1. REPUBLICANA, REPRESENTATIVA Y FEDERAL

Por *Roberto Gargarella*

El art. 1º de la Constitución establece la forma que la Nación Argentina "adopta" para su gobierno. Tanto por el contenido sustantivo del artículo, como por el lugar que el artículo ocupa en la Constitución, el mismo se hace merecedor de una consideración muy especial. Se establecen allí los tres rasgos definitorios de la organización política nacional, a través de tres términos claves: la forma de gobierno —se nos dice— será "representativa," "republicana" y "federal". Para comprender el significado e implicaciones de cada uno de estos términos es necesario llevar a cabo un ejercicio que nos exige, tempranamente, enfrentar dos preguntas que serán cruciales para todo el resto del análisis constitucional que se incluye en esta obra. La primera pregunta se relaciona con la *interpretación* constitucional, y la segunda se encuentra vinculada con la a*utoridad* que interpreta. En lo que sigue, nos abocaremos en primer lugar en el análisis de problemas teóricos vinculados con la interpretación, como los recién planteados, para luego adentrarnos más plenamente en una investigación más atenta sobre los tres conceptos fundamentales incorporados por la Constitución en su artículo primero.

· . Prolegómenos: interpretacion constitucional y autoridad interpretativa

La pregunta por la interpretación es tan compleja —de tan difícil respuesta— que se hace imposible abordarla de un modo completo en el contexto de este escrito. El hecho es que, luego de más de 200 años de reflexión sobre la materia, seguimos sin tener un acuerdo medianamente compartido en la materia. Aquí, por lo tanto, nos limitaremos a decir que los caminos más habitualmente transitados para responder la pregunta por la interpretación constitucional son muy poco promisorios. Ante todo, para reconocer qué es lo que *realmente* significa, por ejemplo, la adopción de un gobierno representativo, republicano y federal, no basta con señalar, como es habitual en nuestro derecho, qué es lo que pensaban Juan B. Alberdi o Domingo Sarmiento al respecto; o cuál era el debate argentino sobre el tema, en los años fundacionales; o qué es lo que decían sobre la cuestión otros influyentes textos, como por caso los papeles de *El Federalista.* Tales indagaciones resultan, en principio, interesantes pero también —y en un sentido relevante, arbitrarias (i.e., por qué recurrimos a tal autor —

digamos, George Washington— en lugar de a tal otro —digamos, Thomas Jefferson), si es que no somos capaces de justificar apropiadamente el "recorte" de textos y autores que hacemos, a la luz de los miles de "recortes" alternativos posibles que podríamos haber hecho hasta alcanzar, previsiblemente, resultados opuestos. Éste es, sin embargo, el problema que aparece recurrentemente, cuando pretendemos entender el sentido presente de un texto, recurriendo al pasado.

En principio, las técnicas "originalistas", que son las que se proponen recurrir al pasado para decidir cuestiones interpretativas presentes, se enfrentan a un problema de muy difícil solución. El "originalismo", por supuesto, realiza esa apelación al pasado en busca de certeza —en otros términos, él no quiere que los problemas interpretativos sean resueltos por los intérpretes actuales apelando a sus propios, discrecionales criterios—. Sin embargo, cuando se le pide que recurra al pasado, cualquier intérprete debe tomar innumerables decisiones, de muy improbable justificación, incluyendo: a qué autor/es recurrir en busca de orientación; en qué período de la historia buscar las respuestas (¿el "período fundacional"; el año de la Constituyente; toda la historia constitucional pasada?); los ámbitos y materiales sobre los que va a concentrarse (las discusiones de comisión relacionadas con el artículo referido; todo el debate en la Asamblea Constituyente; los debates públicos en torno a la Constitución; los artículos periodísticos aparecidos aun luego de los debates constituyentes —como los papeles de *El Federalista*—; los textos influyentes sobre la Constituyente, aun cuando sus autores no hayan formado parte de ella —como las *Bases* de Alberdi); etc., etcétera[1].

Ahora bien, si el recurso al pasado no ayuda, en definitiva, a resolver de modo concluyente nuestras dudas interpretativas, el recurso al presente tampoco mejora las cosas. Sin embargo, es demasiado habitual que los intérpretes del texto (comúnmente, luego de rechazar la posibilidad de "dejar a la Constitución anclada en el pasado") apelen, en cambio, al "sentido de la época", para "actualizar" así el significado de la Constitución. Este ejercicio resulta, en definitiva, tan arbitrario como el anterior, particularmente si —tal como anticipáramos— no resolvemos de modo previo la pregunta pendiente, en torno a la *autoridad* de quien realiza esa interpretación.

---

[1] Es importante dejar en claro que la resistencia al originalismo que aquí se sugiere, no implica en absoluto el rechazo a cualquier argumento que se asiente en el pasado o en las tradiciones. Debiera ser obvio que en cualquier comunidad que asume que no vive sólo en el presente, las consideraciones sobre el pasado importan: lo que está en discusión es qué aspectos de la práctica anterior se toman como relevantes y de qué modo (el originalismo suele tomar a la historia como imponiendo respuestas, argumentos y deberes sobre el presente).

Tomemos para dar un ejemplo del tipo de problemas que aquí están en juego, el término "federalismo". Si, frente a una situación difícil (determinar, por ejemplo, la constitucionalidad de un cierto esquema de coparticipación federal) queremos resolver nuestras dudas interpretativas recurriendo al "entendimiento actual" de la Constitución, debemos decidir en primer lugar a qué fuente "actual" es que debemos recurrir, en busca de una respuesta: ¿nos apoyamos en los debates de la Constituyente más cercana en el tiempo? ¿Investigamos, más bien, las opiniones dominantes dentro de la sociedad en su conjunto? ¿Tratamos de determinar, en cambio, cuál es el pensamiento prevaleciente dentro del Congreso? (¿o dentro del Senado quizás?) Y luego, una vez escogida la fuente, ¿cómo definimos cuál es la opinión dominante dentro del ámbito elegido (ya sea la sociedad; el Congreso; el Senado; etc.)? ¿A través de una encuesta? ¿A través de lo que inferimos de las actuaciones del Congreso (o el Senado)? ¿A través de lo que es nuestro parecer sobre cuál es el pensamiento dominante en la materia?[2].

Es aquí cuando la pregunta acerca de la autoridad que interpreta gana mayor importancia. De modo más específico: cuanto más serias son las dificultades propias de la interpretación (qué camino interpretativo transitar; qué particulares "recortes" realizar; cómo reconocer el significado de la "voluntad presente;" etc.), más importante es la definición acerca de quién interpreta; y de la autoridad propia de quien interpreta[3]. Piénsese, por caso, en lo que ocurre cuando tratamos de definir el sentido de un término ("federalismo") "actualizando" el significado de la Constitución, y dejamos dicha tarea de "actualización" —como es habitual— en manos del Poder Judicial. Cuando obramos de este modo, lo que hacemos en los hechos es delegarle la misión de desentrañar el "pensamiento actual" de la comunidad, justamente, al órgano al que hemos elegido separar, más que a ningún otro, de la ciudadanía, buscando que la justicia no se vea influida por las pasiones o impulsos colectivos del momento[4]. Luego, encargarle precisamente a dicho órgano que reconozca cuál es el pensamiento colectivo presente sobre temas de primera importancia pública, parece por completo desatinado.

Dificultades interpretativas como las señaladas son de muy difícil resolución, y prometen impedirnos todo avance en investigaciones como la presente. Podemos procurar avanzar, de todos modos, a partir de algunos acuerdos

---

[2] Revisando diferentes teorías interpretativas ver, en general, Gargarella, Roberto (ed.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

[3] Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement,* Oxford University Press, Oxford, 1999.

[4] Ely, John Hart, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

mínimos. Ante todo, nuestra propuesta sería la de ir dejando de lado muchas de las principales fórmulas interpretativas que nuestros tribunales utilizan, abiertamente o no, sin dar mayores explicaciones acerca de por qué y cómo las utilizan. En segundo lugar, necesitamos descartar toda pretensión de cerrar nuestros desacuerdos interpretativos citando a algún autor o texto particular, como si dicho señalamiento pudiera reemplazar al tipo de meditado razonamiento que todo ejercicio interpretativo requiere. Dichas citas, en todo caso, pueden realizarse como el *primer paso* (y nunca el último) en un ejercicio de argumentación y persuasión que desde allí debe encararse: no se trata, entonces, de encontrar las mejores citas, ni basta con invocar la voz de una determinada fuente de poder (un tribunal, una autoridad política prominente) para dar por terminada una discusión interpretativa: el debate allí sólo comienza, y de lo que se trata es de ofrecer los argumentos más concluyentes. En tercer lugar, resulta imperioso "activar" la pregunta acerca de la autoridad interpretativa, muy particularmente a la luz de los profundos desacuerdos que tenemos acerca de cuál es la mejor interpretación del texto constitucional. Finalmente, poco queda más allá de razonar y tratar de convencer, mostrando cuáles son las razones para que nuestra comunidad acepte como válida una determinada lectura, frente a otras, del texto constitucional. Ello así, por lo demás, sin abandonar la reflexión acerca de quién debe guardar la "última palabra" constitucional que, en principio —sugeriríamos aquí— debe restar en la propia comunidad que va a verse directamente afectada por la decisión del caso. Llegados hasta aquí, nos adentraremos ahora en un examen más pormenorizado de cada uno de los tres conceptos fundamentales del art. 1º de la Constitución.

· . "Representativa" . Dos visiones sobre la democracia.

Como primer paso en nuestra indagación, podemos señalar que, en numerosas oportunidades, la Corte Suprema argentina dejó en claro cuál es el modo en que entiende la idea de representación política incorporada en la Constitución Nacional. En Fallos: 168:130, por ejemplo, sostuvo que, conforme a la noción constitucional de "sistema representativo de gobierno", el pueblo es la fuente originaria de la soberanía. Asimismo, en Fallos: 310:804 ella mantuvo que la idea constitucional de representación debe ser acatada junto con los principios que fueron adoptados por todos los firmantes (en representación de sus respectivas provincias) al momento de concurrir a la sanción de la Constitución Nacional. En un caso más reciente (la causa U.58.XLIX, "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero, Provincia de s/acción

declarativa de certeza"), que data de noviembre de 2013, la Corte agregó que "la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación" (íd., consid. 34).

Contamos entonces con una serie de ideas importantes esbozadas por la Corte a lo largo de su historia, que podemos tomar como punto de partida del razonamiento que sigue[5]. La idea de representación remite, ante todo, a la soberanía del pueblo, que aparece como fuente originaria del poder, y se muestra vinculada, a su vez, a una serie de procedimientos y principios que tienen su origen en los momentos fundacionales de nuestro constitucionalismo (y cuyo contenido no podemos tomar simplemente como obvio). A su vez, al máximo tribunal le ha interesado insistir en una idea aclaratoria de lo expuesto recién, y que resulta del aprendizaje y experiencia que ha tenido en el ejercicio de su función controladora del poder. Ha sostenido la Corte, en tal sentido, que "no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional" (íd. consid. 35)[6].

Tomando como buenos, provisionalmente, estos criterios generales establecidos por la Corte, nos queda por delante, sin embargo, la tarea más compleja, relacionada con la necesidad de dar contenidos específicos a los mismos. Al respecto, nuestro derecho parece oscilar entre dos aproximaciones más bien antitéticas acerca del significado preciso de la de representación. La primera de estas alternativas, a la que llamaremos "restrictiva", se basa en una concepción estrecha sobre la democracia. Esta primera visión se basa en un principio de desconfianza hacia la ciudadanía; considera que el pueblo sólo gobierno a través de sus representantes; entiende que la democracia se favorece con bajos niveles de involucramiento ciudadano en los asuntos públicos; entiende

[5] En principio, cualquier "punto de partida" es aceptable, si el razonamiento, genuinamente, sólo se inicia allí. En todo caso, algunos comienzos tienen más sentido que otros. Por caso, en una práctica jurídica que, históricamente, ha girado de modo muy decisivo en torno a las opiniones del máximo tribunal constitucional, los dichos de la Corte pueden bien ser acreedores de una relevancia particular: no para tomarlos como "punto de reposo" de la discusión sino, justamente, como punto de inicio de la misma.

[6] Y también, en la misma dirección: "A ninguna autoridad republicana le es dado invocar origen o destino excepcionales para justificar el ejercicio de sus funciones más allá del poder que se le ha conferido" (íd.).

que el principal propósito del sistema institucional es evitar la confrontación, la guerra, la mutua opresión. En términos constitucionales, esta concepción hace su centro en el art. 22, que sostiene que "el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución". Esta afirmación propone la lectura más restringida imaginable del principio arriba expuesto, referido a la "voluntad popular" como fuente originaria de poder: en los hechos, la "voluntad del pueblo" queda confinada así a la periódica elección de aquellos que van a decidir en su nombre. Peor aún, según lo establecido por el mismo art. 22, cualquier fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en nombre de éste, cometería una falta de máxima gravedad pública: el delito de sedición.

Esta lectura limitativa acerca de la idea de representación encuentra respaldo, en primer lugar, en un texto constitucional que, desde su mismo preámbulo, parece mostrar resistencias frente a nociones en verdad muy modestas de la representación, como las expresadas por el texto constitucional norteamericano, en buena medida fuente de nuestra Constitución. Así, frente al "We the people" ("Nosotros el pueblo") con que se inaugura la Constitución de los Estados Unidos, la Argentina opta por un principio de intermediación mucho más marcado, para hablar de "Nosotros, los *representantes* del pueblo…". La visión restrictiva encuentra apoyo, por lo demás, en una parte significativa de la historia constitucional de nuestro país: Juan Bautista Alberdi —ideólogo principal detrás de la Constitución de 1853— dejó en claro en numerosos escritos producidos en el período fundacional de nuestro derecho público (y en particular en su influyente texto *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina*), que la Constitución era concebida bajo la fórmula de "libertades económicas amplias, libertades políticas restringidas"[7]. En otros términos, para autores como Alberdi, la idea de representación parecía implicar derechos políticos muy escasos y limitados para la mayoría del pueblo[8].

La lectura restrictiva es consistente, por lo demás, con parte de la jurisprudencia nacional —aun contemporánea— que ha insistido en la idea de que la soberanía del pueblo debe ser entendida, en la práctica, como limitada a la elección de los representantes que van a decidir luego en nombre del pueblo. Para esta postura jurisprudencial, cualquier desafío a dicha concepción estrecha

---

[7] Alberdi, J. (1920), *Obras selectas,* t. XIV, Joaquín V. González, La Facultad, Buenos Aires, ps. 64-65.

[8] Ello así, dadas las necesidades imperiosas del crecimiento económico, que en el período de escritura de la Constitución de 1853 se consideraron prioritarias. Por ello es que se optó entonces por comprometer a la misma con la protección de las libertades económicas (a través de un resguardo estricto de los contratos, la propiedad privada, el libre mercado), desplazando por el momento todo énfasis en las libertades políticas, que podían poner a aquellas en riesgo.

debe entenderse —siguiendo de modo muy estrecho al texto del art. 22— como un acto sedicioso. Esta lectura jurisprudencial no merece ser considerada dominante, pero en todo caso ha resultado influyente en casos de especial relevancia. Por caso, esta visión muy limitativa sobre la democracia ha encontrado expresión, de modo recurrente, en la jurisprudencia nacional referida a las situaciones de protesta social. Una ilustración acabada de esta postura es la que aparece en el caso "Schifrin", decidido por la Cámara Nacional de Casación Penal (con citas a la Corte Suprema —Fallos: 304:1524). En la parte central de su decisión, la Cámara hizo referencia a una visión de la democracia muy estrecha, para terminar condenando a Marina Schifrin, una docente que había asumido un rol de liderazgo en la protesta. Citando al constitucionalista Miguel Ekmekdjian, la Cámara sostuvo entonces que, de acuerdo con la Constitución argentina, sólo existía una forma legítima para la expresión de la soberanía del pueblo": el sufragio periódico. "Por medio del sufragio" —dijo entonces el tribunal— "el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio —tales como reuniones multitudinarias en plaza, reuniones en lugares públicos, encuestas, huelgas u otros medios de acción directa, vayan o no acompañados por las armas—, no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo sino, a lo sumo, la de un grupo sedicioso".

Frente a la anterior, puede ofrecerse una lectura alternativa, menos restrictiva o más amplia en torno a la idea de representación, que se encuentra apoyada a su vez en una robusta concepción de la democracia. Esta visión no entiende a la democracia sólo en sentido negativo ("evitar la mutua opresión"), sino positivo ("asegurar los beneficios de la libertad y la igualdad"). Se trata de una postura basada en la confianza hacia la ciudadanía; que favorece, en lugar de desalentar, la intervención ciudadana en los asuntos públicos; que considera que las decisiones públicas más relevantes deben tomarse a través de procesos inclusivos y deliberativos, a través de formas caracterizadas por la conversación entre "todos los potenciales afectados", antes que por la "imposición" desde arriba. La concepción amplia confronta con y rechaza, por una diversidad de razones, a la posición restringida. Ante todo, quienes defienden esta postura consideran que argumentos como los que respaldan a la posición restringida (y que apelan a los orígenes de la Constitución, a los dichos expresados por los "padres fundadores", o a similares citas de autoridad), pueden resultar atractivos o vistosos en un comienzo, pero no alcanzan para asegurar, por sí solos, el respaldo definitivo a una determinada postura sobre interpretación constitucional.

Así, y por caso, la Constitución no merece entenderse como más o menos abierta, políticamente, *porque* Alberdi tuviera en mente tal o cual visión sobre la representación[9]. Por lo demás, y en relación con el apoyo constitucional que alega en su favor la posición restringida, debe señalarse que el mismo resulta curioso. En efecto, la invocación de normas constitucionales como las mencionadas (el preámbulo, el art. 22 referido en "Schifrin"), a los fines de sostener una lectura restrictiva sobre el principio de la soberanía popular genera perplejidad, a la luz de muchos otros artículos y normas de relevancia constitucional (como el derecho de peticionar a las autoridades, del art. 14); y en particular tomando en cuenta cualquiera de las novedades constitucionales introducidas con posterioridad a la Constitución de 1853. Tales innovaciones van, desde el derecho de huelga del art. 14 bis (que siguió a las reformas constitucionales impulsadas por el peronismo en 1949), hasta las nuevas disposiciones sobre participación y democracia, introducidas por la reforma de 1994 (por caso, las referidas a la iniciativa popular —art. 39, ley 24.747— y a la consulta popular —art. 40—). Teniendo en cuenta normas como las recién mencionadas, resulta sorprendente que se pretenda asociar al concepto constitucional de representación con una visión tan restringida de democracia: ¿cómo alegar —como lo ha hecho la justicia argentina— que representación implica limitarse a votar cada varios años, cuando la propia letra de la Constitución habla, de modo diáfano e insistente, de otras —múltiples y variadas— formas de la participación democrática?

Por lo demás, esta lectura más demandante sobre la representación y la democracia no sólo encaja con lo sostenido por los fallos más importantes de la Corte Suprema, en la materia; y se vincula bien con la letra explícita de nuestra Constitución y el modo en que ella se ha ido reformando (en el texto y en la práctica); sino que además acomoda bien la larga historia política, social y jurídica de nuestro país[10]. Esta historia incluye, por supuesto, a los hitos más salientes de nuestra vida pública, como los relacionados con las movilizaciones populares y políticas que culminaron con el dictado de la Ley Sáenz Peña (ley 8871, del 10 de febrero de 1912, consagrando el voto secreto, universal y obligatorio); el yrigoyenismo y el ascenso de las clases medias al poder; la reforma universitaria

---

[9] Dicha visión alberdiana, por lo demás, puede ser contradicha por otros textos del propio Alberdi; o por los criterios de otros "padres fundadores" (Monteagudo, Dorrego, Moreno, Sarmiento), entre tantos otros, lo cual no hace sino confirmarnos los riesgos que aparecen cuando abrimos la "caja de Pandora" de las teorías originalistas sobre la interpretación.

[10] La versión ampliada de la representación, apoyada en una noción más robusta de la democracia, deja al art. 22 confinado a una interpretación estricta, no ajena a los orígenes históricos de dicho texto (fundamentalmente, impedir insubordinaciones graves, como las relacionadas con el intento de secesión provincial).

de 1918; la reivindicación de los derechos de los trabajadores y el fortalecimiento de los sindicatos impulsados por el peronismo; la consolidación del movimiento por los derechos humanos que comenzara a darse en tiempos del alfonsinismo; las luchas de las comunidades indígenas por sus derechos. Mojones de la vida pública argentina como los señalados, nos llevan a pensar en lo que resulta en una democracia en constante cambio y expansión, y en el consiguiente robustecimiento de los derechos ciudadanos. Frente a esta notable y persistente evolución de la práctica constitucional argentina, basada en una sociedad fuertemente movilizada, resulta claro que no puede considerarse vigente una noción de la representación política propia del siglo XVIII y una lectura estrecha de la Constitución de 1853 no reformada[11].

¿Qué es lo que significa, entonces, el compromiso que nuestra Constitución ha ido tomando con ideas más amplias e inclusivas de representación y democracia? Los límites y el alcance preciso de tales términos están por determinarse todavía, pero tenemos ya, en todo caso, algunos indicios muy relevantes sobre su contenido.

Esta concepción constitucional reivindica a la "voluntad popular" como fuente y legitimación del poder, y por tanto avala que se tomen decisiones orientadas a que la ciudadanía gane en poder de decisión y control. Esta concepción constitucional también afirma el valor de las movilizaciones populares, a las que ve como un homenaje —antes que (como en "Schifrin") como una amenaza— frente a una larga y continuada historia de activismo cívico: se trata de formas de expandir la frontera de los derechos, y de modos de dotar de sentido profundo a la democracia.

La visión más amplia de la representación y la democracia, aquí sostenida, repudia una larga lista de decisiones judiciales (que culminan en casos como "Peralta", Fallos: 313:1513) destinadas a reconocer, favorecer y consagrar una expansión de los poderes del Ejecutivo, en nombre de la ciudadanía, pero dirigidas finalmente a socavar la capacidad de decisión y control de la misma, frente al poder. En "Peralta", contra lo que aquí se sostiene, la Corte avaló —en nombre de las urgencias del momento (que hubieran requerido la mayor prudencia, antes que la violación de las reglas institucionales vigentes)— la

[11] Al mismo tiempo, lo anterior no implica decir que hay sólo una lectura posible de la práctica constitucional argentina; ni que debe leerse a la Constitución como necesariamente comprometida con una determinada visión —digamos, robusta, exigente— de la democracia. Más bien, la idea es que hay lecturas (restrictivas) que ya no encajan bien con ninguna lectura razonable del texto de la Constitución y su práctica; y que hay otras que parecen perfectamente compatibles con ella.

autoexpansión del poder presidencial, al declarar a los decretos de necesidad y urgencia compatibles con la organización constitucional del país[12].

En concordancia con lo dicho, la concepción que aquí se sostiene afirma la periodicidad y la rotación de los mandatos, como elementos relevantes dentro de la estructura constitucional. La versión amplia da la bienvenida, por lo demás, a formas diversas de la intervención cívica en los asuntos comunes (formas que pueden incluir al derecho de "atar" a través de instrucciones a los representantes; el derecho de revocar sus mandatos; el derecho ciudadano de participar en consultas populares; etc.). El propósito es favorecer, más que obstaculizar, el involucramiento colectivo en las cuestiones públicas, mucho más a la luz de una historia que muestra las dificultades que "quienes están dentro" del sistema institucional construyen, con el objeto de dificultar la intervención de "quienes están fuera"[13]. En este sentido, por ejemplo, es que la versión amplia aparece como incompatible, también, con el criterio de "monopolio partidario de las candidaturas" (destinado a impedir la presentación de candidatos por fuera de los partidos políticos reconocidos) que la Corte defendiera en casos como "Ríos, Antonio Jesús", Fallos: 310: 819 (1987).

Esta concepción constitucional pretende tomar en serio, más que como mero enunciado declarativo, la idea —no ajena a la jurisprudencia de la Corte— acerca de la primacía de la "voluntad popular", y su carácter de fuente del poder democrático. Esto significa, por ejemplo, que son constitucionales —como son deseables— los arreglos institucionales destinados a que el poder de decisión sobre todos los asuntos públicos relevantes quede en manos de la ciudadanía. Y otra vez, las exigencias que la ciudadanía pueda realizar, en dicho respecto, deben verse como apropiadamente constitucionales, antes que como actos sediciosos[14].

· . "Republicana" . Division de poderes y frenos y contrapesos"

El término "republicanismo" es susceptible (tanto como el de "representación", recién examinado), de interpretaciones más y menos exigentes. En un sentido muy estrecho, la idea de gobierno republicano puede entenderse —simplemente— como antítesis de "gobierno monárquico". Fue teniendo en cuenta este tipo de aproximaciones que John Adams señaló, en su

---

[12] Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional,* Astrea, Buenos Aires, 1993.

[13] Ely, John Hart, obra citada.

[14] Por consistencia con este tipo de principios constitucionales, suscriptos y afirmados, a la vez, por la Corte, debería repensarse los contenidos de la Constitución, en cuando a las limitaciones que ha establecido en el art. 39, al fijar que "no serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal".

momento, que el concepto de republicanismo ya no revestía mayor interés, "todos somos republicanos ahora," llegó a decir el líder conservador. La noción de republicanismo, sin embargo, es también susceptible de un entendimiento muy exigente, que asocia a la misma con una filosofía política que hunde sus raíces en la antigüedad clásica, y que encuentra expresiones demandantes en muchos de los pensadores más prominentes de la humanidad, desde Jean Jacques Rousseau a Maquiavelo; desde Thomas Jefferson a Thomas Paine. Esta versión del republicanismo refiere, habitualmente, a una ciudadanía puesta de pie, motivada por la *virtud cívica,* y participando activamente en los asuntos públicos[15].

El entendimiento sobre "republicanismo" que ha ido construyendo, con el paso del tiempo, la Corte Suprema parece navegar entre ambos extremos. Por ejemplo, en el caso "Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe vs. Provincia de Santa Fe" (Fallos: 317:1195, consid. 4), tanto como en "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero", el máximo tribunal sostuvo que la forma republicana de gobierno era susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas (justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.); y que por tanto no exigía necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos. La Corte sostuvo entonces que las normas que limitan la reelección de quienes desempeñan actividades ejecutivas no vulneran, por tanto, principio alguno de la Constitución Nacional. La afirmación tiene sentido por lo que especifica en materia de reelección, tanto como por lo que consagra en forma de principio más general: la noción de republicanismo es compatible con una diversidad de arreglos institucionales diferentes entre sí, pero con ciertos contenidos mínimos imprescindibles, que todavía operan como límites frente a lo que las autoridades constituidas pueden hacer o no hacer. Hemos visto ya, por caso, el rechazo del máximo tribunal frente a la pretensión de los gobernantes de apelar a la voluntad popular para emprender cursos de acción destinados a socavarla (i.e., su pretensión de prolongarse en el poder indefinidamente).

Otra vez: podemos tomar como punto de apoyo este tipo de criterios afirmados a lo largo del tiempo por la Corte —criterios que, en su carácter ecuménico y general, se muestran como razonables—.

Y podemos, a la vez, hacer el intento de desentrañar desde ahí algunas de sus derivaciones posibles. ¿Qué es lo que la noción de republicanismo implica, entonces, y qué es lo que no?

---

[15] Skinner, Quentin, *Liberty Before Liberalism,* Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Una manera posible de comenzar este análisis es distinguiendo entre dos principios relacionados directa y habitualmente con el republicanismo, y que pueden ayudar a reconocer su contenido mínimo: la división de poderes y el sistema de controles —controles que nos refieren, en el caso de nuestra Constitución, a un sistema de "frenos y contrapesos". La primera noción rechaza la concentración de poder. Ella reunió, desde siempre, un consenso unánime dentro del campo republicano. La segunda, mientras tanto, se refiere al tipo particular de equilibrio que debe distinguir a la relación entre las distintas ramas del poder (en donde cada rama del poder cuenta con herramientas a partir de las cuales debe controlar los previsibles excesos de las demás). Este segundo principio, a diferencia del primero, fue objeto de agudas disputas a lo largo de la historia[16].

Básicamente, de acuerdo con una primera aproximación al tema de los controles sobre el poder —un enfoque impulsado inicialmente por James Madison y el grupo de los "federalistas" norteamericanos— los controles al poder debían ser fundamentalmente "endógenos", esto es, controles internos a la organización institucional, y dirigido desde cada una de las ramas del poder, sobre las otras (i.e., el veto Ejecutivo; el control judicial; el juicio político; etc.). Para hacer posibles estos controles, se consideraba necesario, por lo demás, que las distintas ramas de gobierno contasen con poderes y capacidades similares. Esto es decir, ninguna de ellas debía tener la capacidad de prevalecer sobre las demás, doblegándolas.

Mientras tanto, y de acuerdo con una segunda aproximación al tema de los controles —un enfoque impulsado por Thomas Paine y Thomas Jefferson, entre muchos otros— los controles al poder debían ser fundamentalmente "exógenos", esto es, promovidos y asegurados, ante todo, por la propia ciudadanía[17]. Quienes se alineaban en este campo defendían un sistema de "separación estricta" (y no un sistema de "frenos y contrapesos") conforme al cual las distintas ramas del poder no podían ser "interferidas" por las restantes (lo cual constituía la esencia del primer enfoque revisado, esto es, el que proponía un sistema de "frenos y contrapesos").

Decir esto, de todos modo, no los llevaba a preferir un sistema institucional "carente de controles." Por el contrario, lo que ellos hacían era defender un sistema de controles múltiples, basado en controles "populares" o "externos"

---

[16] Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers,* Clarendon Press, Oxford, 1967.

[17] Gargarella, Roberto, *Latin American Constitucionalism, 1810-2010,* Oxford University Press, Oxford, 2013.

(elecciones anuales; rotación obligatoria en los cargos; instrucciones a los representantes; revocatoria de mandatos; etc.).

Las diferencias y similitudes entre estas dos concepciones sobre cómo controlar al poder son reveladoras de lo que podría denominarse el contenido mínimo del republicanismo. En efecto, las dos visiones examinadas hasta aquí estaban de acuerdo en asociar al republicanismo con un sistema de estrictos controles frente al poder, aun cuando diferían en relación con la modalidad principal que debía caracterizar a tales controles ("endógenos" en un caso, "exógenos" en el otro).

Dicho lo anterior, podríamos concluir este análisis sosteniendo lo siguiente: i) el principio constitucional del republicanismo es compatible —como bien lo señaló la Corte argentina— con una amplia gama de posibilidades; ii) no hay un modelo único de división de poderes ni de controles frente al poder (por lo cual no puede decirse, por caso, que la Constitución exige contar con tres ramas del poder, en lugar de cuatro, ocho o veinte; ni suscribir un modelo tradicional de "frenos y contrapesos"); pero iii) cualquier acción de gobierno o reforma de la organización del poder constituirá una afrenta al principio republicano en la medida en que se dirija se oriente a socavar la vigencia de estrictos controles sobre el poder.

Por lo demás, cabe recordar que, para la primera de las visiones sobre el republicanismo, aquí revisadas, las distintas ramas de gobierno debían contar con poderes y capacidades equivalentes.

Por ello mismo, y conforme con esta aproximación, debía considerarse impermisible cualquier medida destinada a hacer prevalecer a una de las ramas de gobierno —típicamente el Ejecutivo— sobre las demás. Para la segunda concepción aquí revisada, mientras tanto, el republicanismo era compatible con "desequilibrios", pero de un solo tipo, esto es, los dirigidos a asegurar una mayor capacidad de decisión y control por parte de la ciudadanía. Por ello mismo, podría decirse, ambas visiones veían como incompatibles con el republicanismo cualquier intento de expandir los poderes presidenciales, de modo tal de hacer prevalecer a la rama Ejecutiva sobre las demás[18].

Como sostuviera la Corte, un entendimiento mínimo del republicanismo, como el presentado en los párrafos anteriores, es consistente con modalidades

[18] De allí que Thomas Jefferson elaborara un peculiar "test republicano", conforme al cual las distintas secciones del gobierno eran consideradas como más o menos republicanas, de acuerdo con los niveles de decisión y control que le aseguraran a los ciudadanos. Carta a John Taylor (1816), en Jefferson, Thomas, *Political Writings,* Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

muy diversas de la organización del poder, pero dista de ser vacuo o irrelevante en cuanto a sus implicaciones.

Fundamentalmente, la particular versión del republicanismo que aquí hemos defendido es incompatible con una importante y desafortunada línea de decisiones ejecutivas, legislativas y judiciales en la materia, destinadas a validar las interferencias del Ejecutivo sobre los demás poderes; o a tornar más complejo el control ciudadano sobre el poder. Ella respalda, sin embargo, la línea jurisprudencial alentada por la Corte en numerosos fallos, enfatizando el valor de la limitación al poder; o invalidando los intentos de una rama del poder (en particular el Ejecutivo) por auto-expandir sus capacidades o avanzar sobre poderes que son propios de las otras ramas del gobierno.[19] Este tipo de decisiones se encuentran ejemplificadas, por ejemplo, en casos fallos como "Rizzo"[20]. Allí se sostuvo que los "poderes constituidos" en ninguna circunstancia pueden "desconocer la forma en que los constituyentes organizaron la división del poder estatal en la Argentina" (consid. 25). Dicho desconocimiento se daba, en el caso en cuestión, a través de decisiones del Poder Ejecutivo que ponían en riesgo la independencia judicial. Para la Corte, el Poder Ejecutivo se proponía, en los hechos, reformar la Constitución sin un proceso de reforma, para socavar el equilibrio buscado por dicha Constitución (en este caso a través de la modificación en la composición del Consejo de la Magistratura).

La iniciativa del Ejecutivo, para la Corte, rompía el equilibrio creado por la Constitución, disponiendo que todos los miembros del Consejo resultaran, directa o indirectamente, emergentes del sistema político-partidario; tergiversando así lo establecido por el texto constitucional al respecto.

Esta concepción constitucional, por lo demás, apoya otra significativa línea de decisiones de la Corte Suprema, orientadas a afirmar la transparencia en el ejercicio del poder, y a la publicidad de los actos de gobierno[21]. En particular, esta visión avala y promueve el camino emprendido por la Corte desde comienzos del

---

[19] Es importante dejar en claro que nuestro sistema de gobierno, por buenas o malas razones, no proscribe las "mutuas interferencias" entre los poderes: ellas representan, por el contrario, un aspecto distintivo del sistema de "frenos y contrapesos" (cfr. Madison, por ejemplo, en *El Federalista*, n. 51, en Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John, *El Federalista,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2012 (1788). Pueden sí cuestionarse, en cambio, particulares interferencias de una rama sobre la otra, cuando ellas están orientadas no al mutuo control, sino a establecer el dominio o predominio, en los hechos, de una sobre otra/s.

[20] "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. Nº 3034/13)", sentencia del 18 de junio de 2013.

[21] Véase, por caso, la Acordada 25/2013 de la Corte Suprema Argentina, *http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/218853/norma.htm*, sobre ética en el ejercicio de la función pública.

nuevo siglo, dirigido a favorecer la intervención ciudadana en el proceso de toma de decisiones; abrir formas de consulta con los sectores afectados, a través de audiencias públicas; crear mecanismos de seguimiento de sus decisiones, que incluyeron formas de participación ciudadana; etc. Estas novedades hablan de un saludable movimiento de la Corte hacia formas más "dialógicas" del ejercicio de su poder, es decir, formas que contrastan con los modos tradicionales de decisión (modos "todo o nada"; modos autoritativos más que conversacionales). Es lo que se advirtió, por ejemplo, en la Argentina, en casos como "Verbitsky", "Riachuelo" o "Clarín", con distinto grado de desarrollo (a veces muy modesto, a veces muy precario) y éxito; y así también en distintos tribunales de Latinoamérica y el mundo[22]. Estos desarrollos dialógicos (algunos más justificados que otros, algunos más atractivos que otros) encajan perfectamente con la concepción de la democracia aquí sostenida, y convierten a las decisiones de los jueces en decisiones más justificadas: cuanto más "conversacional" es la decisión judicial (más inclusiva de los puntos de vista de los afectados; menos dirigidas a imponer la propia autoridad sobre el poder político; menos vinculada con la forma tradicional de la "última palabra" judicial) el control de constitucionalidad se torna más justificable, menos vulnerable a la crítica democrática que se le ha dirigido durante más de dos siglos[23]. Sin embargo, tal como hoy se encuentran funcionando, estos mecanismos conversacionales resultan por completo dependientes de la buena voluntad judicial, y de ningún modo favorecidos por un sistema institucional (un sistema de "frenos y contrapesos") pensado más para evitar o canalizar la guerra civil, que para favorecer el diálogo[24]. Un compromiso efectivo con un control judicial más justificado requeriría, por tanto, de modificaciones legales y constitucionales sobre la normativa hoy vigente.

---

[22] Ver en este sentido, por ejemplo, los casos "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus", decidido por la Corte argentina (2005) (sobre derechos de los presos); o CSJN, 20/6/2006, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)". Ver, asimismo Bergallo, P., "Justice and Experimentalism", SELA, 2005 <*http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/44/*>, consultado el 17 diciembre 2013.
Dentro del derecho comparado ver, en particular, tantas decisiones ejemplares de la Corte Constitucional Colombiana, incluyendo casos como Sentencia T-847 (2000) (sobre derechos de los presos); Sentencia T-590 (1998) (referida a la protección de abogados involucrados en la defensa de derechos humanos); and Sentencia T-025 (2004) (sobre los derechos de las personas desplazadas). Ver Courtis, Cristian, "El caso 'Verbitsky': Nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?", en CELS, *Colapso del sistema carcelarios* (Siglo XXI, 2005).
[23] Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica,* Siglo XXI, Buenos Aires, 2014.

[24] Esto explica el hecho de que la Corte argentina, por ejemplo, convocara a seis audiencias en 2012, pero sólo dos en 2011 y dos en 2013 (*http://www.cij.gov.ar/audiencias.html*).

· . "Federal" . Autonomia local y autoritarismo

El análisis que lleváramos adelante en las secciones precedentes resulta relevante, también, para comprender el significado del último de los tres términos definitorios del art. 1º de la Constitución, aquí bajo examen: "federalismo". Podemos empezar, nuevamente, con algunos criterios ofrecidos por la Corte Suprema, a lo largo de su historia, destinados a precisar el significado de "federalismo".

Para la Corte, y tal como ocurriera en los casos anteriores, debe reconocerse un amplio margen de variaciones posibles respecto del significado exacto del principio "federal". Es necesario, en principio, asumir una actitud de deferencia frente a lo actuado por las distintas provincias, aceptando que ellas pueden elegir el desarrollo de prácticas institucionales propias, ajustadas o no a las prácticas más tradicionales en el país. Sin embargo, y al mismo tiempo, la Corte advierte también que, frente al caso de "un evidente y ostensible apartamiento" del sentido inequívoco de la Constitución, se torna justificada la intervención del máximo tribunal en defensa del texto magno, y en contra de las decisiones tomadas a nivel provincial.

En tales situaciones —agrega la Corte— la actuación del máximo tribunal no puede considerarse avasalladora de las autonomías provinciales, sino conforme a los requerimientos del texto constitucional nacional (Fallos: 310:804; 314:1915; 330:4797).

El criterio por el que opta la Corte es, nuevamente (podemos llamarlo así) thayeriano. Recordemos que, para James B. Thayer, los tribunales debían ser, en principio, muy deferentes frente a las acciones y decisiones del poder político, salvo que lo que estuviera en juego fuera un caso de "error manifiesto" (*clear mistake*) en donde resultara obvia la existencia de una ruptura entre lo obrado por el poder político y la Constitución[25]. El criterio general establecido por la Corte parece ser, otra vez, razonable. Ello, muy en particular, a la luz de una práctica constitucional como la de la Argentina, que nació al calor de una guerra desatada, de modo muy especial, a partir de los desacuerdos existentes acerca de cómo zanjar la cuestión federal. Tales enfrentamientos nos refieren a hechos gravísimos, definitorios de nuestra historia política y legal, y merecedores de nuestro máximo esfuerzo interpretativo: necesitamos tomar muy en serio la

[25] Thayer, J. B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review* 7:129, 1893.

pretensión de las provincias de organizar su vida interior conforme a sus decisiones autónomas.

Esta pretensión de amplio respeto —*prima facie*— a las autonomías provinciales, contrasta (una vez más) con una contra-tendencia de reverberaciones que también son constitucionales, que se orienta por y hacia la concentración del poder y la centralización territorial. Se trata de una contra-tendencia que es propia de un constitucionalismo de raíz elitista, que marcó la historia constitucional americana desde sus comienzos, y que sigue ejerciendo una enorme influencia sobre países como el nuestro.

¿Qué puede significar, entonces, en un marco como el expuesto (caracterizado por profundos desacuerdos y disputas), el "tomarse en serio" el compromiso federalista asumido por la Constitución? ¿Qué significa, por lo demás, tomarse en serio una historia que incluyó el derramamiento de mucha sangre en nombre de la cuestión federal? Otra vez, para la Corte ello significa, ante todo, no aceptar que se invoque la soberanía del pueblo o la autonomía provincial para socavar, en los hechos, los derechos de los habitantes de cada provincia. Significa no aceptar que "queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar" ("Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Santiago del Estero", consid. 20).

Ello así —podríamos agregar— a la luz del análisis desarrollado hasta aquí, y a partir de dos *provisos* adicionales. La primera cuestión adicional a considerar se refiere al principio prudencial antedicho, de reminiscencias thayerianas. Lo que este principio nos sugiere es asumir —particularmente en este caso— una actitud de deferencia general hacia las decisiones propias de la autonomía de las provincias. La contracara de lo dicho es que la intervención judicial debe reservarse para casos muy importantes y extremos, que pongan en directa crisis el sistema representativo y republicano (entendidos estos términos conforme al análisis realizado en las páginas anteriores), y el respeto más básico de los derechos.

La segunda cuestión a tomar en cuenta nos remite al aprendizaje histórico, esto es, a lo que —como sociedad— hemos ido reconociendo como prácticas habituales y propias de nuestra vida constitucional: prácticas virtuosas tanto como disvaliosas o corruptas. En tal sentido, podemos decir que la historia de nuestro federalismo nos enseña, por un lado que, de forma demasiado habitual, las autoridades nacionales se han comprometido con prácticas elitistas, concentradoras del poder, y centralizadoras en materia territorial.

A la luz de la Constitución, y por razón de aprendizajes como el citado es que se justifican decisiones como la adoptada por la Corte en "Partido Justicialista c. Provincia de Santa Fe" (Fallos: 317:1195, 1994), en donde el máximo tribunal consideró que no se violaban principios básicos sobre el sistema representativo y la igualdad (ni compromisos tales como el Pacto de San José de Costa Rica), cuando una Constitución provincial establecía un principio de no reelección del Ejecutivo[26]. La conciencia de nuestra historia política, marcada, entre otros datos, por episodios de abusos de autoridad, insiste para que permanezcamos en guardia, por un lado, frente al accionar de un poder nacional, que usualmente pretende ganar más poder para sí, a costa de la autonomía de las provincias.

Por otro lado, la práctica constitucional argentina nos recuerda también de qué modo las políticas provinciales en la Argentina se han caracterizado por los abusos del poder, llevados a cabo en contra de la ciudadanía local, pero invocando a la misma, tanto como a los derechos y poderes propios de la soberanía local. En nombre del federalismo, los poderes locales se han involucrado recurrente y sistemáticamente en prácticas violatorias de derechos, y destinadas a ampliar los márgenes del propio poder discrecional. La conciencia de problemas habituales en nuestra historia, como los señalados, nos instan a ser especialmente estrictos frente a tales prácticas, que socavan al constitucionalismo y le quitan sentido, y que el paso del tiempo sólo contribuye a arraigar.

[26] Ver también Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada,* La Ley, Buenos Aires, 2008.