

Ahora bien, ha llegado el momento de señalar que cualquier ejercicio del poder político por quien lo ejerza en un momento determinado, que tenga por resultado dar una estructura institucional y jurídica de base a una comunidad determinada, no por ese motivo necesariamente importa ejercicio del poder constituyente.

Ello, por cuanto la historia y la contemporaneidad enseñan que poderes políticos circunstanciales, a los efectos de intentar sacralizar sus orígenes, y convertir la situación de hecho en pretendida situación de derecho, por el prestigio social que ello importa, que supone estabilidad, intentaron escribir normas jurídicas que pretendieron ser de base (Constituciones, estatutos, normas fundamentales, y supuestos semejantes), e imponerlas a la comunidad como tales.

Pero la poca consistencia de ese poder político hizo que, como hay tantos ejemplos en la historia y en la contemporaneidad, durara tiempo muy breve esa pretendida normativa de base.

En consecuencia, con la caída de ese poder político, cayó también la normativa jurídica de base con la que

pretendió estructurar la organización institucional y jurídica de la comunidad respectiva.

Hay una multitud de ejemplos en la historia de poderes políticos que han actuado de esta suerte y que duraron menos que una pompa de jabón.

Esos casos no importan ejercicio de poder constituyente, sino ejercicio circunstancial de puro poder político, que no llegó jamás a ser poder constituyente.

A todo lo señalado precedentemente, en el sentido de que poder constituyente es aquel poder político de dar a una comunidad un plexo jurídico y modificarlo, se agrega la exigencia de que esa norma jurídica de base tenga, en su aplicación, una durabilidad razonable.

Sin esa durabilidad razonable, no hay ejercicio del poder constituyente. Hay simple ejercicio de poder político circunstancialmente triunfante.

Es claro que, en su consecuencia, al momento del ejercicio de dar la norma jurídica de base por el poder político, es difícil definir con certeza si se está ejerciendo el poder constituyente o no.

Ello se verá luego de un período histórico suficiente como para definir si ha habido la durabilidad bastante, en lo que se refiere y relaciona con la norma de base.

Es posible, analizando las circunstancias del ejercicio del poder político que da esa norma de base, presumir con alguna certeza, si se está ejerciendo o no poder constituyente.

Pero la seguridad solamente la dará la historia.

### III.2. *Síntesis de la posición adoptada sobre origen y naturaleza del poder constituyente originario.*

Hechas estas aclaraciones, resulta entonces con claridad que el poder constituyente, como se ha dicho, es poder político.

• Poder político que se jurisdiza al normarse.

• Poder político cuyo resultado es jurídico.

El tránsito de lo político a lo jurídico se produce a través del ejercicio del poder constituyente.

La durabilidad es el elemento que definirá si el poder político que se ejerció en un momento, para dar la

norma jurídica de base, se ha convertido realmente en poder constituyente, a través de una duración razonable del resultado producido en su aplicación eficiente.

Esa duración razonable de la vigencia de la norma jurídica de base, producida por la voluntad del poder político, que así, a través de esa durabilidad se ha convertido en poder constituyente, hace que ese resultado jurídico dé nueva naturaleza al esfuerzo del poder político.

Como ya está dicho, el poder político se jurisdiza al normarse.

La durabilidad alegada puede tener diversas medidas o metro.

Una de esas medidas o metro, es la posibilidad objetiva de afirmar, también objetivamente, que esa norma jurídica de base ha tenido vigencia, y ha sido aplicada por un tiempo superior a una generación, en una comunidad determinada.

Esto es, cuando se ha condicionado un tiempo histórico mínimo, como puede ser el tiempo histórico de una generación, así como la sociología política lo tiene analizado, puede decirse que el poder político ejercido es y ha sido poder constituyente.

Ese metro o medida podrá ser debatido. Pero, evidentemente, un mínimo de esa durabilidad bien puede ser aceptado en la afirmación de la vigencia normativa creada, condicionando a una generación en una comunidad.

Así las cosas, resulta entonces y en síntesis, que el poder constituyente es político en su origen y jurídico en su resultado.

Esa juridicidad estará apoyada permanentemente en el poder político, y se irán dando la energía permanente para la vigencia del ordenamiento jurídico de base.

Las transformaciones internas y externas del poder político irán transformando también a ese resultado jurídico.

Como ya lo he repetido varias veces, es lo político lo que condiciona a lo jurídico, y no al revés, mal que nos pese.

Desde lo jurídico, es posible condicionar, pero muy poco, a lo político.

Sin duda la juridicidad de lo político importa un

progreso acumulativo en lo cultural, pues, en principio, lo jurídico es siempre un mínimo de ética.

Así al menos lo demuestra la historia y la antropología.

Es claro que me refiero a la ética de cada tiempo. Esto es, a la tabla de valores de las sociedades, en cada uno de los momentos históricos por las que esas sociedades transiten.

También, ese mínimo de ética, tiene sus transformaciones así como la historia lo demuestra, en función de un cúmulo de tensiones y circunstancias socio-políticas y económicas.

#### IV

### EL PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR EN EL ÁMBITO NACIONAL. SU ORIGEN Y NATURALEZA

Pero, volviendo a nuestro tema central, resulta que el producto de aquel poder político, esto es la norma jurídica de base, por su propia naturaleza de tal, hará que entonces, el poder reformador, esto es el poder constituyente derivado, se diferencie enormemente del poder constituyente originario.

El poder constituyente originario es poder político, como ya ha sido largamente desarrollado.

Su resultado es jurídico.

Por ello, el poder constituyente reformador tiene su origen en la norma jurídica de base. Aquella que, en los estados de derecho, habilita la propia transformación. Y a veces, hasta su propia extinción.

El poder constituyente reformador o poder constituyente derivado, en consecuencia, asentado en la norma jurídica de base, tiene un origen jurídico y no político.

Por ello, el poder constituyente derivado es poder constituyente de origen y naturaleza jurídica. Y, sin lugar a dudas, su resultado es jurídico.

Por ese motivo, el poder constituyente derivado o reformador, debe, necesariamente, cumplimentar la esencia del principio de la lógica de los antecedentes.

Esto quiere decir que el poder constituyente reformador o derivado está legítimamente limitado por la norma de base, y por la instrumentación dada por la dinámica de los institutos creados por esa norma de base, para su propia modificación.

En el caso, por ejemplo, de la Constitución argentina de 1853 y 1860, el art. 30 es buen ejemplo de lo que va dicho.

El poder constituyente originario habilitó en los términos del art. 30, la reforma de esa norma jurídica de base.

Estableció las mayorías especiales allí señaladas.

Mostró el curso de acción a través de una Convención Reformadora.

Más allá de los debates habidos en la Convención de 1949, con relación a la naturaleza jurídica de la norma que llame a reforma. Y más allá también, de los debates en derredor a las mayorías necesarias en cada una de las Cámaras para producir esa norma prerreformadora, la realidad es que el poder constituyente originario dio al poder reformador sus límites, en los términos del relacionado art. 30.

Por ello, el resultado del quehacer del poder constituyente reformador o derivado, debe estar encuadrado dentro de los cánones señalados por la norma jurídica, que es su antecedente.

Otro tema será el debate de qué órgano tendrá capacidad para analizar la constitucionalidad o no del resultado de una reforma de una norma de base.

Lo concreto es que el poder constituyente reformador es poder jurídico. Y está limitado por la norma jurídica que es su antecedente.

Está limitado en el ámbito de los temas a reformar. Y está limitado también, en el ámbito temporal, para producir la reforma.

Con relación a la primera limitación, esto es, el ámbito de los temas a reformar, es instructivo el debate producido en la Convención Reformadora de 1898.

Allí se resolvió, con signo positivo, y con notable acierto, la naturaleza jurídica y las limitaciones del poder reformador.

La Convención Reformadora es soberana en el ámbito

que se le dio para reformar y durante el tiempo útil que se le dio para producir las reformas.

Pero no es soberana para ampliar su temario o modificarlo, ni tampoco para ampliar su propio tiempo de actuación.

Es claro que no tiene la obligación de reformar lo que se le propone reformar. Desde que mantener lo existente es decisión apta y útil de la Convención Reformadora de que se trate.

Todo ello, por cuanto como está dicho, la Convención Reformadora es de origen y naturaleza jurídica. Y su resultado es jurídico. Y, como ya se ha dicho y repetido, dentro de la esencia de lo jurídico está la necesidad de cumplimentar el principio de la lógica de los antecedentes.

## V

### **NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR QUE EXCEDIÓ SU MANDATO O PLAZO Y SU RESULTADO ES RESPETADO POR LA COMUNIDAD Y EL PODER POLÍTICO DE TURNO**

Si una Convención Reformadora altera, modifica o amplía su temario o su tiempo de actuación, y el resultado que produce es respetado por el poder político de turno y los pueblos, la realidad es que no se ha ejercido el poder constituyente reformador, sino que se ha vuelto a ejercer el poder constituyente originario.

Ello por cuanto el poder político que la convocó ha aceptado el rompimiento del principio de la lógica de los antecedentes, y ha habilitado fácticamente a la Convención Reformadora a constituirse en convención originaria y respetado el resultado.

Esto es, se ha producido, nuevamente, ejercicio del poder político originario, al quebrar la estructura jurídica asentada en el principio de la lógica de los antecedentes.

## VI

### AMPLIACIÓN DE LO EXPUESTO EN EL CAPÍTULO PRECEDENTE, EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ARGENTINA

Esto sucedió entre nosotros, al menos dos veces.

La primera vez lo fue en 1860, cuando la Convención convocada en los términos del Pacto del 1º de noviembre de 1859 y de junio de 1860, en setiembre de ese mismo año de 1860 a pesar de la 1ª par. del art. 30 de la Constitución Nacional, así como fue redactado, en 1853, produjo las reformas por todos conocidas.

Por eso nuestra Constitución tiene al menos dos momentos de ejercicio del poder constituyente originario. Esos dos momentos de ejercicio del poder constituyente originario son 1852-1853 y 1860.

Y la otra ocasión fue en 1957. Cuando, en violación de la norma señalada, esto es del mismo art. 30, vigente entonces y hoy, se convoca por un gobierno de facto a convención constituyente, con exclusiones políticas, y se producen las reformas y ampliación del art. 14 bis y 67, inc. 11 de la Constitución Nacional y otras menores.

En ambos casos, la durabilidad del resultado evidencia el ejercicio del poder constituyente originario. Pues, muchas generaciones fueron condicionadas por la norma jurídica integrada en 1860 y luego en 1957.

Lo mismo se puede decir del destino final de la duración de las reformas de 1949. Ellas fueron derogadas primero por proclama en marzo de 1956, y ratificada esa derogación luego, por decisión de la Convención de 1957.

Allí están estos tres ejemplos producidos formalmente por aparentes poderes constituyentes reformadores, en verdad, poderes constituyentes originarios.

Todo esto más allá y más acá del tema sobre el debate de la legitimidad o no de la reforma de 1949, en función de la norma jurídica que habilitó aquella Convención Reformadora, que se llamó a sí misma simplemente Convención Nacional Constituyente y no Convención Nacional Reformadora. Significando de esta suerte y de esta manera, que

a pesar de que apareció jurídicamente como reformadora, se sintió existencialmente como ejercicio del poder constituyente originario. Así también lo dijeron sus ideólogos.

Y además los hechos fueron de esta suerte. Pues, sin lugar a ninguna duda la reforma de 1949 modificó la esencia de la filosofía política de la Constitución de 1853 y 1860.

## VII

### SÍNTESIS DEL ORIGEN Y NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE REFORMADOR O DELEGADO

Queda entonces claro que el origen y la naturaleza del poder reformador es jurídico.

## VIII

### NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE DE LAS PROVINCIAS EN UNA ESTRUCTURA DE ESTADO FEDERAL

Luego de este largo análisis, que a mi criterio resulta necesario para desentrañar la naturaleza del poder constituyente de las provincias en una estructura de estado federal, paso al tema concreto de esta exposición.

Siguiendo el mismo orden lógico, señalo que de la misma manera que, al analizar el origen y naturaleza del poder constituyente, dejé de lado los debates sobre el sujeto que lo ejerce y el resultado, y asumí la postura realista, que significa reconocer el ejercicio del poder constituyente en cualquier comunidad humana del pasado y del presente con prescindencia total de quien lo haya ejercido y del resultado, ahora también al analizar el origen y naturaleza del poder constituyente de las provincias, en una estructura de origen federal, intentaré dejar de lado ámbitos que a mi criterio han confundido y confunden este importante tema.

El tema que me ocupa ha de ser observado y analizado desde diversas plataformas de observación.

Muchas de ellas, o todas, lo único que hacen es confundir el tema a analizar y consecuentemente la respuesta.

Sin lugar a ninguna duda, todo estado federal es el resultado de un acaecer, que se da en la historia.

Es válido y extraordinariamente creador y fecundador de ideas, analizar desde el punto de vista histórico, los sucesos y acaeceres que llevaron a la formación de un estado federal.

Ese análisis histórico es indudablemente eficiente, en tanto que análisis histórico.

Así se verá que históricamente, en las comunidades humanas, el devenir enseña que aquellas que tienen, o han tenido, formas de estado federal proceden, por lo general, de dos tipos de origen.

Uno de esos orígenes es la existencia de una unidad centralizada y única, que como tal se fue desprendiendo de capacidades. Y una fuerza centrífuga creó, por voluntad del todo central, lo que se llama autonomías provinciales.

Un ejemplo no del todo perfecto, pero razonablemente aceptable, es Canadá.

Y, en cierta forma hoy, otros ejemplos valiosos lo son los estados europeos que tienden a las regionalizaciones, como Italia, Alemania Federal, España y la propia Bélgica en el ámbito de los países capitalistas.

Y en el mundo socialista, vemos los ejemplos de Checoslovaquia, Yugoslavia y otras comunidades de los países del este, que muestran otros ejemplos de descentralización que va camino de formas de estado federal, con sus naturales variantes.

Nosotros mismos, como Nación, somos en gran medida un ejemplo de descentralización, si es que recordamos el sistema clásico que los Habsburgos dieron para América primero y luego los Borbones, con sus ordenanzas de intendentes, otorgaron a las tierras de América, desde Río Grande al Sur.

Y el propio sistema que rigió entre nosotros, al comienzo, en derredor de 1810, que prontamente llevó a la desintegración que culminó fundamentalmente en 1820, y luego del final de la presidencia provisoria de Vicente López, esto es lo que acaeció en 1827 y duró hasta Caseros en 1852, es otro buen ejemplo, sin perjuicio de diferenciar claramente confederación de estado federal.

Otro sistema es el centrípeto. Él se produce sobre la base de una fuerza concentradora que aglutina unidades

políticas, originariamente separadas entre sí, aunque a veces con un poder central único, como fue el caso de las trece Colonias inglesas en la América del Norte.

El ejemplo del imperio portugués es igual al ejemplo de lo acaecido en las naciones de estado federal actual que, como colonias, hace casi dos siglos integraron el imperio español en América.

La estructura federativa brasileña siguió sendas muy semejantes a la argentina.

Históricamente, entonces, podrá discutirse o debatirse si han sido primero en su origen el Estado central, o las unidades que luego se constituyeron en autónomas

Y deducir, a mi criterio, en forma no legítima, como consecuencia de esa primacía histórica real, o que se adjudique, el origen y naturaleza del poder constituyente provincial.

Pero, construir una premisa jurídica exclusivamente desde presupuestos históricos, no es un acierto.

Lo jurídico y lo histórico tienen esencia y naturaleza diferentes.

El tema de la naturaleza del poder constituyente provincial es un tema jurídico y no histórico.

El enfoque histórico puede servir naturalmente para la comprensión histórica del tema. Pero no para la comprensión jurídica.

Puede efectuarse también un análisis sociológico de lo que se considere es legítimo, para conocer las relaciones entre el estado nacional central y cada una de las autonomías provinciales.

Ese análisis sociológico determinará también, desde su ángulo y punto de vista sociológico, la naturaleza de esas relaciones.

Y, de la naturaleza de esas relaciones, se pretenderá responder al tema que nos ocupa.

Pero esa respuesta no será jurídica, sino sociológica.

Ahora bien, deducir de las disquisiciones sociológicas la naturaleza jurídica del poder constituyente provincial, resulta el mismo desacierto, a mis ojos, que deducir de los conocimientos históricos la naturaleza jurídica del referido poder constituyente provincial.

Los análisis sociológicos de las relaciones y orígenes y cursos de acción y tensiones que en el ámbito sociológico

pueden existir, entre el estado central y los entes autónomos, puede tener y tiene, sin lugar a duda, un enorme valimiento, para el conocimiento de lo sociológico, pero no para lo jurídico.

Lo jurídico, desde el momento histórico de su génesis, cuando es resultado del poder político, y de allí en adelante, debe ser siempre, racionalmente, dar cumplimiento al principio de la lógica de los antecedentes.

Inclusive, los antecedentes políticos de las relaciones entre el estado central y las entidades autónomas no son precedente útil para analizar la naturaleza jurídica del poder constituyente provincial.

Los antecedentes políticos explican el devenir político, que llevó a las estructuraciones institucionales correspondientes.

Esos antecedentes políticos explican el origen del poder constituyente originario, como se ha desarrollado precedentemente.

Ya se ha dicho que el poder constituyente originario, es efectivamente político. Pero el resultado es jurídico.

El poder político se jurisdiza al normarse a través del poder constituyente.

De allí, que los orígenes políticos de un estado, o de una estructura de distribución de competencias dentro de un estado, tiene enorme importancia, para describir la forma y manera como devino la creación de la unidad política y su descentralización.

Pero, atento a que el producto del esfuerzo del poder político no es en el ámbito que nos ocupa de distribución de competencias, un producto político, sino un producto jurídico, las filiaciones jurídicas que nacen de la norma primera, norma jurídica, son filiaciones que se dan como resultado lo jurídico y no, lo político.

#### **VIII.1. *El estado federal argentino, nacido como consecuencia del acuerdo de San Nicolás de los Arroyos. Sus características.***

Esto es, resulta posible que el origen, como acaeció entre nosotros, del órgano que creó institucionalmente el Estado argentino contemporáneo, que fue en el caso, el

Acuerdo de San Nicolás de mayo de 1852, ha sido y sea, el resultado de la voluntad política de los estados miembros que lo constituyeron.

Esto es, la voluntad de los confederados creó el Acuerdo de San Nicolás.

El Acuerdo de San Nicolás es un convenio político que dio normativas jurídicas.

Esas normativas jurídicas, a su vez, dieron origen al Congreso Constituyente de Santa Fe.

El Congreso Constituyente de Santa Fe nace como consecuencia del Acuerdo político de San Nicolás de los Arroyos.

En San Nicolás de los Arroyos se ejerció poder político.

Ese poder político estaba respaldado, fundamentalmente, por el ejército de Urquiza.

Ese Acuerdo político de San Nicolás dio un primer resultado jurídico.

Ese primer resultado jurídico fue la convocatoria al Congreso de Santa Fe.

El Congreso de Santa Fe ya fue un Congreso normado jurídicamente por el Acuerdo de San Nicolás.

Entre nosotros, el tránsito de confederación a estado federal, se produjo no con la Constitución de 1853-1860, sino con el Acuerdo de San Nicolás.

A mérito del Acuerdo de San Nicolás, las anteriores provincias que eran estados soberanos resignaron su soberanía; pues crearon un poder ejecutivo central, cual fue el director provisorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata.

A ese director provisorio se le dio el derecho de intervención a las provincias.

El derecho de intervención a las provincias es propio del estado federal.

En una confederación no hay derecho de intervención.

A ese director se le dio además el derecho para reglar sobre aduanas, en la forma expuesta en el Acuerdo.

Se suprimieron las aduanas interiores.

A ese Director se le dio además, el gobierno de los ejércitos y milicias provinciales.

Hubo una ruptura política el 11 de diciembre de 1852.

Pero la nueva estructura jurídica en forma de estado federal, con las capacidades señaladas, continuó con las trece provincias restantes.

### VIII.2. *El tránsito de confederación a estado federal en la Argentina.*

La transformación de confederación en estado federal, a mérito del hecho político que fue Caseros, hecho político que se jurisdizó con el Acuerdo de San Nicolás, que produjo el tránsito de confederación a estado federal, da el antecedente jurídico necesario, también, al congreso que se reunirá en noviembre de 1852 en Santa Fe.

### VIII.3. *El estado federal argentino, nacido de la Constitución de 1853.*

El Congreso Constituyente de 1852 y 1853, resultado de una voluntad política, que como se ha dicho produjo además políticamente el tránsito de confederación a estado federal, produjo también, jurídicamente, como resultado de aquel poder político transformado en poder constituyente, la norma jurídica de base de la nueva forma de estado, que será la forma de estado federal.

La Constitución de 1853 creó el *nuevo* estado federal, distribuyendo las competencias entre Nación y provincias.

Esto es, el estado federal argentino que nació históricamente con el Acuerdo de San Nicolás, no es el estado federal argentino que nace con la Constitución de 1853.

El estado federal argentino de 1852, que rige hasta la vigencia de la Constitución de 1853, es el estado federal reglado por la normativa jurídica establecida en el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos; que además de las capacidades que le daba al director provisorio, arriba enunciadas, le dio también la conducción de la política exterior.

#### VIII.4. *Análisis del estado federal nacido con la Constitución de 1853, frente al tema del origen y naturaleza del poder constituyente provincial.*

Pero este estado federal del Acuerdo de San Nicolás, que acaba con la promulgación y juramento por los pueblos de la norma jurídica creada por la Constituyente de 1852 y 1853, tampoco es el que determina el origen y naturaleza del poder constituyente provincial.

Ello por cuanto el estado federal que nace con la Constitución de 1853, tiene como antecedentes políticos, sociológicos e históricos la batalla de Caseros, el Acuerdo de San Nicolás y los pactos preexistentes. Pero como antecedente jurídico, el federalismo que nace con la Constitución de 1853, tiene su origen y naturaleza en la propia Constitución.

El estado federal argentino en los términos del art. 1º de la Constitución Nacional, desde el punto de vista jurídico, no histórico, no sociológico, no político, reconoce su antecedente en el ejercicio del poder constituyente, ejercido en Santa Fe por la Convención que produjo la Constitución de 1853.

#### VIII.5. *Origen y naturaleza jurídica de las provincias, en la estructura federal argentina.*

Esto es, el estado argentino, las provincias argentinas, desde el punto de vista jurídico, repito, no político, no sociológico, no histórico, sino jurídico, nace con la Constitución promulgada y jurada por los pueblos de 1853.

Ese es el origen jurídico.

*En su consecuencia, el origen jurídico de las provincias argentinas, repito, el origen jurídico, no el histórico, no el político, no el sociológico, debe encontrarse necesaria y exclusivamente, en la Constitución Nacional de 1853 y 1860.*

De la misma suerte y de la misma manera que el precedente de la reforma de la Constitución Nacional, se asienta en lo que la Constituyente regló a través del art. 30, primero en 1853, luego de su violación, en 1860; de la misma forma y de la misma manera, la distribución de com-

petencias entre el estado federal y las provincias, se asienta desde el punto de vista jurídico, exclusivamente, en la Constitución Nacional.

Y esto está expresamente dicho, por la propia Constitución, con las últimas palabras del art. 1° de la misma.

La Constitución dice, muy claramente en ese art. 1°, que la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, *según lo establece la propia Constitución.*

Esto es, la forma de gobierno, no es la forma representativa republicana, sino la forma representativa federal, *que establece y describe la propia Constitución.*

La forma federal, no es cualquier forma federal, *sino la distribución de competencias que establece y describe la Constitución Nacional.*

Esto es, la República y la forma federal, es la escrita jurídicamente en la Constitución Nacional. No teniendo ningún valimiento, jurídicamente hablando, cualquier otro concepto de República o de forma de estado federal, que la doctrina o la jurisprudencia, o la historia, o las ciencias semejantes, como la política, pueden describir.

Jurídicamente, institucionalmente, la república estructurada, es la que describe la Constitución Nacional. Y la forma federal, es la que surge expresamente de las normas jurídicas establecidas en la Constitución de 1853, 1860, 1866, 1898 y 1957.

Esto es, jurídicamente, la Nación en tanto que persona jurídica de derecho público, y su forma republicana y representativa, así como su forma federal, nacen de la Constitución Nacional, y sólo de ella.

*Y jurídicamente, así también, las provincias, desde el punto de vista jurídico, nacen de la Constitución.*

En consecuencia, el poder constituyente provincial originario o derivado, es poder constituyente de origen constitucional nacional.

Se asienta, ese poder constituyente provincial, en la Constitución Nacional, en los arts. 5°, 6° y 104 a 110.

Su naturaleza es jurídica desde que la distribución de competencias entre el estado federal central y las provincias es la descrita por la Constitución.

Fundamentalmente en el art. 67 de la misma, que

distribuye en su casi 90 % las competencias entre el estado nacional central y las provincias.

El resto de las distribuciones de competencias surge del otro articulado de la parte orgánica de la Constitución Nacional, que cumplimenta la referida distribución, cuyo eje central es el art. 67, en función esencialmente del art. 5° y también de los arts. 104, 105, 106, en especial del 107 y de los arts. 108, 109 y 110.

#### *VIII.6. Origen y naturaleza del poder constituyente provincial, en la estructura federal argentina.*

Entonces, el poder constituyente provincial, originario o derivado que nace de la Constitución Nacional, es poder jurídico en su origen y en su naturaleza.

Y lo son tanto el poder constituyente provincial originario, cuanto el poder constituyente provincial reformador o derivado.

Todo esto se evidenciaba, con mucha más claridad todavía cuando además del control jurídico de constitucionalidad en los términos del art. 31 de la Constitución Nacional, 100 y 101, existía en los anteriores arts. 5°, 64, hoy 67 y 103 con los textos de 1853 el correspondiente control político de constitucionalidad en manos del poder federal central.

#### *VIII.7. El control político de constitucionalidad en manos del poder federal, en el texto de la Constitución, con su declaración de 1853.*

La constituyente de 1853 establecía en el art. 5° que cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria, y agregaba *las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación.*

Luego el art. 67 de ahora, 64 de 1853, en su inc. 28 establecía que el congreso federal revisaba y podrá reprobbar las constituciones provinciales si no estuvieren con-

formes con los principios y disposiciones de la Constitución Nacional y el art. 103 de 1853, y 106 actual establecía que cada provincia dicta su propia constitución, "y antes de ponerla en ejercicio la remite al Congreso para su examen conforme a lo dispuesto en el art. 5°".

Es absolutamente evidente que el control político en manos del estado federal, que fue ejercido con relación a las trece constituciones de las trece provincias existentes hasta 1860, control que se ejerció por el Congreso reunido en Paraná desde 1854 a 1860, evidencia que el origen jurídico de las provincias está en la Constitución Nacional, y en su consecuencia, el poder constituyente provincial nace de la Constitución Nacional.

Consecuentemente es poder jurídico en su origen y en su naturaleza.

#### VIII.8. *Las nuevas provincias y la naturaleza jurídica del poder constituyente provincial.*

Estos razonamientos se completan acabadamente con la lectura del art. 13 de la Constitución Nacional, que establece con claridad que las provincias nacerán de la confluencia de voluntades entre el Congreso federal, esto es el poder federal y la voluntad de las provincias cuyo territorio dé origen a nuevas provincias, o la voluntad de los habitantes pobladores de los territorios nacionales, a los que se invite a constituirse en provincias.

Esto es, las nuevas provincias nacen de la Constitución Nacional.

Y el poder constituyente provincial es poder de origen y naturaleza jurídica, pues su antecedente es la norma jurídica que es la Constitución Nacional.

Todas las provincias en la Constitución Nacional, las antiguas y las nuevas, son absolutamente iguales en derechos y en obligaciones y en distribución de competencia.

La última parte del art. 31 y del art. 104, como consecuencia del Tratado de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859 y el Pacto de Familia de junio de 1860, en lo que se refiere a las reservas a favor de la provincia de Buenos Aires, no afectan para nada la naturaleza del poder constituyente provincial.

Debe recordarse que el Tratado de San José de Flores, en su art. 1º, establece el reingreso irrestricto de la Provincia de Buenos Aires a la Nación Argentina.

Ese ingreso, no está condicionado a que se acepten o no las reformas de la Constitución Nacional.

En su consecuencia, la Provincia de Buenos Aires, como consecuencia de su ingreso a la Nación Argentina en 1860, como consecuencia del Pacto del 11 de noviembre de 1859 y del Pacto de Familia de junio de 1860, asumió condición absolutamente idéntica a las demás provincias.

Esto es, su autonomía nace de la propia Constitución Nacional y no de esos pactos.

Ellos, los pactos referidos, tienen vigencia, únicamente, en lo que se relaciona con las reservas asentadas al final del art. 31 y del 104.

Pero, repito, esas reservas no alteran para nada la naturaleza jurídica de la provincia de Buenos Aires, que es provincia igual a las demás. Y su autonomía, igual a las otras autonomías, y la distribución de competencias entre el estado federal y las demás provincias, es la misma distribución que la que corresponde a la Provincia de Buenos Aires.

Agregado a ello que las provincias nuevas son iguales jurídicamente a las provincias anteriores, resulta que queda bien claro, que el poder constituyente provincial es poder jurídico en su origen y jurídico en su naturaleza. Y el asiento de todo ello la Constitución Nacional.

Además, de acuerdo con el art. 13 de la Constitución Nacional, las provincias podrán transformarse, e inclusive desaparecer como unidades autónomas, en la misma forma, y por concurso de las dos voluntades, nacional y provincial, enunciadas, para nacer y modificarse, jurídicamente, de acuerdo con el mencionado art. 13.

Además, la mecánica analizada condice con la enunciada en el art. 3º de la Constitución Nacional en su actual redacción y con referencia a la Capital Federal.

De ello se deduce que el poder constituyente provincial debe cumplimentar el principio de lógica de los antecedentes, enunciado con absoluta claridad en los arts. 5º, 6º y 104 a 110 de la Constitución Nacional.

### VIII.9. *Control de constitucionalidad sobre las Constituciones provinciales.*

Por ello, las Constituciones provinciales y sus reformas, están sujetas al control de constitucionalidad, de la misma forma y de la misma manera que todo el ordenamiento jurídico argentino nacional y provincial.

Pero entiéndase bien, el poder constituyente de las provincias en una estructura federal como la nuestra, es poder constituyente de origen y naturaleza jurídica, tanto el poder constituyente provincial llamado originario, que en verdad nunca puede ser tal, pues siempre es poder constituyente derivado de la Constitución Nacional, cuanto el poder constituyente provincial reformador.

Ambos son de origen y naturaleza jurídica en todo momento.

## IX

### BIBLIOGRAFÍA

1. *Para origen y naturaleza del poder constituyente nacional, ver:*

1.1. *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

1.2. *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1° ed. 1975; 2° ed. 1981.

2. *Para confederación y estado federal; conceptualizaciones, semejanzas y diferencias y naturaleza político-jurídica de cada una de esas formas de estado, ver:*

*Confederación y estado federal*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.

3. *Para análisis de la naturaleza jurídica de las provincias en la estructura federal en la Argentina, ver:*

*Organización futura de la Ciudad de Buenos Aires*, E.D., del 11 de diciembre de 1987, ps. 1 y 2.

Autor de los trabajos arriba enunciados: Alberto Antonio Spota.