

Estudios sobre la reforma constitucional de Mendoza:
Una revisión necesaria



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

Mendoza, República Argentina

Estudios sobre la reforma constitucional de Mendoza: Una revisión necesaria

Prólogo de

Laura Montero

Coordinadores

Andrea Juliana Lara y Carlos Ignacio Giuffré

Autores

María Gabriela Ábalos

Víctor Abramovich

Silvina Barón Knoll

Mauro Benente

Gustavo Castiñeira de Dios

Carlos Ignacio Giuffré

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz

Andrea Juliana Lara

Pablo Luis Manili

Alberto Montbrun

Nicolás Emanuel Olivares

Andrés Rousset Siri

Honorable Cámara de Senadores de la Legislatura
de Mendoza

Montero, Rodolfo

UN NUEVO SISTEMA DE SALUD ES POSIBLE : BASES PARA LA
TRANSFORMACIÓN | Rodolfo Montero; prólogo de Henri E. Jouval Jr.

—1ª ed.— Mendoza : EDIUNC, 2016.

192 p. ; 23 x 14 cm.

ISBN 978-950-39-0328-5

1. Administración en Salud Pública. I. Jouval Jr., Henri E., prólog. II. Título.

CDD 362.108

ESTUDIOS SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL
DE MENDOZA: UNA REVISIÓN NECESARIA

Carlos Ignacio Giuffré y Andrea Juliana Lara, **coordinadores**

Primera edición, Mendoza, 2018

ISBN 978-950-39-0328-5

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723

© EDIUNC, 2018

<http://www.ediunc.uncuyo.edu.ar>

ediunc@uncuyo.edu.ar

Impreso en Argentina · Printed in Argentina

Contenidos

Prólogo 11

Ing. Laura Montero, *vicegobernadora*

Introducción 15

Carlos Ignacio Giuffré y Andrea Juliana Lara

Coordinadores

María Gabriela Ábalos

1 Municipios y descentralización del poder: autonomía e integración 19

I. Mendoza y el régimen municipal frente a la reforma de 1994 19

II. Mendoza y el poder constituyente provincial 21

III. El municipio en el constitucionalismo mendocino 23

IV. Municipios y comunas en Mendoza: propuesta de autonomía e integración asociativa local 26

V. Consideraciones finales 29

Bibliografía 32

Víctor Abramovich

2 Derechos y garantías en la futura Constitución mendocina 35

Silvina Barón Knoll

3 El diseño constitucional del poder y la Suprema Corte de Justicia en la futura Constitución de Mendoza 49

I. Consideraciones previas 49

II. Algunas precisiones en torno a la división de poderes y el «juego» de los controles 51

III. El Poder Judicial en Mendoza. La Suprema Corte de Justicia 56

- a. Composición 58
- b. Requisitos 59
 - ¿Qué proponemos? 60
- c. Denominación 64
- IV. Atribuciones 65
 - a. Función jurisdiccional 65
 - b. Función de Gobierno y Superintendencia 68
- V. Reflexión final 70
 - ¿Cuál es el camino?: ¿Reforma total o reforma parcial? 70
- Bibliografía 73

Mauro Benente

4 Constitucionalismo, poder económico y racionalidad social de los derechos 75

- I. Constitución y gobierno 75
- II. Constitucionalismo y poder económico 77
 - a. Los casos de Ecuador y Bolivia 77
 - b. El poder económico en las reformas constitucionales en Argentina 80
- III. Racionalidad social de los derechos y litigio estructural 82
 - a. Más allá de la exigibilidad de los DESC. Hacia una racionalidad social de los derechos 82
 - b. Racionalidad social y litigio estructural 84
- IV. Notas finales 85
- Bibliografía 86

Gustavo Castiñeira de Dios

5 Reforma constitucional de la Provincia de Mendoza. Propuestas para el Poder Legislativo 89

- I. Introducción. Alcance y sentido de la democracia 89
 - a. Democracia como forma de gobierno 92
 - b. Democracia como forma de Estado 94
 - c. Democracia como régimen o sistema político 95
- II. Democracia directa y democracia representativa 101
 - a. Generalidades 101
 - b. Democracia directa 102
 - c. Democracia representativa o indirecta 103
- III. Reforma constitucional. Poder Legislativo 107
 - a. Presupuestos 107
 - b. Propuestas 107
 - Representación territorial 107
 - c. Renovación 109
 - d. Composición 111

e. Modificar el sistema territorial de representación de senadores y su duración	112
Propuesta	112
f. Modificar la base poblacional de diputados (igualitaria)	112
Bibliografía	114

Carlos Ignacio Giuffré

6 En defensa de un procedimiento deliberativo y democrático de reforma constitucional para Mendoza

I. Introducción	117
II. Sistemas de reforma constitucional rígidos y contramayoritarios	118
III. Sistemas flexibles y democráticos	122
IV. Análisis de los dos procedimientos desde la teoría del discurso	124
V. Crítica de los sistemas de reforma de la Constitución de Mendoza desde una teoría deliberativa de la democracia	127
VI. Apreciaciones conclusivas y provisorias	135
Bibliografía	136

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz

7 La reforma de la Constitución de Mendoza y los llamados «proyectos abiertos». Algo más sobre las atribuciones del Poder Constituyente derivado y la oportunidad del referéndum popular

I. Algunas consideraciones iniciales	141
II. La necesidad de la reforma constitucional	143
III. El contexto y la actitud	144
IV. Mayor o menor extensión de la pretendida reforma y su vinculación con los llamados proyectos «abiertos»	145
V. El Derecho Público provincial	148
VI. El procedimiento de reforma y el referéndum popular	150
Bibliografía	152

Andrea Juliana Lara

8 El ordenamiento territorial y la reforma constitucional en Mendoza

I. Introducción. Contexto	155
---------------------------	-----

II. La función social de la propiedad y el ordenamiento territorial	156
a. La inclusión a nivel nacional	156
b. La inclusión en el constitucionalismo provincial y Ciudad Autónoma de Buenos Aires	158
III. La visión del ordenamiento territorial en el constitucionalismo provincial argentino y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	159
a. Como declaración, derecho o garantía del ciudadano y obligación del Estado	159
b. Como política pública o de Estado	160
c. Como competencia	161
IV. El texto constitucional mendocino y los intentos de reforma	161
V. La contradicción: Mendoza y su desarrollo legislativo de avanzada en materia de ambiente y ordenamiento territorial	163
VI. Nuestras conclusiones	164

Pablo Luis Manili

9 Los ciclos constituyentes provinciales en la Argentina 167

Introducción	167
I. Primer ciclo	168
II. Segundo ciclo	169
III. Tercer ciclo	170
IV. Cuarto ciclo	171
V. Quinto ciclo	172
VI. Sexto ciclo	173
VII. Séptimo ciclo	174
VIII. Octavo ciclo	174
IX. Reflexiones finales	174

Alberto Montbrun

10 Aportes y sugerencias en torno a la reforma de la Constitución de Mendoza 177

I. La reforma del Capítulo Régimen Electoral	177
Introducción	177
Naturaleza del sufragio	177
Voto a los 16 años	178
Voto de extranjeros	178
Selección de candidatos y candidatas	179

Separación de elecciones y fijación de fechas predeterminadas. Separación de boletas	179
Posibilidad de candidaturas de ciudadanos y ciudadanas independientes	180
Juzgamiento de las elecciones	180
Mecanismos de democracia semidirecta	181
II. La reforma del Poder Legislativo de Mendoza	182
El sistema bicameral no tiene mayor sentido	182
Redefinición de las secciones electorales con perfil sociológico	185
Una Legislatura unicameral posible	185
Inmunidades parlamentarias	186
Proceso de formación y sanción de las leyes	186
Votación de acuerdos: ¿pública o secreta?	186
Extensión de las sesiones ordinarias	187
III. La reforma del Régimen Municipal	187
El verdadero problema de los municipios de Mendoza	187
La creación de comunas	190
Aspectos de democracia local	190
La cuestión de los recursos municipales	190
Lineamientos de la reforma propuesta	191
Bibliografía	192

Nicolás Emanuel Olivares

11 Una reforma deliberativa del sistema constitucional 195

I. Introducción	195
II. ¿Por qué adoptar una concepción democrática deliberativa?	199
III. Un constitucionalismo deliberativo	201
IV. Un particular diseño institucional	204
V. Cuatro criterios normativos evaluativos	207
VI. Un control de constitucionalidad multisituado	210
VII. Una propuesta de reforma constitucional provincial: Mendoza 2016	213
VIII. Aceptabilidad y sustentabilidad	220
IX. Conclusión	221
Bibliografía	222

Andrés Rousset Siri

12 Los derechos humanos y el control de convencionalidad en la futura Constitución 225

I. Introducción	225
-----------------	-----

- II. Necesidad de armonizar la legislación interna (incluso la constitucional) a las obligaciones emergentes del tratado internacional 227
- III. El cumplimiento de las obligaciones emergentes de la CADH en el esquema de un Estado federal (nación-provincia) 228
- IV. Los problemas de cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de DD.HH. 231
- V. Control de convencionalidad 232
- VI. Propuestas de *lege ferenda* para aumentar el nivel de protección al interior de la provincia de Mendoza a través de la incorporación de cláusulas constitucionales 233

Prólogo

Ing. Laura Montero, *vicegobernadora*

En 1916 Mendoza sancionó nuestra Constitución vigente, que sin dudas fue superadora tanto de la primigenia, sancionada en 1854, como de sus reformas. La Carta Magna de 1916 respetó los principios republicanos, federales y democráticos. A la luz de la experiencia que había dejado la vida institucional, política y social, planteó un diseño institucional inspirado en perspectivas humanas y solidarias.

Así las cosas, estableció derechos sociales—como los laborales—y políticos, disponiendo el sufragio secreto, obligatorio y el escrutinio público; corrigió aquello que otrora había permitido abusos de poder; modificó los órganos Legislativo y Judicial; fortaleció los organismos de control; limitó la reelección y el nepotismo; jerarquizó la administración del agua y de la educación como dos elementos esenciales a los que había que garantizar su acceso de manera igualitaria.

Fue fruto de un trabajo meditado, impregnado de ideales, libre de intereses meramente circunstanciales. Julián Barraquero lo destaca de esta manera en el momento de presentarla:

El proyecto que hoy tengo el honor de presentar a la deliberación de esta ilustrada Asamblea, es el fruto de una paciente y madura reflexión sobre cada uno de los principios constitucionales que consagra. He pensado con la convicción que el estudio y la experiencia llevan al espíritu que las leyes directrices y fundamentales de los pueblos democráticos necesitan para subsistir, en el tiempo y a los embates de los errores y apasionamiento momentáneos, que ellas sean una viva

y perenne encarnación de sus ideales, de sus creencias, de sus costumbres, de su tradición y, más que todo, que sean la custodia de los derechos inalienables del hombre y de las libertades que proclama y consagra el consenso de la humanidad civilizada... Las constituciones solo perduran cuando el pueblo las defiende porque son la encarnación de sus ideales y el arca tutelar de sus derechos y libertades...¹

El éxito de la Constitución de Barraquero, que se manifiesta en su actual vigencia, no tengo dudas que se encuentra en estos principios rectores; sin embargo, estoy convencida de que si él pudiera opinar hoy, promovería una reforma tal como lo hizo en su momento, intentaría corregir desequilibrios institucionales de la actualidad, producto tanto de la evolución de más de cien años del Estado cuanto de la sociedad mendocina, y acorde a los desafíos futuros.

Mendoza, inserta en un mundo global, no es la de hace cien años atrás, dispone de múltiples recursos de vinculación que acortan las distancias, permitiendo transferir experiencias y conocimiento, lo que presupone una dinámica arrolladora de oportunidades de desarrollo humano, social, cultural y económico. Sin embargo, con la misma dinámica, problemas globales golpean la puerta de los hogares mendocinos cuando hay caída de la actividad y el empleo, producto de una crisis financiera global. Lo mismo sucede cuando las emisiones aumentan el calentamiento global y afectan el ambiente, pues derriten nuestros glaciares y limitan la disponibilidad del agua presente y futura.

Los problemas superan la capacidad de respuesta de los Estados nacionales, provinciales y municipales; sin embargo, la comunidad los percibe—la mayoría de las veces— con antelación a la dirigencia y demanda respuestas que, en el mejor de los casos, son atendidas reactivamente, sin estrategia, sin plan, sin instrumentos de política pública que prevean los acontecimientos. Una rueda de desencanto que socava las bases del sistema democrático.

Hoy debemos cuestionarnos si el diseño institucional del Estado y los principios que consagra nuestra Constitución son los que permiten anticipar escenarios futuros sobre los recursos estratégicos, garantizar las demandas sociales y sentar bases de construcción política democrática, sobre esquemas de cooperación que tiendan a una mayor gobernabilidad. También debemos cuestionarnos por qué los indicadores como la producción per cápita de nuestra matriz productiva, el salario medio de un trabajador, las necesidades básicas insatisfechas están por debajo de los valores medios de las provincias argentinas, y si no es hora de optimizar los recursos de todo el territorio provincial, con el gran potencial del desarrollo local empoderando los municipios con mayor autonomía.

En orden a abordar esos interrogantes, hemos desarrollado un arduo trabajo en el que la ciudadanía mendocina, en foros territoriales y en la Legislatura, planteó la imperiosa necesidad de reformar la Constitución de la provincia a fin de consignar conceptos de inclusión social, progreso económico, derecho a la identidad, respeto a la diversidad, igualdad y equidad de género, acceso a la

¹ *Debates de la Convención Constituyente de 1915*. Recopilación e impresión efectuada bajo la dirección de Alberto Patiño Correa (1941), Mendoza, p. 13.

información, ética pública, derechos económicos, sociales, ambientales y culturales, junto con políticas públicas expresas para hacerlos exigibles y eficaces. Pero también ratificaron su compromiso y responsabilidad en el cumplimiento de los deberes ciudadanos en los procesos de participación, en el cuidado del ambiente y el agua. Inclusive, remarcaron la necesidad de fortalecer la autonomía municipal y el Estado con instrumentos concretos de participación, deliberación y control popular. Bregaron por un sistema educativo de calidad, el acceso igualitario a la salud, los mecanismos para vencer brechas sociales hacia una inclusión real que permita el desarrollo personal y la calidad de vida.

Es hora de pensar en el porvenir sin estar encandilados por los brillos del pasado y sin quedar bloqueados por intereses circunstanciales. La reforma constitucional debe ser tal como lo exponía Julián Barraquero, un producto de la reflexión, que debe analizar el desempeño estatal y corregir lo necesario para promover un diseño institucional superador, que promueva la participación a fin de captar la gran experiencia colectiva de nuestro capital social y humano para traducirla en normas, buena planificación y eficaces políticas públicas; pero con una direccionalidad orientada por un sueño colectivo de superación, que contenga y entusiasme a todos, que no es —ni más ni menos— que una norma constitucional de vanguardia.

Como vicegobernadora, estoy convencida de que el presente libro consiste en un aporte incommensurable para pensar el porvenir de las generaciones futuras, tal como lo hicieron nuestros antepasados, sentando las bases para el desarrollo de una sociedad plena en el goce de derechos y en el ejercicio de sus responsabilidades, a fin de promover todo el potencial de nuestra querida Mendoza.

Introducción

Carlos Ignacio Giuffré
y Andrea Juliana Lara
Coordinadores

Estudios sobre la reforma constitucional de Mendoza: Una revisión necesaria es el resultado de un esfuerzo colectivo. El mismo se inició con un seminario que sobre idéntico asunto organizamos desde la Legislatura de la provincia a lo largo del año 2016, donde participaron como disertantes quienes integran el libro que nos congratula presentar. Aquella instancia estuvo dotada de un especial interés y relevancia pues significó un ámbito que estuvo abierto a toda la comunidad mendocina con la intención de generar un espacio de discusión de un asunto que nos atañe en la fibra más íntima; esto es, la Norma Fundamental bajo la cual habitamos.

El trabajo de construcción social y dialógica de conocimiento que dio lugar a la presente obra fue tan intenso como desafiante. Intenso porque los encuentros tuvieron lugar semana a semana, durante varios meses, pero no de manera aislada, sino que estuvieron acompañados de numerosas actividades destinadas a pensar la misma cuestión mediante debates territoriales, audiencias públicas, coloquios, encuestas, mesas de debate, jornadas, recepción continua y abierta de propuestas ciudadanas, entre otras. De manera tal que se trató de una conversación extendida, abierta, dispersante, inclusiva, igualitaria y persistente en el tiempo.

También desafiante, porque dichas actividades, motivadas por una particular concepción de la democracia, como es la deliberativa, no encajan en los modelos de las prácticas tradicionales de llevar a cabo la labor política. Pues, por lo general, y salvo contadas excepciones, antes que la inclusión de la ciudadanía se propicia su expulsión hacia las márgenes de los centros de toma de decisiones. Esa pretensión viene desde los orígenes del constitucionalismo. De hecho, James Madison en *El Federalista* resaltaba la inconveniencia de someter con frecuencia las cuestiones políticas y constitucionales a consideración de la sociedad, advirtiéndole «(...) el peligro de alterar la tranquilidad general interesando demasiado las pasiones públicas», pues en tales casos «sería no la razón, sino las pasiones públicas quienes juzgarían».¹

Pero tal visión no es ajena a la actualidad sino que tiende a reiterarse en un contexto complejo como el vigente, signado por sucesos como el Brexit, el triunfo del «No» en el plebiscito colombiano por la paz o la asunción de Donald Trump en Estados Unidos, donde vuelven a aparecer manifestaciones elitistas frente a los beneficios de la deliberación entre el Estado y la ciudadanía: el reconocimiento de la igual libertad política, el autogobierno, las ventajas epistémicas, entre otras.

En este escenario, las actividades llevadas a cabo desde la Legislatura y el presente libro constituyen una interpretación distinta de los desafíos que los asuntos comunitarios plantean a los órganos de gobierno en el siglo XXI. En efecto, se aspiró a aproximar el terreno de lo fáctico a ese norte ideal hacia el cual debe tenderse en la medida de lo posible: el autogobierno mediante la participación de toda la sociedad en la deliberación y decisión de los asuntos públicos que atañen al rumbo general.

En concreto, el objetivo central residía en discutir ampliamente las bases de una Constitución centenaria, que rige hasta el día de hoy, sin reformas integrales y cuyo contenido es producto de una comunidad con problemas, intereses y propósitos muy distintos a los actuales. En este sentido y a contraluz de James Madison, Thomas Jefferson a más de proponer la previsión del resorte populares para articular los asuntos de gobierno, en una célebre carta proporciona otra perspectiva para pensar la reforma constitucional: toda Constitución expira al cabo de la generación que la instituyó, de lo contrario, «si se implementa por más tiempo, es un acto de fuerza, no de derecho».²

Sin embargo, más allá del momento en el cual tenga lugar la modificación constitucional en Mendoza, sea en el temprano o sea en el largo plazo, los siguientes capítulos consisten en un apoyo teórico a disposición de toda la sociedad desde donde se podrá, por un lado, reconstruir lo acontecido a lo largo del siglo pasado y, por el otro, comenzar a repensar la manera de disponer y organizar

1 Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John (2010). *El Federalista*. 2ª. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, p. 215.

2 Jefferson, Thomas (1950). *The Papers of Thomas Jefferson*. Julian P. Boyd (Ed.). Princeton: Princeton University Press, vol. 1, cap. 2, doc. 23. Recuperado de: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>.

las energías constitucionales en un nuevo proyecto político, económico, social y cultural, que ha de plasmarse en el más elevado rango normativo local.

Este libro incluye los desarrollos teóricos de quienes disertaron en el seminario mencionado, y reflexionaron sobre la reforma constitucional de Mendoza, ora desde la provincia, ora desde afuera, pero siempre con una perspectiva especialmente atenta a los procesos de sustitución normativa que han tenido lugar en el Derecho Público provincial argentino y en la región latinoamericana durante los últimos años. Esto es relevante pues el proceso local no puede pensarse aislado de la significativa riqueza que ofrecen las experiencias de otras provincias y del flamante fenómeno que ha dado lugar al «nuevo constitucionalismo latinoamericano».

Resulta de estricta justicia agradecer a quienes hicieron posible este trabajo mancomunado, en especial a la iniciativa incansable de la vicegobernadora Laura Montero, como así también a las autoras y autores de los capítulos de la presente obra. Pero, sobre todo, a quienes intervinieron en las actividades desplegadas, con la intención de discutir o hacer manifestar sus perspectivas y propuestas, contribuyendo así a nutrir un debate que se presenta como crítico y necesario.

Finalmente, quisiéramos destacar que cuando se mira hacia atrás en el tiempo es posible constatar, una y otra vez, que el constitucionalismo siempre aparece asociado a determinada meta, necesidad o problemática. Vale decir que las constituciones —o las reformas— todas las veces surgen *para* algo y *contra* algo. Para ilustrar esta idea, basta recordar los casos del constitucionalismo moderno, del neoconstitucionalismo, como así también del constitucionalismo popular, del minimalista, del conservador, del democrático, del latinoamericano, entre otras corrientes y experiencias. En el caso de las frescas reformas del continente, se intentó revertir la exclusión política y social del pueblo, como así también la desigualdad estructural, producto de las políticas neoliberales. A fin de explorar las razones y justificaciones del cambio constitucional en Mendoza, se ofrecen las próximas páginas a las y los eventuales lectores.

1

Municipios y descentralización del poder: autonomía e integración

María Gabriela Ábalos

I. MENDOZA Y EL RÉGIMEN MUNICIPAL FRENTE A LA REFORMA DE 1994

A. Con la reforma constitucional nacional de 1994, la cuestión de la autonomía municipal avanza con decisión superando viejas antinomias entre visiones autárquicas y autonomistas para posicionarse en un punto de muy difícil retorno. El nuevo artículo 123 de la Constitución Nacional complementa al artículo 5 en relación con las condiciones que deben cumplir las constituciones provinciales para que el Gobierno Federal garantice a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Dichas condiciones limitan al poder constituyente provincial en cinco aspectos: la forma representativa y republicana de gobierno y los principios, declaraciones y garantías consagrados en la Constitución Nacional, a lo que se suma el deber de asegurar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria. Sin embargo, luego de 1994 se agrega el imperativo de asegurar la autonomía municipal a partir del artículo 123. Ello supone limitar aún más el poder constituyente provincial, pero con una morigeración: cada provincia reglará el alcance y contenido de tal autonomía en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.

La Constitución Nacional, de esta forma, consagra solamente el principio de autonomía local y enumera sus ámbitos característicos. No la define, reglamenta ni desarrolla. Deja a cada provincia la facultad de delinear su contenido conforme con la propia realidad histórica y social de su vida municipal. No podría, de hecho, ser de otra manera. La vida municipal está muy próxima a la realidad viva de la convivencia ciudadana. En el municipio impera un principio general de inmediatez con los rasgos vitales de la vida democrática. Allí afloran las particularidades locales y las singularidades identitarias. Se hacen presentes las necesidades, las expectativas y la expresión auténtica de la convivencia. Mal podría, en consecuencia, establecer la Constitución Nacional una definición rígida y estática. Cada provincia tiene una vida municipal propia e intransferible. En algunas, el municipio conserva ciertos rasgos propios de la tradición histórica del municipalismo hispánico; en otras, los municipios son expresión de circunscripciones casi administrativas que reflejan un municipalismo mínimo; en otras, expresan una multiplicidad de tendencias que se reproducen a través de comunas que pugnan por alcanzar el rango municipal; y en otras, las realidades diametralmente opuestas de las grandes extensiones semidesérticas y despobladas versus los crecientes conurbanos. No es viable establecer un patrón de organización local uniforme y la reforma del 94 así lo recepta puesto que obliga a que cada provincia busque y encuentre en el municipio la expresión más completa y cabal de su identidad comunitaria.

Sin perjuicio de ello, es posible precisar el sentido de cada uno de los diversos aspectos u órdenes de la autonomía municipal de la siguiente forma: el institucional: supone la facultad de dictarse su propia carta fundamental mediante una convención convocada al efecto; el político: elegir a sus autoridades y regirse por ellas; el administrativo: la gestión y organización de los intereses locales, servicios, obras, etc., y el económico-financiero: organizar su sistema rentístico, administrar su presupuesto, recursos propios, e inversión de ellos sin contralor de otro poder. A ello podría agregarse el aspecto concerniente a lo gubernativo: referido a la capacidad de establecer un sistema de gobierno institucional, articulado en torno a principios, reglas, procedimientos y criterios para organizar, planificar y proyectar el futuro de la comunidad. El municipio aparece entonces como una de las formas de la comunidad organizada y la autonomía es el instrumento gubernativo fundamental e indispensable.

B. Después de la reforma constitucional de 1994, el desconocimiento del poder constituyente municipal no solo menoscaba la institución local en sí misma, sino que compromete seriamente la autonomía de la propia provincia, en este caso, de Mendoza. La omisión provincial de receptar la autonomía municipal conforme a los lineamientos sentados en el artículo 123 de la Carta Magna, podría acarrear para las provincias incumplidoras consecuencias desfavorables tales como una declaración de inconstitucionalidad de regulaciones legislativas o administrativas que infrinjan la supremacía constitucional, o bien ser pasibles de una intervención federal.

La tradición constitucional mendocina es ciertamente extraña al reconocimiento de la autonomía municipal. Todas las constituciones provinciales, desde la primera de 1854 hasta la actual de 1916, pasando por la reforma de 1948/49, fueron ajenas a la tendencia autonomista que se fue imponiendo desde el constitucionalismo provincial y que hoy se encuentra generalizada y creciente en veinte provincias argentinas.¹ En Mendoza todos los municipios, sin excepción, se han regido, y aún lo hacen, por una única ley orgánica de municipalidades dictada por la provincia; está vigente la ley del año 1934 que presenta serias contradicciones a partir de varias modificaciones. Pero no es la única provincia en deuda con la normativa constitucional en análisis; también Santa Fe y Buenos Aires autorizan a la legislatura provincial a dictar la norma básica del ordenamiento local desconociendo el poder constituyente municipal. Por el contrario, son veinte los ordenamientos provinciales que reconocen y consagran la autonomía local,² ya sea a todos sus municipios, o bien distinguiendo en categorías, advirtiéndose también que cuatro de estas constituciones condicionan el ejercicio del poder constituyente municipal al control del poder legislativo provincial.³

II. MENDOZA Y EL PODER CONSTITUYENTE PROVINCIAL

A. La Constitución de la Provincia de Mendoza vigente, que data de 1916, es el resultado de un proceso histórico, social y político de reconocida calidad institucional dentro del panorama comparado del constitucionalismo provincial argentino. Todo intento de analizar dicho proceso debe tener en cuenta la relación dinámica entre una cultura política pragmática y siempre abierta a la innovación, una dirigencia social arraigada en un medio geográfico y económico de fuertes exigencias hacia las instituciones y un sólido instrumentalismo pragmático que caracterizó desde los comienzos del proceso constituyente a sus juristas y dirigentes políticos.

Mendoza es un ejemplo destacado de organización estatal compleja, con rasgos de fuerte institucionalidad de la relación entre poderes, protegida del predominio arbitrario de caudillos hegemónicos, con gobiernos sometidos a mandatos limitados, respetuosos del principio republicano de la alternancia y de la exigencia constitucional de la no reelección. Bajo estas condiciones, Mendoza no ha conocido en las últimas décadas los fenómenos de entronización de familias

1 Para ampliar: Ábalos, María Gabriela (2007). *Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho tributario nacional, provincial y municipal*. Bs. As.: Ed. Ad Hoc.

2 Se trata de las provincias de Neuquén (1957/94/06), Misiones (1958/64), Santiago del Estero (1986/97/05), Salta (1986/98), San Juan (1986), La Rioja (1986/98/08), Jujuy (1986), San Luis (1987), Córdoba (1987/01), Catamarca (1988), Río Negro (1988), Formosa (1991/03), Tierra del Fuego (1991), Corrientes (1993/07), La Pampa (1994), Chaco (1994), Chubut (1994), Santa Cruz (1994/98), Tucumán (2006) y Entre Ríos (2008).

3 Son Neuquén (1957/94), Chubut (1994), Salta (1986/98) y Tucumán (2006).

políticas y estructuras clientelares de dominación política, constituyendo hasta la fecha un ejemplo destacado de poliarquía competitiva, sobre la base de por lo menos tres fuerzas políticas con capacidad efectiva de alternancia en el poder.⁴

B. En torno al ejercicio del poder constituyente provincial en Argentina, cabe destacar que el constitucionalismo público provincial hasta 1986 siguió en general los lineamientos sentados por el poder constituyente nacional. Así, las provincias argentinas dictaron sus primeras constituciones luego de 1853 a la luz de las exigencias contenidas principalmente en el artículo 5 de la Carta Magna nacional. Luego, las principales reformas constitucionales a nivel nacional, como la de 1949 y la de 1957, trajeron aparejadas las mismas iniciativas en las provincias; ello, dado el principio de supremacía del ordenamiento nacional por sobre el provincial, enmarcado por los artículos 31, 27 y 28, y luego de la reforma de 1994, por el 75 incs. 22 y 24, a los que se suman los artículos 5 y 123 entre otros de la Constitución Nacional, que obligan a las provincias a dictar sus constituciones respetando los lineamientos fijados a nivel nacional.⁵

Sin embargo, a partir de la reinstauración democrática de 1983, el proceso se reinvierte sobre la base de un protagonismo provincial en las iniciativas de reforma. Desde 1986 trece provincias argentinas reforman sus constituciones sin que modificaciones en el orden nacional así lo impusieran.⁶ Luego de la reforma nacional de 1994, cinco provincias reforman sus textos ese mismo año⁷ y, años después, otras tantas actualizan sus textos constitucionales a la luz del modelo nacional.⁸ En cambio, la provincia de Mendoza ha sido una de las pocas que no se ha sumado al movimiento reformador citado, ya que aún mantiene básicamente su texto constitucional de 1916, con algunas modificaciones menores. En esta

4 Lo expuesto tiene que ver sin duda con la idiosincrasia del mendocino, que, como bien afirma Pérez Guilhou, es «fundamentalmente empírico, que confía en su prudencia para resolver toda clase de problemas y que sujeta su conducta a grandes principios guías, pero siempre rehúye lo exageradamente ideológico o reglamentarista. Su pragmatismo lo abre permanentemente al cambio sin desechar lo pasado; avanza sin sobresaltos confiando en que no siendo nunca demasiado revolucionario puede desarrollar seguro su accionar para afirmar el futuro que crea cotidianamente» (Pérez Guilhou, Dardo (2004). «Qué le dio Mendoza al país», en A. Roig y otros. *Mendoza, cultura y economía*. Mendoza: Ed. Caviar Bleu, p. 525).

5 Ábalos, María Gabriela, «El poder constituyente provincial en el federalismo argentino. Principales notas en el derecho público provincial vigente», en Federalismi.it. *Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato*; www.federalismi.it; 10 de enero de 2007. También en el Suplemento de Derecho Público de ElDial.com Biblioteca Jurídica Online www.eldial.com.ar, 19 de noviembre de 2007. Castorina de Tarquini, María Celia (2003). «La provincia y la Nación», en Dardo Pérez Guilhou y otros. *Derecho Público Provincial y Municipal*, tomo I, 2ª. ed. actualizada. Bs. As.: La Ley, p. 155 y ss.

6 En efecto, las provincias de Jujuy, La Rioja, Salta, San Juan y Santiago del Estero reforman sus textos en el año 1986, mientras que Córdoba y San Luis lo hacen en 1987; Catamarca y Río Negro en 1988; Tucumán en 1990; Tierra del Fuego y Formosa en 1991, y Corrientes en 1993.

7 Son las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Chubut, Chaco y Santa Cruz.

8 Santiago del Estero en 1997, Salta y Santa Cruz en 1998, La Rioja en 1998 y en 2002, Córdoba en 2001, Formosa en 2003, y más recientemente Santiago del Estero a fines de 2005, Neuquén y Tucumán en 2006, Corrientes en 2007 y La Rioja y Entre Ríos en 2008.

misma línea se inscriben Misiones con su Carta Magna de 1958/64, Santa Fe con su Constitución de 1962, y Tierra del Fuego con su Carta de 1991.

En Mendoza, si bien casi todos los gobiernos que se han sucedido desde 1983 han planteado iniciativas de reformas—en diferentes grados y con alcances diversos—, lo cierto es que las mismas no han prosperado. Circunstancias políticas diversas, sumadas a la propia complejidad del procedimiento de reforma y, sobre todo, a la resistencia por parte de la opinión pública y de una cultura política suspicaz ante las implicancias de una alteración del principio de no reelección del gobernador, frustraron de hecho todo propósito reformista. Ello ha contribuido a consolidar en la sociedad mendocina la vigencia de una Constitución que, a lo largo de cien años, sigue orientando y disciplinando el proceso político a través de principios esenciales de la tradición republicana.

III. EL MUNICIPIO EN EL CONSTITUCIONALISMO MENDOCINO

Los antecedentes constitucionales del municipio en Mendoza muestran un claro predominio del modelo departamental, con ausencia completa de poder constituyente local, con períodos de gran centralización y dependencia con el gobierno provincial.⁹

A. El primer reconocimiento constitucional del municipio viene de la mano de la Constitución provincial sancionada en base al proyecto de Juan Bautista Alberdi, el 14 de diciembre de 1854, que crea la división departamental y en distritos, dando a cada departamento su municipalidad elegida directamente por el pueblo, en la que tienen voto los ciudadanos y los extranjeros.¹⁰

Se define por primera vez con base constitucional el modelo territorial departamental del régimen municipal de la provincia, que aún se mantiene. Bajo este régimen evoluciona el municipalismo en Mendoza hasta fines del siglo XIX y se constituyen definitivamente los municipios departamentales hasta adquirir el perfil que tienen actualmente. Así, en 1868 se crea el primero, el de la ciudad de Mendoza; en 1872, las municipalidades de los departamentos de Godoy Cruz y Junín; en 1880, las de Tupungato y Tunuyán; en 1888, la de San Carlos; en 1889, la de Lavalle; en 1895, la de Guaymallén.

B. En el año 1895 entra en vigencia una nueva Constitución de la provincia luego de un larguísimo proceso constituyente que se inicia en 1868, durante el gobierno de Nicolás Villanueva y termina en 1894 cuando es gobernador

9 Puede ampliarse en Ábalos, María Gabriela (2006). *Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*. Mendoza: EDIUNC.

10 Olascoaga, Laurentino (1919). *Instituciones políticas de Mendoza*, tomo I. La Paz, Bolivia: Escuela Tipográfica Salesiana, p. 148.

Pedro I. Anzorena.¹¹ En materia municipal, la reforma introduce algunos aportes novedosos tendientes a fortalecer el régimen de la provincia. En primer lugar, se plantea una fórmula que va a obtener carta de ciudadanía en nuestro Derecho público y va a perdurar en las futuras reformas constitucionales, siendo tomada, incluso, por la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1934. Se establece que la administración de los intereses y los servicios locales en la capital y cada uno de los departamentos estará a cargo de una municipalidad (art. 199), fórmula muy gráfica y a la vez lo suficientemente elástica y genérica como para ir evolucionando junto con los cambios sociológicos del municipio. La Constitución mantiene inalterado el tradicional sistema departamental y desarrolla un esquema normativo que se va a reiterar, casi textualmente, en la futura Constitución de 1916. Establece, además, un Departamento Ejecutivo y un Departamento Deliberativo (art. 200), remitiendo a la legislatura el deslinde de atribuciones y facultades de cada uno y confiriéndoles las facultades necesarias para que puedan atender eficazmente los intereses y servicios locales (art. 201).

c. El 23 de febrero de 1900 es sancionada una nueva Constitución, que para Olascoaga está más o menos calcada de la anterior de 1895, y las modificaciones fundamentales respondieron a fines políticos pocas veces encuadrados con las necesidades de la provincia.¹² También se ha sostenido que los motivos por los cuales se llevó a cabo la reforma constitucional son, por una parte, la necesidad de modificar el sistema judicial de la provincia, y, por la otra, el régimen municipal «excesivamente amplio y permisivo» para las comunas.¹³ Esta Constitución establece en el artículo 186 taxativamente el número de municipalidades, previendo la existencia de las mismas solamente en los departamentos de Capital, Guaymallén, Las Heras, Belgrano, Junín, Luján, Maipú, Rivadavia, San Martín y San Rafael. Por otra parte, dispone que el cargo de presidente de la Municipalidad sea designado por el Poder Ejecutivo (art. 186), lo que supone una nota centralista y consolida el manejo político de los gobernadores sobre las cuestiones municipales.

D. En este sentido, el marcado centralismo de Emilio Civit y las múltiples críticas suscitadas por la sanción de la Constitución del año 1900 explican y provocan la declaración de la necesidad de la reforma y el llamado a una convención, que

11 Castorina de Tarquini, María Celia. «El municipio mendocino en el siglo XIX», *Revista Idearium*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, Nº 4/5. Mza., 1979; p. 177 y ss. Véase también Sanjurjo, Inés E. «El régimen municipal en Mendoza en las últimas décadas del siglo XIX», *Revista de Historia del Derecho*, Nº 17. Bs. As., 1989, p. 283 y ss.; Pérez Guilhou, Dardo. «La reforma constitucional mendocina de 1894. Exigencias de la modernidad», en *Ensayos sobre la historia política institucional de Mendoza*. Secretaría Parlamentaria, Comisión de Cultura, Dirección de Publicaciones, Senado de la Nación. Bs. As., 1997, p. 139 y ss. También en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Nº 8. Bs. As., 1980.

12 Olascoaga, Laurentino, ob. cit., p. 212.

13 Páramo de Isleño, Martha. «Historia de una Convención: la constituyente mendocina de 1898-1900». *Revista Idearium*, Nº 4/5, p. 73.

sesiona hasta 1909, dando lugar a la Constitución de 1910. En materia municipal, en apenas seis artículos define un cambio sustancial en el régimen vigente y diseña un modelo cercano al de municipio urbano, estableciendo que la creación de «municipalidades» o «comisiones municipales» tiene por base la población, y deja a la ley determinar en qué casos se aplicará cada una y el radio que corresponderá a los municipios (art. 110). Asimismo prevé la posibilidad de crear juntas de fomento en los lugares poblados fuera del radio de los municipios, remitiendo a la ley orgánica de municipalidades, comisiones y juntas (art. 111) como así también los recursos y ramos de imposición que les corresponderán (art. 113).

E. En el año 1916 se convoca a una nueva Convención Constituyente, cuyos efectos perdurarán en el tiempo y se extenderán hasta nuestros días. Comenta Pérez Guilhou que en esa fecha, en pleno auge del positivismo jurídico y de la incorporación de cláusulas sociales a las constituciones, esta constitución se adelanta a las demás que luego se dictarán en el país, recibiendo en general ponderativas críticas sobre su contenido.¹⁴ En torno a la organización municipal se dedican 14 artículos con 24 incisos, en los que se detalla la composición y régimen de las municipalidades, reimplantándose el sistema departamental. También retoma la fórmula introducida en la Constitución de 1895; es decir, se pone a cargo de las municipalidades la administración de los intereses y servicios locales en la Capital y cada uno de los departamentos (art. 197). Se establece un Departamento Ejecutivo y un Departamento Deliberativo (art. 198); la duración de tres años de los mandatos; la elección directa de los concejales por el pueblo del departamento y la elección del intendente por los propios concejales y del seno del cuerpo, pero en la capital será elegido por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 199, inc.1).

F. El día 10 de marzo de 1949 comienza a regir en Mendoza una nueva Constitución provincial debatida a lo largo de 1948. La misma introduce significativas modificaciones en el régimen institucional de las municipalidades, aun cuando en la realidad no se verifica una transformación real de la situación municipal. El gobierno surgido del golpe de Estado de septiembre de 1955 dispuso el retorno al texto constitucional del 16, con lo cual la reforma de 1948 fue eminentemente doctrinaria, pero resulta interesante puntualizar brevemente sus lineamientos en materia municipal. Establece un sistema cercano al del municipio ciudad, al disponer que «La administración de los intereses y servicios locales en la capital y los centros urbanos dotados de la amplitud territorial que fije la ley para cada municipio, estará a cargo de sus propias autoridades municipales» (art. 204). En cuanto al gobierno, dispone que se establecerán municipalidades

14 Pérez Guilhou, Dardo. «La Convención Constituyente mendocina de 1916. La democratización del poder», en *Ensayos sobre la historia política institucional de Mendoza*. Secretaría Parlamentaria, Comisión de Cultura, Dirección de Publicaciones, Senado de la Nación. Bs. As., 1997, p. 171 y ss. También en *Boletín de Estudios Políticos* Nº 20, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo. Mza., 1977.

con un Departamento Ejecutivo y un Departamento Deliberativo «en la ciudad o villa cabecera de cada departamento, en los centros urbanos de más de ocho mil habitantes y en los centros urbanos de distrito ubicados a más de cien kilómetros del asiento de la comuna departamental, siempre que tengan más de mil quinientos habitantes» (art. 205), y para los restantes centros urbanos de más de quinientos habitantes prevé autoridades municipales cuya designación, organización y atribuciones determinará la ley de modo uniforme y de acuerdo con la población que se tomará como base para la fijación de los distintos tipos de gobierno local (art. 206). Regula asimismo la elección directa de concejales e intendentes—salvo en la Capital— (arts. 208 y 211) con una muy detallada enumeración de los deberes y atribuciones de las municipalidades (art. 216).

Sin embargo, la realidad municipal mendocina no experimenta ninguna mejora o transformación con este régimen. Ni siquiera se dicta durante la vigencia de esta Constitución una nueva ley orgánica de municipalidades. Tan irrelevante resultó para la transformación de la realidad municipal el diseño institucional del 48, que Malargüe—junto con Alvear (1914) el único municipio surgido en la provincia en el presente siglo— fue creado como municipio departamental, según ley provincial 1937 del 22 de noviembre de 1950, bajo la vigencia de esta Constitución, con una superficie de más de cuarenta mil kilómetros cuadrados.

G. En el año 1965 se lleva a cabo una controvertida reforma de la Constitución provincial que, entre otras modificaciones generales de importancia, la Constituyente introduce el colegio electoral para la elección de gobernador y vice de la provincia y para la elección de intendentes municipales, fija una nueva distribución de los distritos electorales y agrega varias reformas menores en la composición de las cámaras legislativas y también en algunos aspectos del Poder Judicial.

IV. MUNICIPIOS Y COMUNAS EN MENDOZA: PROPUESTA DE AUTONOMÍA E INTEGRACIÓN ASOCIATIVA LOCAL

El constituyente provincial tiene un gran desafío por delante: deberá plasmar la autonomía local que manda la Constitución Nacional, rescatando la importancia de la coordinación de potestades que permita el crecimiento municipal en beneficio de la provincia, acercándose a la fórmula de concertación que defendía incansablemente el maestro Frías. Siguiendo el pensamiento de Alberdi, una constitución tiene que ser reservada y sobria en disposiciones;¹⁵ por ello, bastará

¹⁵ Alberdi, Juan Bautista (1914). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Francisco Cruz, cap. XXX, p. 231. Véase también Pérez Guilhou, Dardo (1984). *El pensamiento conservador de Alberdi*. Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 56.

que se incluyan los lineamientos generales de la autonomía municipal, dejando luego a la carta y ley orgánicas, según el caso, la reglamentación acorde con cada realidad local.

La necesidad de la reforma en el ámbito municipal puede dar lugar a la reforma total o parcial (arts. 220, 221 y 222 Const. de Mza), o bien a la enmienda o reforma de un solo artículo (arts. 223 y 224 Const. de Mza), ya que, en este último supuesto, bastaría con delimitar los lineamientos básicos de la autonomía, dejando a las cartas orgánicas o a la ley orgánica, en su caso, la reglamentación detallada de los mismos.

En ambos supuestos, le cabe a la provincia reglar el alcance y contenido de dicha autonomía, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada municipio, de cada centro poblado, hoy existentes; por lo que no se trata de copiar las fórmulas usadas por otras provincias sino de rescatar y resaltar las cláusulas que se estimen correctas, y en su caso, adaptarlas a la realidad mendocina, sin perjuicio de la necesaria cuota de originalidad y creatividad. En definitiva, los términos del artículo 123 «...*reglando su alcance y contenido...*», suponen que el régimen municipal mendocino debe tener un sello autonómico propio, característico e intransferible.

En este intento, la Constitución de Mendoza si bien debe asegurar la autonomía municipal, podría, sin que ello implique una violación al texto nacional, mantener la estructura departamental, siendo, en buena medida, parte de la idiosincrasia y de la historia.¹⁶ A su vez, dentro de cada departamento podrían distinguirse dos categorías de organización municipal cuya denominación sería: *municipios* y *comunas*, siendo el número de habitantes el criterio distintivo; ello en pos de obtener una mayor descentralización política e institucional, y además lograr una considerable cercanía entre el gobernante y el gobernado. La reforma debería reconocer la autonomía plena de los *municipios*, en los ámbitos institucional, político, administrativo y económico-financiero, mientras que la creación de las *comunas* permitiría avanzar en el camino de la descentralización política, permitiendo que los vecinos eligieran a sus propios gobernantes. De este modo, ciudades tales como Palmira, Uspallata, Bowen, La Consulta, Chacras de Coria, y tantas más, experimentarían un renacimiento de la vida comunal sobre la base de oportunidades crecientes de participación de los vecinos en las cuestiones de su interés directo.

A ello se sumaría la organización del poder, que en los *municipios* –que disfrutarían de autonomía plena–, se mantendrían los órganos Ejecutivo y Deliberativo, elegidos en forma directa; en cambio, para las *comunas* podría bastar con una comisión de vecinos, elegidos de la misma forma, que intentaría reducir el aparato burocrático, disminuir el gasto público y, en buena medida, favorecer la más rápida satisfacción de las necesidades locales.

¹⁶ Véase Ábalos, María Gabriela. *Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*, 1ª. ed., ob. cit.

Ahora bien, las dieciocho ciudades cabeceras que hoy existen y que se transformarían en municipios con autonomía plena, es decir, con reconocimiento de poder constituyente local, más las demás ciudades que se sumarían como comunas con autonomía semiplena, rigiéndose por la ley orgánica provincial, plantean desafíos concretos que requerirán de soluciones particulares frente a dificultades tales como la complejidad en la prestación de servicios, requerimientos, funciones y, por supuesto, disponibilidad de recursos, ello junto a una creciente tendencia provincial y nacional a transferir competencias al nivel local, lo que lleva a los gobiernos municipales a prestar, por razones de proximidad, cada vez mayor número de servicios.¹⁷

Frente a esta situación, la solución podría encontrarse en un incremento de sus recursos propios, pero también en la reorganización territorial que racionalice la prestación de los servicios públicos, reduciendo costos y aumentando la eficacia de los mismos.¹⁸ Fórmulas de integración intermunicipal brindarían nuevas alternativas de gestión junto a un proceso de reestructuración funcional que permitiría hacer viable y efectiva la autonomía municipal. Se propone fomentar el asociacionismo municipal integrativo y cooperativo entre municipios y comunas que tenga como principales metas: favorecer el desarrollo local, evitar la desaparición de municipios, aumentar el volumen operativo (escala, alcance), diversificar servicios, disminuir costos, optimizar recursos, incrementar la capacidad de negociación, acceder a insumos y prestar servicios en mejores condiciones, integrar procesos productivos, lograr escala comercial, conseguir financiamiento con mayor facilidad, mejorar el rendimiento y la efectividad en los servicios, racionalizar la gestión de los recursos, etc.¹⁹

Esta integración intermunicipal se puede lograr a través de convenios en materia económica, social, cultural, de medioambiente, etc., a fin de economizar y optimizar recursos públicos de los municipios y las comunas que integren esos acuerdos y, mediante esos ahorros de costos, poder efectivizar desarrollos comunales.²⁰ El intercambio de elementos y servicios con los que cuentan algunos gobiernos locales y no otros, la información que se brindan mutuamente,

17 Conf. en Giuliano, Diego A. (2006). *Derecho Municipal. Autonomía y regionalización asociativa*. Bs. As.: Ed. Ediar, p. 193.

18 Conf. Rodríguez González, Román (2005). *Territorio y gobierno local en España*. Navarra: Ed. Thomson Civitas, p. 57.

19 Ábalos, María Gabriela. «El fortalecimiento de la autonomía municipal a través de la integración asociativa local», *Revista Carta de Noticias* de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Primer cuatrimestre de 2014, año 2, Nº 12, 18 de febrero de 2014 (http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pg_caba_feb2014.pdf).

20 Losa, Néstor Osvaldo (1996). *Elementos de Derecho Público Provincial y Municipal*, tomo I. Bs. As.: Ed. Gema, p. 127. Véase también: Hernández, Antonio M. (1999). *Integración y globalización*. Bs. As.: Ed. Depalma; y del mismo autor (2008), «Federalismo y Constitucionalismo provincial», ob. cit.; «Municipio, relaciones interjurisdiccionales y desarrollo sustentable», en *Doctrinas Esenciales*. Bs. As.: La Ley, p. 375; «Relaciones del municipio con otros municipios, la provincia y la región», *Revista de Derecho Público; Derecho Municipal*, 2004-2. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p. 25; Marchiaro, Enrique José (2006). *El derecho municipal como derecho posmoderno*. Bs. As.: Ed. Ediar. *Derecho Municipal. Nuevas relaciones intermunicipales*, ob.cit.; «Poder de policía intermunicipal – Hacia la micro-región municipal en Argentina desde la teoría de sistemas aplicada al Derecho», en *La Ley* 2001-F-1277, etc.

a lo que puede sumarse la elaboración conjunta de obras y servicios públicos, muestra una nueva manera de hacer viable la autonomía municipal sustentada en el principio de solidaridad y de subsidiariedad.²¹

Los municipios y comunas en Mendoza en el siglo **XXI** deben asumir el desafío de ser polos de integración, lo que implica una especial misión político-institucional, cual es la de «atraer» áreas geográficas –usualmente remotas y dispares– al conjunto sociocultural del territorio más poblado y/o desarrollado para que con capacidad expansiva de crecimiento económico generen, con impacto multiplicador, nuevos crecimientos económicos, nuevas relaciones sociales, culturales, siendo verdaderos polos de desarrollo.²²

V. CONSIDERACIONES FINALES

Destaco los aspectos más importantes en torno a la autonomía local en el ámbito institucional, político y económico financiero.

A. En primer lugar, debería consagrarse la organización municipal en base a las ciudades; es decir, teniendo en cuenta el número de habitantes para establecer categorías cuya denominación podría ser: *municipios* y *comunas*, ello en pos de obtener una mayor descentralización política e institucional para, a su vez, lograr una considerable cercanía entre el gobernante y el gobernado. Para darle mayor perdurabilidad a la Constitución, no cabe que ésta indique el número de habitantes a tener en cuenta para la diferenciación entre *municipio* y *comuna*, dejando tal aspecto en manos de la legislación infraconstitucional, lo que oportunamente permitirá receptar, por ejemplo, los cambios que surjan del crecimiento demográfico.

Tal legislación no podrá desconocer las dieciocho ciudades cabeceras de los departamentos como municipios, dada su existencia histórica, y dentro de cada uno de ellos determinar, en base a la población, la existencia de una o varias comunas. En cambio, sí corresponde que la Carta Magna reconozca a los que denominamos *municipios* la autonomía plena, es decir, en los ámbitos institucional, político, administrativo y económico-financiero; mientras que a las *comunas* les faltaría únicamente la primera citada, rigiéndose por la ley orgánica que dicte la provincia. De este modo, se proponen los siguientes artículos:²³

21 Véase el análisis y desarrollo de este principio en las relaciones intergubernamentales de los ordenamientos de Argentina y de España en Díaz Ricci, Raúl M. (2009), *Relaciones gubernamentales de cooperación*. Bs. As.: Ed. Ediar, p. 199 y ss.

22 Rosatti, Horacio (2006). *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, p. 167.

23 Ver fundamentos y mayores consideraciones en Ábalos, María Gabriela. *Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*, 1ª. ed., ob. cit.

- Art. *La administración de los intereses y servicios locales en la capital y en cada uno de los centros poblados de la provincia estarán a cargo de municipios y comunas con arreglo a las prescripciones de esta Constitución, de las Cartas Orgánicas y de la Ley Orgánica en su caso. Los municipios gozan de autonomía institucional, política, administrativa y económico-financiera, y las comunas de autonomía política, administrativa y económico-financiera. La norma determinará el número mínimo de habitantes necesario para que un centro poblado constituya una u otra categoría.*
- Art. *Los municipios dictarán su propia carta orgánica, sin más limitaciones que las contenidas en esta Constitución, la cual será sancionada por una convención municipal convocada al efecto por el departamento ejecutivo comunal, en virtud de ordenanza sancionada al respecto con el voto de los dos tercios de sus miembros. La convención municipal estará integrada por un número igual al de los miembros del Concejo Deliberante, y serán elegidos por el pueblo por sistema de representación proporcional. Para ser convencional municipal se necesita reunir los mismos requisitos exigidos que para ser concejal.*
- Art. *Las comunas se regirán por la ley orgánica que al afecto dicte la Legislatura sobre las bases establecidas en esta Constitución.*

A. Cabe contemplar también la alternativa posible de enmienda de un solo artículo, prevista en los artículos 223 y cc. de la Norma Suprema provincial. En ese caso, si se elige este procedimiento de reforma para cumplir con el artículo 123 citado de la Carta Nacional, bastaría con modificar el artículo 197 de la norma provincial, reconociendo la autonomía municipal, distinguiendo entre *municipio* y *comuna* en relación con la autonomía institucional, dejándose la reglamentación de los demás puntos a las cartas orgánicas y a la ley orgánica. Atento a que el artículo 197 en su redacción actual contiene también normas sobre la autonomía política de los municipios, específicamente referidas a la composición, elección y duración de los miembros del Concejo Deliberante, también se incluye ese aspecto en esta propuesta. Dicho artículo quedaría redactado de la siguiente forma:

Art. 197: *La administración de los intereses y servicios locales en la capital y cada uno de los centros poblados de la provincia, estarán a cargo de municipios y comunas con arreglo a las prescripciones de esta Constitución, de las Cartas Orgánicas y de la Ley Orgánica en su caso. Los municipios gozan de autonomía institucional, política, administrativa y económico-financiera, y las comunas de autonomía política, administrativa y económico-financiera. La ley determinará el número mínimo de habitantes necesario para que un centro poblado constituya una u otra categoría. Los municipios estarán gobernados por un Departamento Ejecutivo y otro Deliberativo y las comunas por una Comisión de Vecinos, cuyos miembros durarán 4 años en el ejercicio de sus funciones. Todas las autoridades mencionadas solo pueden ser reelectas una sola vez en forma inmediata. Los integrantes del Departamento Deliberativo en los municipios y de la Comisión*

de Vecinos en las comunas serán elegidos directamente por el pueblo, conforme con el sistema establecido para la elección de diputados.

c. En cuanto a los demás aspectos que completan la organización municipal provincial se formulan algunas consideraciones generales:

1. Sobre la organización del poder, se sugiere para los *municipios*, es decir, para aquéllos que tengan autonomía plena, el mantenimiento del Departamento Ejecutivo y del Deliberativo, elegidos en forma directa. En cambio, para las *comunas* bastaría una comisión de vecinos, elegidos de la misma forma, que intentaría reducir el aparato burocrático, disminuir el gasto público y, en buena medida, favorecer la más rápida satisfacción de las necesidades locales. Sobre la duración, se aconseja cuatro años de mandato para intendentes y concejales, limitándose las reelecciones a una solamente, en forma inmediata posterior.

2. Un punto importante es el de la representación de los municipios y comunas en alguna de las Cámaras de la Legislatura provincial. Se propone esta representación en la de Senadores, a semejanza de lo que ocurre con la participación de las provincias en el orden nacional, que representen a los *municipios*, y a las *comunas* en la forma y condiciones que establezca la ley.

3. Respecto de las competencias y del poder de policía municipal, se sugiere que, a fin de disminuir las zonas de conflicto con la esfera provincial, se especifiquen y distingan las atribuciones que sean privativas y propias del *municipio* y de las *comunas*. Pero destacándose necesariamente el ejercicio concurrente de algunas de ellas con la provincia, con el objeto de optimizar los resultados. También se destaca la importancia y conveniencia de exigir acuerdos intermunicipales para la conformación de regiones intermunicipales para el ejercicio de incumbencias propias atento a los intereses y problemáticas comunes, como, por ejemplo, los que conforman el Gran Mendoza, el Valle de Uco, el sur provincial, etc.

4. En cuanto al poder tributario, se propone el reconocimiento de la capacidad impositiva municipal y, por ende, la facultad de creación de impuestos municipales manteniendo las tasas y contribuciones. No debe incluirse un artículo referido a la composición del tesoro municipal con un listado detallado de recursos, ya que no siempre se ajustaría a los reales requerimientos y necesidades locales, sino que, por el contrario, bastaría con un artículo referido en general a las atribuciones en materia económico-financiera dejando en manos de la reglamentación, ya sea a través de la carta orgánica o de la ley orgánica, según corresponda, la indicación concreta de los distintos tipos de recursos, siempre que se respeten las normas provinciales y nacionales a fin de evitar incompatibilidades. La Constitución debe contener una cláusula por la cual se reconozca al municipio la facultad de imposición exclusiva respecto de personas, cosas o actividades sujetas a jurisdicción esencialmente municipal, lo cual sería acorde con la consideración del municipio como entidad de gobierno necesaria o esencial y, por ello, dotada de los recursos indispensables para el cumplimiento de sus fines.

Con relación a los recursos propios y en especial a los impuestos, se debe reconocer la capacidad impositiva municipal y, por ende, la facultad de creación de

impuestos municipales en el marco de armonización con la nación y la provincia. Para evitar el aumento de la presión impositiva estatal, se impone rediscutir las pautas de coparticipación con la provincia. Se sugiere mantener las tasas y contribuciones ya establecidas. En cuanto a los recursos de otra jurisdicción, en la Constitución provincial deberían fijarse pautas de coparticipación con los municipios. Si se admite la representación de ellos en el Senado, tendrán la oportunidad de participar en la discusión de la ley de coparticipación provincial. También en materia de empréstitos se deberían fijar pautas, exigiendo a los municipios el cumplimiento de ciertos recaudos antes de comprometer el patrimonio municipal.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁBALOS, María Gabriela (2006). *Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*. Mendoza: EDIUNC.
- (2007a). *Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho tributario nacional, provincial y municipal*. Bs. As.: Ed. Ad Hoc.
- (2007b). El poder constituyente provincial en el federalismo argentino. Principales notas en el Derecho público provincial vigente. En *Federalismi. it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato*. Recuperado el 10 de enero de 2007, de <http://www.federalismi.it>.
- (2007c). Suplemento de Derecho Público de ElDial.com. Biblioteca Jurídica Online. Recuperado el 19 de noviembre de 2007, de www.eldial.com.ar.
- (2014). El fortalecimiento de la autonomía municipal a través de la integración asociativa local. *Revista Carta de Noticias*. Primer cuatrimestre de 2014, año 2, Nº 12. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Procuración General. Recuperado el 18 de febrero de 2014, de http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgcaba_feb2014.pdf
- ALBERDI, Juan Bautista (1914). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Francisco Cruz, cap. XXX, p. 231.
- CASTORINA DE TARQUINI, María Celia (1979). El municipio mendocino en el siglo XIX. *Revista Idearium*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, Nº 4/5. Mza.
- (2003). La provincia y la Nación. En Dardo Pérez Guilhou y otros. *Derecho Público Provincial y Municipal*, tomo I, 2ª. ed. actualizada. Bs. As.: La Ley.
- DÍAZ RICCI, Raúl M. (2009). *Relaciones gubernamentales de cooperación*. Bs. As.: Ed. Ediar.
- GIULIANO, Diego A. (2006). *Derecho Municipal. Autonomía y regionalización asociativa*. Bs. As.: Ed. Ediar.
- HERNÁNDEZ, Antonio M. (1999). *Integración y globalización*. Bs. As.: Ed. Depalma.

- HERNÁNDEZ, Antonio M. (2004). Relaciones del municipio con otros municipios, la provincia y la región. *Revista de Derecho Público; Derecho Municipal*, 2004-2. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- (2008). Federalismo y Constitucionalismo provincial; Municipio, relaciones interjurisdiccionales y desarrollo sustentable. *Doctrinas Esenciales*. Bs. As.: La Ley.
- LOSA, Néstor Osvaldo (1996). *Elementos de Derecho Público Provincial y Municipal*, tomo I. Bs. As.: Ed. Gema.
- MARCHIARO, Enrique José (2001). Poder de policía intermunicipal – Hacia la micro-región municipal en Argentina desde la teoría de sistemas aplicada al Derecho. *La Ley* 2001-F-1277.
- (2006). *El derecho municipal como derecho posmoderno*. Bs. As.: Ed. Ediar.
- OLASCOAGA, Laurentino (1919). *Instituciones políticas de Mendoza*, tomo I. La Paz, Bolivia: Escuela Tipográfica Salesiana.
- PÁRAMO DE ISLEÑO, Martha. Historia de una Convención: la constituyente mendocina de 1898-1900. *Revista Idearium*, Nº 4/5.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo (1977). La Convención Constituyente mendocina de 1916. La democratización del poder. *Boletín de Estudios Políticos* Nº 20, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo. Mza.
- (1980). La reforma constitucional mendocina de 1894. Exigencias de la modernidad. *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Nº 8. Bs. As.
- (1984). *El pensamiento conservador de Alberdi*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- (1997a). La Convención Constituyente mendocina de 1916. La democratización del poder. En *Ensayos sobre la historia política institucional de Mendoza*. Bs. As.: Secretaría Parlamentaria, Comisión de Cultura, Dirección de Publicaciones, Senado de la Nación.
- (1997b). La reforma constitucional mendocina de 1894. Exigencias de la modernidad. En *Ensayos sobre la historia política institucional de Mendoza*. Bs. As.: Secretaría Parlamentaria, Comisión de Cultura, Dirección de Publicaciones, Senado de la Nación.
- (2004). Qué le dio Mendoza al país. En A. Roig y otros. *Mendoza, cultura y economía*. Mendoza: Ed. Caviar Bleu.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Román (2005). *Territorio y gobierno local en España*. Navarra: Ed. Thomson Civitas,
- ROSATTI, Horacio (2006). *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- SANJURJO, Inés E. (1989). El régimen municipal en Mendoza en las últimas décadas del siglo XIX. *Revista de Historia del Derecho*, Nº 17. Bs. As.

2

Derechos y garantías en la futura Constitución mendocina*

Víctor Abramovich

Deseo agradecer a la vicegobernadora Laura Montero y a Ignacio Giuffré por su invitación a participar de esta discusión. También a todos los miembros de la Legislatura y a los miembros del Tribunal Superior. Es un gran privilegio y un honor formar parte de estas deliberaciones que se están dando en la provincia sobre la reforma de la Constitución.

El proyecto de reformar una constitución reviste una seriedad que lo distingue de otras discusiones políticas; y requiere, en mi opinión, de un ámbito amplio y abierto de debate por tratarse de una cuestión que hace a la vida cotidiana de la comunidad política provincial.

Tuve la suerte también de que me hicieran llegar los documentos que recogen los aportes ciudadanos para este proceso, y sé que esto se ha dado en el marco de un amplio proceso de discusión, de deliberación, que es clave para que las reformas constitucionales resulten legitimadas y sean apropiadas para la ciudadanía.

Cada Constitución es una carta política, es una carta que organiza el poder, pero al mismo tiempo tiene que ser un instrumento para el ejercicio de la ciudadanía,

*«Derechos y garantías en la futura Constitución mendocina», desgrabación del coloquio dictado por el Dr. Víctor Abramovich en la Legislatura de Mendoza, el 10 de febrero de 2017.

y yo creo que desde esa perspectiva se está planteando esta reforma, y celebro que así sea.

En mi presentación, hoy solamente voy a tomar algunos puntos muy concretos sobre el debate de derechos y garantías que está planteado en los documentos preliminares. Como mencionaba la vicegobernadora, la Constitución de la provincia es una Constitución vieja, porque es de 1916, pero moderna si uno mira lo que era el contexto histórico, social y político del principio del siglo **xx**. Una Constitución que refleja un ideario liberal, pero que al mismo tiempo reconoce, de una manera bastante extraordinaria para lo que eran los textos constitucionales de la época, derechos sociales, incluso un principio de igualdad, y el derecho de acceso a la jurisdicción.

Gran parte de los desarrollos que trae el proceso de discusión que ustedes están dando en la provincia marcan de alguna manera la necesidad de preservar esa Constitución y ajustarla a los desarrollos que se fueron dando en el Derecho constitucional, no solo en la Constitución Federal y las demás constituciones provinciales, sino también respecto de los procesos de reformas constitucionales que se han dado en América Latina en los últimos años.

Si se mira la reforma constitucional de 1994 en materia de derechos y garantías, hay algunas cuestiones que de alguna manera muestran el desfase de la Constitución provincial respecto de esa Constitución Federal. Quizá la más importante, y a la que me voy a referir con más detalle, es el reconocimiento de la noción de igualdad sustancial que trasciende la igualdad formal ante la ley, y que proyecta determinadas funciones del Estado como garante de los derechos, y sobre todo del ejercicio de esos derechos fundamentales por los sectores sociales excluidos o postergados en una comunidad.

Y también la constitucionalización del tratado de derechos humanos, que trae consigo principios en materia de derechos humanos que reconfiguran los conceptos claves de derechos civiles, pero también los derechos económicos, sociales y culturales, y una serie de mecanismos de garantía.

Cuando pensamos en las reformas constitucionales, es una gran tentación la construcción de la Norma Fundamental como un árbol de navidad en donde se cuelgan como adornos todos los derechos, que son parte de todas las demandas y reivindicaciones sociales; pero creo que las constituciones que realmente funcionan como instrumentos de ciudadanía son aquellas que además de reconocer derechos establecen mecanismos concretos para la exigibilidad de esos derechos, para el acceso a la justicia y a la efectiva participación social.

Entonces parte de lo que voy a plantear tiene que ver fundamentalmente con tres grandes temas: en primer lugar, el concepto de igualdad está reflejado en el Derecho internacional de los derechos humanos y en el Derecho constitucional federal; luego, voy a referirme a algo que dijo la señora vicegobernadora y que está en los documentos; es muy interesante que por distintos lenguajes se respete la idea de reconocimiento de un derecho de inclusión social, un derecho primario de ciudadanía que va más allá de los derechos civiles y políticos, sociales y culturales; y después voy a abordar algunas cuestiones referidas a los sistemas

de garantías, de acuerdo a puntos considerados en el documento base y también en otros procesos constitucionales a nivel provincial y al Derecho constitucional comparado.

Muchas veces, cuando se piensa la estructura de la Constitución, se separa la parte dogmática, que son los derechos, de la parte orgánica, que es la organización del poder, «la sala de máquinas» de la Constitución. Ahora, esa diferencia a veces se ve bien en una perspectiva teórica; pero muchas veces las maneras en que se reconocen los derechos y garantías influye en la forma de organización del poder; por ejemplo, cuando yo reconozco derechos colectivos, cuando reconozco derechos sociales obligo a organizar determinadas prestaciones y servicios sociales, o bien cuando reconozco derechos de acceso a la justicia obligo al Estado a una determinada organización y prestación del servicio de justicia. Dicho de otra manera, el alcance de los derechos fundamentales que se reconocen en una Constitución configura el modelo de Estado que esa Constitución presupone, por lo que la línea entre los derechos y la organización del poder no siempre es tan nítida.

De manera que algunas de las ideas que voy a plantear sobre el estatuto de esos derechos influyen de forma determinante sobre el modelo de Estado que la Constitución presupone y en las funciones de ese Estado como organizador de servicios y de intervenciones en el campo social, político y cultural.

El primer punto es el concepto de igualdad. La actual Constitución provincial tiene un artículo sobre igualdad, que está de alguna manera referenciado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que es un principio de igualdad formal ante la ley. Esta noción de igualdad formal implica básicamente la prohibición de diferencias de trato arbitrarias o irrazonables, establece un principio de igual tratamiento por la ley y por el Estado, impugna privilegios y al mismo tiempo tratos peyorativos que pueden afectar a una persona o a un grupo de personas. Esa es la noción de igualdad que se reconoce históricamente como primera noción de igualdad, como noción de igualdad de primer grado. Sin embargo, es posible plantear también una segunda noción de igualdad con arraigo en el Derecho constitucional argentino y en el Derecho internacional de los derechos humanos. Es la noción de igualdad sustancial o bien de igualdad estructural. Esta noción se refiere a la obligación estatal de crear condiciones de igualdad real respecto de grupos o sectores sociales históricamente excluidos o en riesgo estructural de ser discriminados.

Esta segunda noción de igualdad considera especialmente las estructuras sociales que crean y reproducen la desigualdad y es una noción de igualdad más fuerte, que no desplaza a la primera sino que es complementaria de esa primera noción. Un rasgo especial es que proyecta sobre el Estado un papel más exigente, como protector de derechos de determinados sectores sociales, como organizador de servicios, como regulador también de actores privados; incluso como regulador de las actividades económicas y en general del mercado en materias diversas, como la ambiental o la tutela de los consumidores de bienes y servicios.

Esta noción de igualdad positiva, por otro lado, encuentra una expresión concreta en nuestra Constitución Federal, el artículo 75, inciso 23, que se incorpora en la reforma de 1994; establece esa idea de igualdad sustantiva, igualdad positiva que refiere básicamente al deber del Estado de desarrollar acciones positivas para garantizar derechos.

Esta igualdad positiva, o igualdad estructural o igualdad sustantiva, básicamente presupone que se defina quiénes son los sectores sociales que requieren atención diferenciada o prioritaria; y esto es interesante porque cada comunidad debe definir con claridad estos sectores, porque no todos los grupos que son discriminados en un ámbito lo son en otros; no, cada sociedad y cada comunidad debe entender cuáles son los grupos que requieren la atención prioritaria del Estado, que se defina a esos grupos de atención prioritaria en base a ciertos elementos que caracterizan esos sectores.

Por lo general, los grupos de atención prioritaria se definen en función de la identificación de diversos tipos de injusticias sociales. Por ejemplo, las injusticias distributivas, como la marginación en el acceso a recursos productivos, a la tierra, a los recursos económicos; la marginación de los mercados de trabajo, las situaciones de pobreza extrema, o sea, injusticias económicas y sociales de tipo distributivo. Pero también puede haber otro tipo de injusticias sociales que caracterice la situación de grupo. Por ejemplo, las injusticias políticas, o sea, la exclusión sistemática de determinados sectores, no de la política electoral sino de la esfera política pública, de la participación política, de la posibilidad de expresión de sus demandas, de hacer oír su voz en la esfera pública. Y también es relevante la dimensión de las injusticias culturales, o injusticias de reconocimiento, cuando prejuicios, estereotipos, patrones culturales, inferiorizan a determinados sectores de la población y los consideran en función de determinados rasgos peyorativos, que al mismo tiempo dificultan la relación de esos sectores con otros, y el poder de comunicar y convertir sus demandas en asuntos de interés público atendidas por el resto de la comunidad.

Es muy común en nuestro país hablar de racismo, hablar de xenofobia, hablar de machismo, hablar de homofobia; bueno, los prejuicios que se construyen a nivel social, que se trasladan a las instituciones del Estado, son injusticias de tipo cultural, pero retroalimentan las injusticias sociales y las injusticias políticas. Y, vinculado con eso también, en la definición de grupos y atención prioritaria se incluye la violencia en sí misma; patrones de violencia que afectan a sectores de la población. No hablamos de casos de violencia, sino de violencia estructural, de formas de violencia extendidas que reproducen la desigualdad. Podemos pensar en los temas de femicidio, de violencia de género, pero también en la violencia contra sectores de la población, la violencia institucional, por ejemplo, o los sectores más afectados por la violencia en el ámbito carcelario. O sea, hay patrones de violencia que afectan a sectores de la población y dificultan la participación política, el reconocimiento cultural, la inclusión social y laboral.

El sistema interamericano de derechos humanos ha definido a algunos grupos o sectores que requieren un tratamiento diferencial y prioritario del Estado para

asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, como los pueblos indígenas, la población carcelaria, las personas con discapacidad, los inmigrantes en situación irregular; también el tratamiento diferenciado basado en desigualdades de género, aunque no sea correcto calificar los temas de género como asuntos de grupo porque trasciende la cuestión de los grupos. El principio de igualdad sustancial es más exigente respecto del papel del Estado porque no basta que el Estado garantice reglas iguales, porque si garantiza igual tratamiento lo que hace es reproducir la desigualdad. Entonces se espera del Estado que haga algo más que garantizar igual tratamiento. Que brinde un tratamiento diferenciado cuando resulta necesario, que compense, que nivele, que equilibre las desigualdades que son resultado de procesos históricos y de estructuras políticas, económicas, sociales y culturales determinadas, y que avance en la transformación de esas estructuras asimétricas.

Seguidamente voy a plantear nueve puntos que se derivan de este principio constitucional de igualdad positiva o igualdad estructural.

La primera cuestión que quiero mencionar es la idea de lo que se denomina en el ámbito jurídico «las categorías sospechosas», ¿qué significa eso? Cuando el Estado diferencia en el trato, en función de algunos de los factores que se consideran que pueden ser discriminatorios, pero donde esa diferencia tiende a afectar al grupo que elegimos como prioritario, voy a presuponer que esa diferencia de trato nace como violatoria de la ley de la Constitución; voy a presuponer en contra de la política, de la norma, de la práctica que establezca la diferencia, y corresponde al Estado que promueve esa ley o esa política la carga de su justificación con argumentos de suficiente peso para que no resulte en definitiva invalidada. Este principio de sospecha funciona en definitiva como una garantía de igualdad.

Esto está planteado a nivel de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, pero también nuestra Corte Suprema, en algunos casos, reconoce el concepto de categorías sospechosas y lo vincula con el principio de igualdad sustantiva del artículo 75, inciso 23. Hay conclusiones sobre cómo se define, si se define por factores o en función del efecto directo que tiene sobre determinado grupo, pero éste me parece que es un punto importante.

La segunda consecuencia de este principio de igualdad es que proyecta sobre el Estado obligaciones positivas fuertes de remover obstáculos para el ejercicio de los derechos. Por ejemplo, respecto del derecho de participación política; este principio obliga no solo a fijar reglas de participación equitativas, sino a ver qué sectores están sistemáticamente excluidos del sistema político, y a contrarrestar esa exclusión con medidas afirmativas que tiendan a remover los obstáculos en la participación política.

Si pienso en el derecho de acceso a la justicia, no basta con disponer servicios de justicia accesibles de forma universal, sino que obliga a remover los obstáculos particulares, a veces sociales, a veces culturales, que impiden a determinados sectores acceder a la justicia.

Entonces, básicamente tiene deberes positivos fuertes del Estado y presupone un modelo de Estado. Un Estado garante, un Estado que interviene. No tiene que

ser el organizador de los servicios, pero sí es el último responsable de lo que pase si los grupos de atención prioritaria no logran acceder al ejercicio pleno del derecho.

El tercer punto, también importante, tiene que ver con el impacto, o bien el análisis del impacto discriminatorio de normas, de prácticas o de políticas en apariencia neutrales. O sea, viola este principio de igualdad no solo aquella norma, acción o política que deliberadamente excluye a un determinado grupo, sino también aquellas que pueden ser en apariencia neutrales, pero que en su impacto o en su resultado, o en sus consecuencias, afectan de manera desproporcionada a uno de estos grupos en situación de desigualdad estructural. Por ejemplo, se analiza de manera muy clara cuando se piensa en problemas de igualdad de género, o ciertos arreglos laborales basados en el mérito, pueden parecer en apariencia neutrales, pero pueden tener impacto desproporcionado sobre el acceso de las mujeres a los mercados de trabajo, por ejemplo, porque no contemplan la diferencia de tareas de cuidado doméstico; entonces ciertas cuestiones de idoneidad o mérito, como por ejemplo la disponibilidad horaria, los antecedentes extracurriculares, pueden verse a simple vista como normas neutrales; pero si uno empieza a mirar qué efecto tienen advierte un sesgo oculto discriminatorio.

Esta idea de impacto discriminatoria es una idea muy poderosa para las discusiones sobre igualdad, porque por lo general es muy difícil encontrar leyes o políticas que sean deliberadamente discriminatorias; la discriminación se produce por el impacto de esas normas en el plano social. Son muy interesantes, por ejemplo, algunos estudios que se hacen sobre diseños de política social, de condicionalidades en política social de transferencias de ingresos y que ponen cargas de cuidado sobre las madres y jefas de hogar en relación con la atención médica o escolar de los niños, y cómo más allá de sus fines loables impactan de manera desproporcionada en el acceso de las mujeres al mercado laboral, reproduciendo los estereotipos sociales sobre el cuidado.

La cuarta cuestión es que este principio de igualdad sustancial proyecta también obligaciones procedimentales, que son muy interesantes para pensar en los sistemas de garantías, como obligaciones especiales de producción de información, de consulta, de participación social. Por ejemplo, la Convención de Violencia de Género de Belem do Pará establece el deber del Estado de producción de información. El Convenio 169 OIT establece deberes especiales de consulta y participación a los pueblos indígenas en las decisiones que potencialmente los afecten, igual que el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional.

La quinta cuestión que se deriva de ese principio se proyecta sobre las discusiones sobre acceso a la justicia. Las desigualdades sociales y culturales se proyectan sobre el funcionamiento de los servicios de justicia y provocan también asimetrías en los procesos judiciales, que deben ser reconocidas y corregidas con ajustes de esos procesos y con políticas judiciales específicas. La Corte Suprema en varias decisiones hizo referencia a las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, y la Corte Interamericana abordó el asunto, por ejemplo, en la Opinión Consultiva 18 sobre trabajadores migrantes,

y allí analizó cómo las desigualdades reales entre las partes de un proceso deben ser niveladas por el Estado para asegurar igual tratamiento de la ley.

Otra consecuencia, la sexta que quiero mencionar, es el reconocimiento de una dimensión colectiva de algunos de los derechos fundamentales. En materia de derechos de pueblos indígenas, o de usuarios y consumidores, o de derechos ambientales, o de derechos sindicales, la posibilidad de ejercer colectivamente los derechos es una clave fundamental para su efectividad.

Los últimos tres puntos son como una vuelta de tuerca sobre la cuestión de la violencia y los patrones de violencia; también este principio de igualdad estructural en algunos casos conduce a la obligación de que las diversas instancias estatales involucradas en los conflictos de violencia, inclusive y especialmente la justicia, tengan un enfoque estructural de estos casos que apunte a comprender integralmente los patrones de violencia que afectan a determinados grupos y sectores sociales y que expliquen, y a su vez trascienden, los casos individuales. Este sería el punto séptimo.

El sistema interamericano, por ejemplo, en casos carcelarios, en casos de violencia de género o en casos de desplazamiento de población afroamericana o bien de población indígena, ha analizado la responsabilidad del Estado en la violación al derecho a la vida, a la integridad física, en función de la identificación de patrones de violencia que no son planificados por un aparato central del Estado, pero que el Estado conoce y tolera y en cierta forma contribuye a que el patrón exista y se reproduzca por acción o por omisión. Por ejemplo, tolera el accionar de ejércitos privados de hacendados que desplazan violentamente a campesinos o a indígenas en zonas rurales, o tolera o consiente formas extendidas de violencia sexual contra mujeres jóvenes de sectores populares sin investigar adecuadamente los crímenes provocando un escenario de impunidad. Frente a estos patrones extendidos de violencia y desigualdad se amplían los márgenes de la responsabilidad del Estado; se amplía la responsabilidad indirecta del Estado, incluso cuando esa violencia proviene de actores no estatales. Es lo que identifiqué como el octavo punto.

Un caso importante fue el caso de Campo Algodonero en México. La muerte de las mujeres no estaba en ese caso relacionada directamente con un actor estatal (como en los casos tradicionales de ejecución sumaria o desaparición forzada), pero el Estado de alguna manera contribuía a generar y a reproducir un patrón de violencia por la falta de política de prevención, por la falta de reacción adecuada cuando los familiares denunciaron la desaparición de las víctimas, por la negligencia del sistema judicial en la investigación.

En ese sentido, el enfoque estructural lo que hace es mirar el contexto social de la violencia, así como miramos en el ingreso a las universidades, o el ingreso a un puesto laboral, en qué medida el tratamiento que recibe el individuo puede estar vinculado con la pertenencia de ese individuo a un determinado sector social estructuralmente discriminado.

También en ese tipo de situaciones, los órganos estatales, en particular los órganos judiciales, el Ministerio Público, los jueces, los fiscales, van a tener que

analizar este caso en función de su contexto y de los patrones que ese caso expresa, y también en términos del campo de la dimensión estatal hay una ampliación de la responsabilidad del Estado; el Estado es también responsable de tener políticas de prevención que eviten que actores no estatales puedan consumir ese riesgo de violencia.

Por último, ante este tipo de violaciones de índole estructural también hay que pensar con otro prisma el principio de la reparación. La idea clásica de la reparación consiste en hacer cesar la violación del derecho y restituir a la víctima en el ejercicio del derecho conculcado. Restituirla a la situación previa al agravio. Pero, como señala la Corte Interamericana en el caso Campo Algodonero, en casos de patrones estructurales de violencia y desigualdad no tiene sentido esa restitución, y para que la violación cese es necesario adoptar medidas que apunten precisamente a transformar las estructuras sociales, políticas, culturales, que originan esa violación sistémica. Por eso aquí el sistema interamericano se refiere a otro tipo de políticas de reparación que son las que tienen un alcance transformador de esas estructuras. En el lenguaje de Nancy Fraser, encontramos también una idea de políticas de igualdad transformadoras, como superadoras de las políticas simplemente afirmativas, que compensan o nivelan desigualdades pero que no cambian las condiciones que las producen. Sin profundizar en el tema, diría que el concepto de la Corte Interamericana se asemeja al que menciona Fraser. Este sería el noveno punto.

Entonces en la discusión sobre «igualdad» en la reforma constitucional creo que es importante que muchas de las cuestiones que están planteadas en los aportes ciudadanos se reflejen en el reconocimiento de esta concepción de igualdad sustancial y estructural que recogen los tratados de derechos humanos, y que expresa también el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional incluyendo la posibilidad de que la Constitución desarrolle algunas consecuencias de este principio, como por ejemplo algunos de los nueve puntos que acabo de enunciar en el campo de las obligaciones del Estado provincial. Y digo esto ya que el reconocimiento de una determinada concepción de igualdad no equivale simplemente a regular un derecho; se trata de un concepto que estructura toda la carta de derechos de la Constitución e influye sobre la organización del poder, de los servicios, de las políticas públicas, de la administración de justicia y, en definitiva, en la configuración de un modelo de Estado constitucional.

El segundo tema que quiero abordar y que me parece complementario de esta cuestión de la igualdad estructural, y que aparece en los documentos de preelaboración de la reforma constitucional, es lo que se denomina «derecho de inclusión social». Una primera aproximación al asunto es partir de la premisa de que las diferentes expresiones del constitucionalismo social, tanto el artículo 14 bis de la Constitución Federal como algunas normas constitucionales provinciales, estuvieron centradas históricamente en los derechos vinculados al mundo del trabajo asalariado y de la seguridad social contributiva como un sistema de seguro social sucedáneo del salario. Las prestaciones dirigidas a las diferentes contingencias de la vida del trabajador asalariado y su familia. Es evidente que el trabajo

asalariado de calidad y en condiciones dignas sigue siendo el factor principal de inclusión social y de ciudadanía social. Pero a partir del reconocimiento de que ese trabajo asalariado presenta límites como único factor de inclusión social debido a la fuerte segmentación del mundo del trabajo, a las altas tasas de informalidad laboral y a los altos índices de desempleo y al desarrollo de diversas formas de trabajo por ingresos en el plano no estrictamente laboral, aparece la necesidad de pensar en una ampliación de los derechos sociales que trascienda la idea del trabajador asalariado, de pensar en otras formas de asegurar universalmente la inclusión en la comunidad desde la idea de la ciudadanía social.

Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en un informe sobre pobreza y derechos humanos recoge el concepto del derecho a un nivel de vida adecuado, que comprende la mejora continua de las condiciones de existencia. Se trata de un derecho primario que va más allá de la idea de un seguro social contributivo. Se emparenta en todo caso con un concepto amplio de seguridad social que comprende, además de las coberturas contributivas o previsionales clásicas, prestaciones de sostenimiento de ingresos básicos, o bien un ingreso ciudadano como parte de un sistema público no contributivo.

A nivel, por ejemplo, de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas, se interpreta en el artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como fuente del derecho a un nivel de vida adecuado, y de ahí se desarrolla una serie de prestaciones básicas, o de acceso a bienes básicos, pero no como mínimos sociales solamente, sino como mínimos de ciudadanía, la alimentación, la vivienda, los servicios básicos como la energía en la casa; todo aquello que asegura una vida digna.

La propia Corte Suprema, en algunos casos, por ejemplo en el caso ATE, aun cuando son casos sobre mínimos salariales, plantea este desarrollo de derecho a la vida digna o a las condiciones mínimas de existencia, e incluso también el derecho a la mejora continua de las condiciones de existencia.

Lo mismo en cuanto a la Constitución; por ejemplo, en Colombia se habla del «mínimo vital»; el Superior Tribunal brasileño habla del derecho a las condiciones mínimas de existencia, que de alguna manera funciona como reconocimiento de derechos en esferas de actuación del Estado que históricamente se mantuvieron ajenas al reconocimiento de derecho.

En algunos documentos se habla de derecho a la vida digna, del derecho mínimo vital, condiciones mínimas de existencia; pero va acompañado también de un concepto amplio de derecho a la seguridad social, que es una tesis con arraigo en los sistemas internacionales de derechos humanos, por ejemplo, el Comentario General 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre esta materia.

¿Por qué esto es relevante para los jueces, los operadores que también trabajan en la administración pública del Estado? Hay un campo de intervenciones sociales del Estado que suele estar fuera en el reconocimiento de derechos fundamentales: las intervenciones que el Estado hace en el campo de las políticas sociales, de ciertos servicios sociales. Y ahí tenemos como derechos sociales

que funcionan en dos velocidades: derechos sociales más fuertes, es la historia del trabajo, que es la seguridad social contributiva, y derechos más precarios, cuando se reconocen derechos por fuera de esos sistemas ya armados con una institucionalidad más sólida.

El reconocimiento de este derecho de inclusión social da un paraguas de ciudadanía social en la esfera de la seguridad social no contributiva y del trabajo no asalariado. Vuelvo simplemente para esta última Constitución que mencionaba del Distrito Federal de México: tiene todo un capítulo sobre la ciudadanía del trabajo no asalariado. Está vinculado con esferas del trabajo, no solo el trabajo formal pero no registrado, sino con el trabajo que se hace por cuenta propia, el trabajo que se hace en sectores informales de la economía, en la economía social, y el planteo de que también tiene que haber intervenciones del Estado respecto de esos sectores, regulaciones de esos sectores; quizá la ley que sancionó el Congreso de la Nación a fines del año pasado sobre Emergencia Social recoja alguna de estas ideas, incluso hasta el reconocimiento de organizaciones representativas de los sectores marginados de los sistemas productivos.

Y con esto no estoy planteando que los sistemas de seguridad social no contributivos sustituyan o sirvan como excusa para precarizar los contributivos; lo que estoy planteando es extender el reconocimiento de derechos a un territorio de intervención estatal que hoy no los reconoce, y que podría servir también para construir ciudadanía en el sentido de mejorar la relación que establece el Estado con los sectores empobrecidos; pienso, por ejemplo, en la baja institucionalidad de las políticas y de los servicios sociales en la esfera no contributiva, tanto a nivel nacional como a nivel provincial; discusiones que a veces tenemos en la justicia sobre si hay o no un derecho constitucional detrás de una pensión no contributiva, o una asignación por hijo, o de un programa asistencial, o un plan de vivienda, o un subsidio habitacional o un programa alimentario o de desarrollo rural; este principio del derecho a la inclusión social constitucionaliza también las intervenciones del Estado en la esfera social no contributiva, que es una herramienta muy importante para el debate sobre igualdad y sobre pisos de ciudadanía.

Por último, una de las discusiones que se plantean en el documento sobre sistemas de garantías: solamente puntualizar tres grandes temas: garantías judiciales, garantías de participación y garantías políticas o institucionales.

Es muy importante que un texto constitucional que reconoce derechos sea también operativo en términos del reconocimiento de un sistemas de garantías que va a asegurar que esos derechos puedan ser ejercidos; y aquí también es interesante que la Constitución mendocina tiene un artículo sobre el derecho a la jurisdicción, está centrado en personas detenidas sujetas a procesos penales, pero reconoce el derecho de acceso a los tribunales.

Entiendo que es importante que ese derecho esté explícitamente reconocido en una constitución provincial por algunas cuestiones que, de alguna manera, reflejan la interrelación del acceso a la justicia con la concepción sustancial o estructural de la igualdad a la que hicimos referencia.

Por un lado, el reconocimiento de un derecho al debido proceso en la esfera administrativa; si muchos derechos se dirimen en la esfera de la administración pública, bajo qué reglas de debido proceso funciona la administración; por ejemplo, el derecho a la audiencia, el derecho de una decisión fundada, la revisión judicial de los actos administrativos e, incluso, la aplicación de esos principios en distintos ámbitos de intervención en administración como los servicios y programas sociales que van a implementar ese derecho de inclusión social.

El principio de igualdad de armas, por otro lado, en función del principio de igualdad formal ante la ley, como regla de igual tratamiento; pero también que ese principio en el prisma de la igualdad sustancial implique el deber de nivelar desigualdades sociales y culturales que personas y grupos trasladan a la esfera de la justicia y de los procesos judiciales. Aquí la igualdad de armas impone restablecer equilibrios en relaciones sociales naturalmente desiguales cuando esa desigualdad afecta el derecho a obtener justicia. La creación de fueros y áreas específicas de la justicia para determinadas materias, como el fuero laboral, o ambiental, o de asuntos rurales, problemas de uso del suelo y el agua, bien de usuarios y consumidores, o para temas de seguridad social en sentido amplio, pueden contribuir a realizar esta idea, o bien sistemas de reglas procesales que pueden tener raíz constitucional, por ejemplo, el reconocimiento de la gratuidad y el acceso a servicios legales de oficio y gratuitos en determinadas materias y para determinados sectores de la población.

La Convención de la ONU sobre personas con discapacidad y su Comité desarrollaron el concepto de adecuación y de ajustes razonables que es aplicable a los sistemas de justicia. Lo mismo hizo la Corte Interamericana en el caso Furlan de Argentina. Implica partir de un modelo social de la discapacidad que piensa en cómo los servicios públicos y esenciales se adaptan para resultar accesibles para las personas con discapacidad. Ello aplica para los servicios sociales, pero también para los servicios de justicia.

La otra cuestión que también es importante y que aparece en la reforma constitucional de 1994 a nivel federal es la dimensión colectiva de ciertos derechos fundamentales. Esa dimensión colectiva de los derechos requiere regular mecanismos de acción colectiva, amparos colectivos, también habeas corpus colectivos, acciones cautelares, que protejan el acceso a bienes colectivos, pero también a intereses individuales homogéneos, derechos individuales incluso patrimoniales pero que se afectan por una causa común, que produce una afectación relevante a un colectivo o a una clase de personas que presentan problemas, obstáculos o bien carencia de suficientes incentivos para actuar individualmente en defensa de esos derechos.

Hablamos no solo de derechos colectivos para el acceso a bienes colectivos indivisibles como el ambiente o la salud pública, sino de derechos colectivos sobre bienes divisibles, que pueden ser derechos individuales, incluso derechos civiles típicos, pero que afectan a un grupo de personas de una manera homogénea, y cuando el único remedio idóneo y efectivo es de alcance colectivo. Ejemplo: el reclamo por audiencia pública previa respecto de los aumentos de tarifas de gas

o luz, en el que se permitió actuar a organizaciones sociales en representación de los usuarios individualmente afectados por el ajuste tarifario.

Entonces, si yo segmentó el conflicto, la justicia no va a tener conocimiento adecuado de ese conflicto, y no va a disponer de un remedio adecuado para los ciudadanos. Esto aparece en temas ambientales, en materia de usuarios y en consumidores, pero se extiende también a otras cuestiones, por ejemplo, las condiciones de detención carcelaria e incluso patrones de violencia que afectan a grupos y sectores sociales. Los desarrollos jurisprudenciales podrían tener acogida en la nueva Constitución regulando aspectos y conflictos y sin perjuicio de que la materia final quede a cargo de las leyes procesales.

Una cuestión también importante es la definición de quiénes pueden acceder a la justicia en representación de esos actores colectivos. En mi opinión, es importante ampliar la legitimación para que estos casos sean escuchados por la justicia y más allá de su admisibilidad final. ¿Por qué? Porque muchas veces estas acciones de índole colectiva tienen que ver con el ejercicio de la ciudadanía colectiva, que son temas de interés público que trascienden a los individuos involucrados. El reconocimiento de acciones colectivas también es una consecuencia de ese principio de igualdad; reconozco que se pueda actuar colectivamente porque de alguna manera entiendo que los individuos que integran esa clase o ese grupo no tienen capacidad de actuar por sí mismos, no tienen suficiente poder como para demandar a quienes intentan demandar, o a veces no cuentan con suficiente incentivo para acudir a la justicia de manera individual. El alcance colectivo del conflicto de derechos refleja el interés público de que la demanda sea escuchada y resuelta por el Estado. Muchas veces estos casos ayudan a poner temas en la agenda pública política y provocan reacciones del gobierno y del Congreso.

Respecto de la otra cuestión, también de las garantías políticas que sería el otro punto, lo voy a plantear de manera muy rápida: hay un desarrollo muy interesante en la propuesta y en algunas constituciones recientes sobre mecanismos, como los que mencionó la vicegobernadora en la introducción. Mecanismos de participación e información, de consulta y, quizá lo más ambicioso, de concertación social, de políticas públicas, en especial para sectores que sufren exclusión de los procesos de decisión política en una determinada comunidad provincial o local.

Entonces, pensar espacios institucionalizados de participación, de consulta y en el mejor de los casos de concertación, también da una idea del modelo del Estado democrático que se construye y la legitimidad que se construye para adoptar determinadas decisiones de política pública.

Hay desarrollos constitucionales ya establecidos, como el Convenio 169 de la OIT de los pueblos indígenas y el artículo 75, inciso 17, de la Constitución, o los mecanismos de información y participación en materia de usuarios o ambientales. La Constitución provincial puede diseñar esos mecanismos de participación que se adecuen a la historia y al escenario de la propia actuación provincial, vinculados a los servicios públicos organizados y regulados por el Estado provincial.

Para mí es importante extender esos mecanismos de información, participación y consulta a ese campo de la seguridad social ampliada respecto de los

servicios y programas sociales básicos que organiza el Estado provincial, como los servicios educativos, los servicios de salud, los sistemas de cuidado, los programas alimentarios, los programas de transferencia de ingresos, el desarrollo rural, entre otros. Es una forma de reconocer a los destinatarios de los servicios no solo como beneficiarios, sino como titulares de derechos sociales que se van a realizar y garantizar a través de esa intervención que realiza el Estado.

Por último, resultan importantes algunas discusiones que se están dando a través de la reforma constitucional mendocina sobre garantías institucionales, sobre instituciones específicas que tienen entre sus funciones poder canalizar esas demandas sociales, gestionar conflictos de derechos, recomendar respuestas institucionales, orientar las políticas de los gobiernos locales e incluso representar a los sectores sociales históricamente excluidos o que requieren atención prioritaria.

Voy a resaltar algunas cuestiones que parecen importantes en el documento. Si yo analizo el derecho de petición al Estado de los derechos constitucionales, ¿qué organización judicial puede dar respuestas idóneas y adecuadas a este tipo de reclamos? Un asunto que se analizó en varias provincias es la conveniencia de la concentración de la competencia del fuero contencioso administrativo. Recuerdo el debate que dimos en la provincia de Buenos Aires para desconcentrar el fuero contencioso administrativo en la que un ciudadano de cualquier lugar de la provincia tenía que ir a La Plata a presentar un amparo o contestar una ejecución fiscal. Eso impone graves obstáculos en términos de costos, distancias y, en definitiva, dificulta el acceso a la justicia.

La cuestión del reconocimiento de una institución como la defensoría del pueblo, o lo que hizo el defensor del pueblo, es relevante y está mencionado en los documentos que circulan; se trataría de un modelo amplio de defensoría como un órgano controlador de la administración y, al mismo tiempo, como un órgano de protección y representación de derechos.

También resulta importante el reconocimiento constitucional de entes de control y regulación de servicios públicos locales con participación de los usuarios y sectores interesados. Cuando hablamos de servicios y de entes reguladores de servicios no solo hablamos de servicios públicos domiciliarios concesionados, sino también de servicios sociales; y hay que pensar también en el campo de control de los servicios sociales que el Estado presta en el campo de la salud, de la educación y de las prestaciones de seguridad social en sentido amplio, como hemos señalado ya varias veces.

Cuando hablamos de un servicio que presta el Estado, de los más conflictivos en términos históricos de afectación de derechos, es el servicio penitenciario; los servicios penitenciarios que están en el sistema provincial.

El sistema interamericano en las medidas provisionales de Penitenciarías de Mendoza estableció parámetros sobre condiciones de detención de las cárceles provinciales y, al mismo tiempo, realizó un cruel diagnóstico del estado de cosas entonces vigente. A la vez hay que decir que Mendoza es una de las primeras provincias que creó un mecanismo de prevención de la tortura, en el marco de la

implementación del Protocolo de Naciones Unidas de Prevención de la Tortura, integrado al Sistema Nacional de Detección de la Tortura. Creo que sería muy importante que un órgano de esa importancia por los antecedentes que reseñamos pueda tener reconocimiento constitucional, que fije las pautas básicas de autonomía, autarquía y sustentabilidad institucional económica y financiera, para que pueda cumplir esa función tan importante de prevención; y muchas veces no de hechos aislados, sino de patrones de violencia en la esfera carcelaria.

La última cuestión: creo que es importante la posibilidad de recoger de los documentos preliminares la propuesta de consagrar constitucionalmente la autonomía de los Ministerios Públicos Fiscales y de la Defensa. E igual jerarquía entre fiscales y defensores, incluso con un Ministerio Público de Defensa que tenga una cabeza equiparable a la cabeza de la Procuración General.

Recuerdo también esta discusión en el ámbito provincial. ¿Por qué? Porque es fundamental que los ministerios públicos no integren los otros poderes del Estado; que no integren el Poder Ejecutivo para que no sean controlados u orientados por éste. Siempre con coordinación porque el Ministerio Público Fiscal define la política de persecución penal y tiene que coordinar con el gobierno que tiene la política judicial y un Ministerio de Seguridad, pero debe hacerlo desde la autonomía, y definir autónomamente las intervenciones, porque a veces tiene que controlar también actos del gobierno, o actos del Estado o investigar a los funcionarios del gobierno que incurren en delitos, y todo ello requiere ser independiente para hacerlo.

Pero también es importante que los ministerios públicos sean independientes de los poderes judiciales porque se controlan mutuamente; es decir, los jueces controlan a los fiscales y a los defensores, y los fiscales y defensores controlan a los jueces. Por esto me parece muy importante la autonomía de los ministerios públicos; pero dentro de eso también lo es la diferenciación funcional y la igual jerarquía de fiscales y defensores.

Por ejemplo, en el proceso penal la lógica de los procesos acusatorios es una lógica adversarial donde fiscales y defensores litigan unos contra otros; es absolutamente contrario a la organización de ese sistema procesal, pero también a los derechos de un imputado, incluso de una víctima, que la cabeza de uno de los dos ministerios públicos controle al otro ministerio público.

Sé que hay un debate provincial, una ley que garantiza la autonomía de la defensa; pero creo que sería importante que ese tema tenga tratamiento a nivel constitucional y se pueda consagrar, no porque el modelo federal del artículo 120 de la Constitución funcione como un piso obligatorio para los Estados provinciales; los Estados provinciales son autónomos para definir sus modelos de ministerio público, pero es el derecho de acceso a la justicia y al debido proceso lo que obliga a respetar ciertos principios básicos, como separar y dar igual jerarquía a los ministerios públicos fiscales y de defensa, y dotarlos de autonomía y de independencia respecto del gobierno, de la Legislatura y del propio Poder Judicial.

3

El diseño constitucional del poder y la Suprema Corte de Justicia en la futura Constitución de Mendoza*

Silvina Barón Knoll

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Dice un proverbio oriental: «Los hombres dicen, el tiempo pasa; el tiempo dice, los hombres pasan»; y en este momento, en este lugar, convergen ambas circunstancias.

1. «Los hombres dicen, el tiempo pasa...», y el tiempo ha pasado. En efecto, ha transcurrido un siglo desde que se sancionó la Constitución provincial, allá por el mes de febrero de 1916.

Constitución de la que unánimemente se ha destacado su alto contenido técnico y su notable progresismo político. Sobre ella, Laurentino Olascoaga señalaba que «... está llena de novedades en su construcción y, por consiguiente,

*El presente trabajo está desarrollado con un lenguaje –por momentos– más coloquial, en base a la versión taquigráfica de la exposición pronunciada en el marco del Seminario abierto y continuo sobre la Reforma Constitucional, organizado por la Legislatura provincial durante el año 2016, con motivo del Centenario de la Constitución de Mendoza, Salón de los Pasos Perdidos, Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Mendoza, 18 de noviembre de 2016.

con deficiencias y errores aunque con grandes preceptos de derecho político, dignos de ser imitados por las demás provincias argentinas».¹

Constitución de avanzada y con vocación de permanencia, marcó el inicio de un cambio trascendente en la vida jurídico-política e institucional mendocina, en una época caracterizada por el auge del positivismo jurídico, convirtiéndose en una herramienta que ha perdurado en el tiempo, si bien con algunas modificaciones –fundamentalmente logradas de la mano de las «enmiendas»–, extendiendo sus efectos hasta nuestros días.

Con aires renovadores previó el concepto de «democracia de participación ampliada», incluyendo mecanismos de participación directa de la ciudadanía –contemplando el referéndum como instrumento que provoca la democratización del proceso constituyente en la provincia–, e incorporó cláusulas sociales, resultando ser la primera Constitución en el mundo antes que la de Querétaro de 1917 y la de Weimar de 1919.

También con una visión de avanzada y a la vez enraizada en la necesidad de controlar el poder, delineó una serie de órganos extrapoderes que se entretendrían en el diseño constitucional del poder a fin de coadyuvar en la función de control de los poderes constituidos y de administrar funciones o servicios específicos de trascendencia para Mendoza.

Evidentemente, todas estas notas han hecho que podamos hoy celebrar a nuestra vieja y sabia Constitución, con sus 100 años de vida.

2. Pero también «el tiempo dice, los hombres pasan...». Y esto me interpela profundamente a partir de la convocatoria efectuada por la Legislatura provincial invitándonos a un espacio de reflexión para revisar nuestra Constitución, para analizar qué cambios necesita, encontrando su motivación en la plena validez, eficacia, y legitimidad del texto constitucional. Ello, en tanto «la Constitución es la mayor expresión normativa del proyecto político de una comunidad».²

Desde estas consideraciones, nuestra Constitución provincial merece ser revisada, pero no solo para las generaciones actuales, sino también para generaciones futuras, porque una Constitución es un verdadero proyecto de Estado; no se limita solo a un programa de gobierno –con las implicancias propias que tiene la alternancia en el poder y en relación a los distintos actores políticos en las acciones gubernamentales– sino que la Constitución provincial procura regir la vida de los mendocinos reglando el diseño constitucional del poder; es decir, perfilando los órganos llamados a cumplir funciones específicas y definiendo el control al poder político, el que –debido a su propia esencia– se tiende a desbordar.

Y es que el límite al poder tiene su razón de ser en la medida en que se lo prevea para preservar los derechos, las garantías de las que todos somos titulares. Esta relación dinámica de la libertad con el poder que ya, desde hace algunos años,

1 Olascoaga, Laurentino (1919). *Instituciones políticas de Mendoza*, tomo II. La Paz: Escuela Tipográfica Salesiana, p. 5 y ss.

2 En este sentido, cfr. Egües, Carlos A. (2008). *Historia Constitucional de Mendoza. Los procesos de reforma*. Mendoza: EDIUNC, p. 7.

supo representarla tan gráficamente el maestro Miguel Ángel Ekmekdjian como dos fuerzas actuando como magnitudes vectoriales sobre un segmento de recta, en la que cada una de ellas ocuparía una porción de dicha recta, contrapuesta a la otra, a partir de cada extremo del segmento. A cada una de esas porciones las llamó «espacio». «Estas magnitudes o fuerzas tratan de ampliar su propio «espacio», a expensas del espacio de la contraria. En otras palabras –señalaba Ekmekdjian–, la libertad y el poder son inversamente proporcionales».³

Así, la Constitución no es solo una sucesión ordenada de artículos o, concordantemente, lo que la jurisprudencia puede haber dicho sobre estos artículos. La Constitución es mucho más.

La Constitución es la perfecta síntesis de Política, de Derecho, de Sociedad, de Valores, de Historia. Y por eso, en esa perfecta síntesis, es que estamos llamados a repensar su texto para que tenga –insisto– plena validez, plena eficacia, y goce de absoluta legitimidad. No podemos pensar una Constitución que discurra a la par de lo que acontece en el orden social y/o político.

Necesitamos a la Constitución como «la expresión normativa fundamental que contemple el proyecto político de la comunidad mendocina, hoy, en la actualidad», pero sin dejar de considerar nuestro pasado, nuestro proceso constitucional, nuestras costumbres, nuestro folclore, nuestra idiosincrasia, nuestra manera de ser. Esa es la vocación a la que está llamada.

Así, desde este espacio, la idea es procurar algún aporte a partir de ciertas reflexiones, con algunos interrogantes, sin pretensión de afirmaciones categóricas porque creo que, justamente, este espacio es el ámbito propicio para el debate; es el ámbito propicio para las distintas miradas, y poder lograr así la mejor Constitución posible para todos.

II. ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO A LA DIVISIÓN DE PODERES Y EL «JUEGO» DE LOS CONTROLES

1. Antes de abordar específicamente el tema convocado, la Suprema Corte en la futura Constitución de Mendoza, me permito hacer previamente una breve reseña acerca del diseño constitucional del poder en la provincia a partir de los siguientes interrogantes: ¿cómo lo plasmó el constituyente?, ¿cuál es el perfil del Poder Judicial en este diseño constitucional del poder?, ¿dónde estamos?, ¿de dónde venimos?, ¿hacia dónde vamos? o ¿adónde pretendemos ir?

Para ello, propongo transitar el análisis comenzando sucintamente con la cuestión de la división del poder, pasando por el tema de los controles, para concluir con una especie de control, el judicial, y en ese marco desarrollar algunos

³ Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel (2016). *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 3ª. ed. actualizada por Pablo Manili. CABA: Ed. Abeledo Perrot, p. 5.

aspectos relativos a la Suprema Corte de Mendoza, en vista a una futura reforma constitucional.

2. Citando a Carl J. Friedrich, Mario Justo López afirma que:

El rasgo más tipificante del constitucionalismo, es decir, de la organización de un sistema institucionalizado de frenos efectivos regularizadores de la acción del gobierno, se asienta en dos creencias de base religiosa, particularmente cristiana: a) la creencia en la dignidad del hombre, o sea, la creencia en que todo ser humano tiene ciertos derechos fundamentales, y b) la creencia en la coruptibilidad de todo hombre en el que se deposite poder, y en la consiguiente necesidad del frenarlo y controlarlo continuamente si se quiere evitar los abusos.

Lo que conduce a la idea de que «el poder debería estar dividido y cuidadosamente circunscripto».⁴

3. Desde estas consideraciones, la división tripartita del poder en aras del equilibrio político y en garantía de respeto a los derechos fundamentales del ciudadano, ha sido tan aplaudida como criticada por considerársela una construcción intelectual históricamente inaplicada: Así, Jellinek afirmaba que siempre en toda organización constitucional existe preeminencia de algún órgano, y, en consonancia con este autor, la doctrina constitucional argentina ha destacado –desde Juan Bautista Alberdi hasta nuestros días– la preeminencia del Ejecutivo en la tríada de poderes del Estado.

Que los tres poderes no tienen, por así decirlo, equivalente fuerza o poder, lo supo y deseó el mismo Montesquieu, quien fortificó al Parlamento y prácticamente «condenó a los jueces a una mera función de aplicadores de la letra legal». En este sentido, el maestro Dardo Pérez Guilhou –citando a Montesquieu– señalaba:

De los tres poderes que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo. Y como los dos tienen necesidad de un fuerte poder moderador, servirá para este efecto la parte del poder legislativo compuesta de aristócratas (...). He aquí pues, la constitución fundamental del gobierno del que hablamos. Compuesto el poder legislativo de dos partes, la una encadenará a la otra por la mutua facultad del veto, y ambas estarán ligadas por el poder ejecutivo, como éste por el legislativo. Estos tres poderes, puesto que hay dos en el poder legislativo, se neutralizan produciendo la inacción, pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de concierto.⁵

«Es decir –consigna Pérez Guilhou–⁶ que Montesquieu nos presenta ahora tres poderes que no son los tres primeros. Nos presenta la cámara alta del poder

4 López, Mario Justo, «La doctrina de la separación de poderes a la altura de nuestro tiempo», *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXV, 2ª época, Nº 18.

5 Montesquieu, J. J. *El Espíritu de las Leyes*, Capítulo VI, Libro XI.

6 Pérez Guilhou, Dardo (1989). «El Poder Judicial: órgano político y estamental», en *El Poder Judicial*, obra colectiva. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Bs. As.: Depalma, p. 79/80.

legislativo, la cámara baja del poder legislativo y el poder ejecutivo. Estos son los tres poderes gobernantes», indicando luego que «no hay que olvidar que Montesquieu era un aristócrata... [y que así] vio la forma de canalizar la presencia de la aristocracia en el poder por medio de la cámara alta, sobre todo porque la monarquía había pactado con la burguesía».

No obstante ello, se ha de destacar que en nuestra organización institucional el Poder Judicial se erige como un poder independiente de los otros dos y con la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Aunque debemos reconocer que «la historia de las instituciones argentinas nos demuestra que los Poderes Ejecutivo y Legislativo fueron los primeros que se conformaron, quedando más relegada la función judicial», debido primordialmente a la necesidad, en un Estado naciente, de contar con un Ejecutivo fuerte y un Legislativo que comenzara a delinear los primeros pasos de la nación.⁷

En efecto, con palabras de Pérez Guilhou,

Así como en los Estados Unidos de Norteamérica, el sistema nace por desconfianza al poder de las asambleas locales revolucionarias que comprometían la revolución con sus exagerados reclamos, en la Argentina se impone por la desconfianza a las asambleas locales obsecuentes de los gobernadores, nuevos caudillos de levita. Bajo ese espíritu, que se afirmó a partir de 1863, desde su instalación la Corte Suprema de Justicia cumple el formidable papel político de crear la institucionalización de la Constitución; de dar vigencia a la letra muerta.⁸

4. Bajo este marco, ¿qué acontece en nuestro sistema constitucional argentino y, dentro de él particularmente, en el sistema constitucional mendocino?

Solo a modo brevemente ilustrativo, se advierte que las fuentes abrevaron desde otro lugar, teniendo en cuenta este principio de división de poderes, basal, fundante, del sistema republicano adoptado como forma de gobierno, ya que Alberdi –ideólogo de la Constitución Nacional y también autor de la primera Constitución de Mendoza en 1854– toma en cuenta el modelo norteamericano y se nutre de la Constitución de Chile de 1833.⁹

Dentro de cada uno de los poderes del Estado, los doctrinarios encuentran resortes de control que están dirigidos a los otros dos poderes. Es decir, que ven el sistema como un todo cerrado, dinámicamente autoconcentrado por el juego de poder de cada uno de sus tres componentes. No hablan de controles externos al poder, a los que se considerarían desequilibrantes, ya que interpretan que se convertirían en un cuarto o quinto poder.

Sin embargo, los límites al poder no han sido lo efectivamente deseados. Y en este sentido, Aldo Giordano,¹⁰ con cita de Bertrand de Jouvenel, señalaba «el

7 En este sentido, Terranova, David (2016). «El Poder Judicial de la Provincia de Mendoza (1854-1916)», *Actas de las II Jornadas de Investigación en Derecho*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, Secretaría de Ciencia, Técnica y Posgrado, p. 167.

8 Pérez Guilhou, Dardo. *El Poder Judicial*, ob. cit., p. 87.

9 Alberdi, Juan Bautista (1928). *Derecho Público Provincial Argentino*, 2ª reed. Bs. As.: Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso, p. 190 y ss., citado por D. Pérez Guilhou (1997). *Ensayos sobre la historia política institucional de Mendoza*. Bs. As.: Senado de la Nación, p. 30.

10 Giordano, Aldo (1997). «El Consejo de la Magistratura mendocino, la división de poderes y los

poder detendrá efectivamente al poder si cada una de las instituciones coincide con una distinta fuerza existente en la sociedad, pero ello no sucederá si todas emanan de una misma fuerza social». «Para decirlo lisa y llanamente –interpreta Mario Justo López– si el mismo cuerpo electoral, y a través del mismo partido político, elige todos los ocupantes de los distintos órganos, la separación de los poderes no pasa de ser una ficción». Desde estas consideraciones comienza a fortalecerse la idea de los órganos extrapoderes, su necesaria existencia, su regulación.

5. Siguiendo a Loewenstein,¹¹ «los controles, en general, pueden ser judiciales, políticos o sociales». Cuando este autor analiza los «controles del poder», que pueden participar de alguna o de todas esas características, «está haciendo referencia a los poderes de la Constitución», a los que divide en «horizontales» y «verticales».

a. En cuanto a los controles «verticales», los mismos refieren «a la totalidad de los detentadores del poder establecidos constitucionalmente y encargados de dirigir el proceso gubernamental, y todas otras fuerzas sociopolíticas que pueden funcionar sobre un base territorial, pluralista y hasta individual»; es decir, hace referencia a los controles que se dan en el juego natural de las relaciones en el Estado Federal: el Estado nacional y las provincias; entre las provincias cuando se organizan en región, entre las provincias y los municipios, etc.

b. En cambio, respecto a los controles «horizontales», que son los que interesan para el presente trabajo, los subdivide en controles «intraórgano» e «interórganos», terminología que el autor toma del Derecho constitucional norteamericano, y que –en coincidencia con Aldo Giordano–¹² «no se puede asimilar sinónimamente a nuestra terminología más usada de «controles intrapoderes y extrapoderes»», como se irá advirtiendo.

El control intraórgano o interno, indica Loewenstein, se da cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo detentador del poder; por ejemplo, en el sistema bicameral, el Legislativo no puede promulgar una ley sin la cooperación de ambas Cámaras: así Diputados funciona en este sentido como control de Senadores, y viceversa. Ahora bien, cuando sobre esa misma ley, el Poder Ejecutivo la veta o aprueba, ejerce respecto del Poder Legislativo un control, por el contrario, externo.

Lo mismo sucede –control intraórgano– cuando el primer ministro precisa la aprobación del Consejo de Ministros para ejercitar una decisión política determinada.

controles extrapoderes», en *Voces Jurídicas Gran Cuyo*, t. III. Mendoza: Ed. La Ley, a quien he recurrido para desarrollar los lineamientos del control del poder político en Mendoza, habiendo tenido la posibilidad de trabajar a su lado cuando se desempeñó como fiscal de Estado de la Provincia de Mendoza.

11 Cfr. Loewenstein, Karl (1964). *Teoría de la Constitución*, caps. V a XII, Bs. As.: Ed. Ariel.

12 Giordano, Aldo, «El Consejo de la Magistratura mendocino, la división de poderes y los controles extrapoderes», ob. cit., p. 36.

Controles intraórgano –consigna Loewenstein– existen solamente cuando el detentador del poder está organizado colectivamente y constituido por diversos miembros (un parlamento, un gabinete, un tribunal de apelación) mientras que no pueden existir cuando la Constitución atribuya la función estatal a una persona individual, que poseerá el monopolio de su ejercicio.

Mientras que el «control interorgánico» funciona entre diversos detentadores del poder, que cooperan en la gestión estatal.

Así, cuando el Poder Ejecutivo veta una ley, o el primer ministro disuelve la Cámara de los Comunes, o cuando el Poder Judicial declara la inconstitucionalidad de una norma o la nulidad de un contrato, están ejercitando el control interorgánico, que opera precisamente entre los distintos órganos instituidos llamados a cumplir funciones esenciales dentro del Estado, la ejecutiva, la legislativa y la judicial.

Sobre el punto, bien advierte Giordano que lo que Loewenstein y sus discípulos llaman «controles externos» en realidad refieren a la actividad de controlador que, dentro del sistema constitucional imaginado por Montesquieu, un poder del Estado ejerce sobre otro poder de ese mismo Estado; es decir, hacen referencia al control interórgano.

Claramente, Loewenstein no hacía referencia a esos controles externos, autónomos a cualquiera de los tres poderes del Estado, que el constituyente de 1916 instaura en la Constitución de Mendoza, gracias a la visión de Barraquero, cuando propone específicamente la creación del Tribunal de Cuentas, la Fiscalía de Estado y el Jury de Enjuiciamiento.

En efecto, en Mendoza la cuestión fue más allá pues el constituyente también tuvo una visión de avanzada en el diseño constitucional del poder, a partir del reconocimiento de las debilidades y/o desvíos que la dinámica del propio sistema conlleva, el que, al mismo tiempo de pretender resguardar y equilibrar la división del poder, termina con la preeminencia de un poder sobre los otros y, de algún modo, este control empieza a no ser tan efectivo.

6. Así las cosas, del diseño constitucional del poder sancionado en la Constitución de Mendoza de 1916, bajo una fuerte influencia de Julián Barraquero, surge claramente que, además de los poderes constituidos –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– con sus respectivos resortes de control interno e interorgánico, existen dos grupos o clases de órganos extrapoderes, todos de raigambre constitucional, pero con funciones claramente diferenciables: por un lado, los órganos llamados a ejercer una función de control por fuera de los tres poderes o de los tres órganos constituidos, a los que denomina «extrapoder», presentando a la Fiscalía de Estado, al Tribunal de Cuentas y al Jury de Enjuiciamiento en punto al «control externo» del poder político¹³, y, por el otro, los órganos a cargo de la

¹³ Textualmente decía Barraquero: «como organismos nuevos creados por mi proyecto figuran el Jury de Enjuiciamiento de Magistrados, el Tribunal de Cuentas, la Fiscalía de Estado y la Inspección de Justicia. Llamado cada uno de ellos a cumplir funciones públicas y a complementar el régimen administrativo como lo preconiza la moral y la ciencia política» (cfr. Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, sesión del 27/XII/1915, Acta de la Primera

administración de bienes y/o servicios esenciales para la provincia, trascendentes para Mendoza, como es el tema del agua, creándose el Departamento General de Irrigación; o de la educación, creándose la Dirección General de Escuelas, solo por citar algunos de los más destacados.

En este punto, se vuelve a poner de relieve a la Constitución como la máxima expresión normativa que contempla el proyecto político de una comunidad, que no está llamada a regir solo para esos años siguientes e inmediatos a la de su sanción, pues tuvo esa vocación de permanencia al poner en escena los valores o bienes que se consideraban trascendentes para la provincia de Mendoza: el agua, la educación, la división del poder, el control sobre los poderes constituidos.

Además, esta visión se completa con otros funcionarios de raigambre constitucional, que cumplen también altas funciones, a los que denominamos «funcionarios de la administración con raigambre constitucional».

Claramente, en virtud del tema que tratamos, no nos detendremos en el análisis de todos estos órganos porque excede el tema que nos ha convocado, que es el Poder Judicial, y dentro del Poder Judicial, la Suprema Corte en la nueva Constitución.

Pero sí se entendió pertinente presentar este diseño de la Constitución vigente, para saber –tal como se adelantó– en qué lugar se encuentra el Poder Judicial en la Constitución de Mendoza y en el proceso constitucional mendocino.

III. EL PODER JUDICIAL EN MENDOZA. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

La administración de justicia en las provincias surge como una condición impuesta por la Constitución Nacional, en el artículo 5, cuando señala que «Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano (...) y que asegure la administración de justicia...».

Del modo advertido en el apartado anterior, una de las notas fundamentales que caracterizan a la República es la división del gobierno en tres poderes que

Sesión Preparatoria del día 12 de febrero de 1915, en *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, reedición de la versión oficial, recopilada e impresa bajo la dirección de Alberto Patiño Correa, Mendoza, 1941, p. 14).

Acerca de la Inspección de Justicia, en verdad la propuso Barraquero, pero no fue tratada en la Convención. Se la dejó afuera porque se consideró que no iba a tener aplicación pues las funciones ideadas podían, en cierta medida, estar incluidas en las atribuciones del Poder Judicial y de la Fiscalía de Estado. Al respecto, no se han encontrado actas de su posible discusión en la Convención. No debe confundirse esta Inspección de Justicia con la que organizó oportunamente el gobernador Arturo Lafalla, bajo la denominación de Inspección de Gobierno, pues claramente esta última emerge como un órgano administrativo dependiente de la Gobernación, llamada Inspección General de la Gobernación.

Así, quedaron efectivamente plasmados en la Constitución: Fiscalía de Estado, en la Sección Quinta –dedicada al Poder Judicial–, Cap. IV; Tribunal de Cuentas, en la Sección Quinta, Cap. V, y Jury de Enjuiciamiento, también en la misma sección del Poder Judicial, arts. 164-168 CM.

se controlan entre sí, sin perjuicio del control externo o extrapoder que, en el diseño institucional de Mendoza, perfiló la Constitución provincial.

Así, la imposición de asegurar la administración de justicia en las provincias, producto imperativo del sistema republicano y federal, no solo alude a la existencia del órgano judicial en cuanto tal sino que debe estar rodeado de las atribuciones y garantías necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

El Poder Judicial está desarrollado en la Sección V de la Constitución, pudiendo distinguirse dos aspectos¹⁴ en torno al mismo:

Un aspecto orgánico-institucional, visualizando al Poder Judicial como institución política, al Poder Judicial como órgano de Estado, diferenciándolo del otro aspecto, el orgánico-funcional, en clara referencia a la persona del juez, que ejerce la totalidad de la jurisdicción (pues la jurisdicción reside en la cabeza de cada juez, cada juez tiene plenitud de la jurisdicción).

A. Esta distinción permite, en ese orden, referir diversos aspectos que hacen al Poder Judicial como institución política (aspecto orgánico-institucional): su independencia, la necesaria autarquía, las funciones co-legislativas que ejerce, en tanto tiene facultades para presentar proyectos que hagan a la organización de la justicia. Y también podría señalarse que actúa como una especie de co-legislador desde el momento en que está declarando la inconstitucionalidad de una ley, porque la inconstitucionalidad de una ley es, en un sentido práctico, una especie de veto a esa ley.

Se alude también al Poder Judicial como institución política y órgano del Estado cuando está siendo parte integrante de otro órgano extrapoder al que hemos referido, como es el Jurado de Enjuiciamiento, recordando que el Jury de Enjuiciamiento está integrado por los siete ministros de la Corte, además de siete senadores y siete diputados.¹⁵

De igual modo se hace referencia al Poder Judicial como institución política cuando está llamado a formar parte a través de su presidente o del ministro que designe para integrar el Consejo de la Magistratura, como mecanismo que interviene en la selección de los jueces, o en la Junta Electoral.

B. Ahora bien, al hacer referencia al aspecto orgánico-funcional, ello nos conduce al juez, a los requisitos y/o condiciones exigidas, a las necesarias garantías de independencia e imparcialidad, a su designación, a los mecanismos de remoción, a sus deberes, prohibiciones; es decir, lo que hace al aspecto orgánico-funcional. Veamos:

¹⁴ Al respecto, puede consultarse el trabajo de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el «Poder Judicial: Fortaleza y Debilidad», quien para su abordaje distingue el doble aspecto: orgánico-institucional y orgánico-funcional, en la obra colectiva *Derecho Público Provincial* (1991). Mendoza: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (IADECyP), p. 440 y ss.

¹⁵ Cfr. ley 4970 y su reciente modificatoria: la ley 8946 (B.O. 30/12/2016).

a. Composición

El artículo 143 establece que «La Suprema Corte se compondrá de siete miembros por lo menos, y habrá un procurador para ella, pudiendo dividirse en salas...».

La norma refiere una composición que, en su número, puede ser incrementado. Menos de siete en esta Constitución no es posible. Esto «nos invita a repensar si siete miembros es el número adecuado», o podría diseñarse una Corte más reducida, manteniendo el número impar, o, a la inversa, quizá con dos integrantes más por otras funciones específicas que se quisieran diferenciar dentro del seno del alto tribunal.

Como *antecedentes*,¹⁶ dentro del proceso constitucional de Mendoza, respecto de la composición, la primera Constitución de 1854 no mencionaba una Corte Suprema, sino que quien estaba en el gobierno y presidiendo la función judicial era una *Cámara de Justicia* con inamovilidad mientras durase su buena conducta, pero la designación era diferente a la actual, pues la hacía el gobernador a propuesta del Consejo de Gobierno, sin intervención del Senado.

Con la reforma de 1895, por primera vez se hace referencia a la voz «Suprema Corte». Y aquí la Corte queda integrada con tres miembros, como mínimo, con inamovilidad mientras dure su buena conducta, y respecto al mecanismo de designación, los miembros son nombrados por el acuerdo de las voluntades políticas de los dos poderes del Estado, es decir, por el Ejecutivo con acuerdo del Senado.

En 1900 se da una reforma en torno al Poder Judicial que –a mi juicio– lo debilita fuertemente como poder del Estado, tanto en su unidad de acción como en su continuidad. ¿Por qué? Porque la Suprema Corte pasa a estar integrada por cinco miembros, que eran el resultado de un sorteo que se hacía entre las Cámaras de Apelaciones. *Tenía un carácter no permanente*, dejando con ello sin efecto el principio de inamovilidad y permanencia que contribuye a un Poder Judicial más independiente y autónomo.

En tal sentido, Carlos Egües señala que «esta curiosa innovación, de la que no se encuentra precedentes y que tampoco se reiterara en las constituciones posteriores, además de debilitar al Poder Judicial sensiblemente, también lo descabeza como poder político».¹⁷ Y añade –con cita de Arturo Funes– que la falta de estabilidad por parte de los miembros de la Suprema Corte, quienes forman la jurisprudencia, hace a un Poder Judicial cuya independencia está reiteradamente cuestionada.¹⁸

Y finalmente, la última reforma anterior a 1916, que es la de 1910, vuelve a una Corte integrada por tres miembros, de funcionamiento permanente, pero con temporalidad, es decir, *inamovilidad con temporalidad*.

16 Cfr. Egües, Carlos. *Historia Constitucional de Mendoza...*, ob. cit., p. 14 y ss.

17 Cfr. Egües, Carlos, ob. cit., p. 41.

18 Cfr. Egües, Carlos, ob. cit., p. 43.

Esto también *resulta disparador de una posible revisión* si se piensa en la garantía de inamovilidad para preservar la independencia, desde la designación y mientras dure el buen desempeño y la buena conducta; o si se visualiza la inamovilidad –con tal finalidad–, pero con límites en el tiempo.

Al respecto debemos señalar, a título ilustrativo y como antecedentes comparados, que las *constituciones latinoamericanas*¹⁹ muestran cuatro modelos diferentes respecto a la regulación de los mandatos de los jueces, a saber: *mandatos vitalicios* (como acontece en el sistema constitucional de Argentina, en el que permanecen en sus cargos mientras dure su buena conducta o buen desempeño); *mandatos fijos con reelección* (como es el caso de los miembros de la Corte Suprema de Costa Rica donde son elegidos por un período de ocho años, pero al completar su mandato se consideran reelegidos salvo que la Asamblea Legislativa acuerde lo contrario²⁰); *mandatos fijos sin reelección inmediata* (como ocurre, por ejemplo en Uruguay, en donde permanecen diez años en el cargo no pudiendo ser reelectos sino luego de transcurrido un determinado periodo, en el caso, cinco años desde que cesa²¹), y *mandatos fijos con reelección prohibida* (como sucede en Bolivia en donde su período de mandato es de seis años estando prohibida la reelección²²).

Desde tales modalidades, específicamente para los Superiores Tribunales, quizá sería razonable estipular un lapso de *diez años* en el cual, durante ese tiempo, obviamente se goce de la garantía de inamovilidad, sujeta al buen desempeño y la buena conducta, *con posibilidad de un nuevo nombramiento precedido de igual acuerdo por el Senado*.

En tal sentido, se ha considerado cuidadosamente que la duración del mandato de los jueces no coincida con el de las autoridades que los designaron a fin de evitar situaciones de dependencia política, garantizando su independencia e imparcialidad.

b. Requisitos

El actual artículo 152 refiere, básicamente, tres requisitos: ser ciudadano en ejercicio, esto es *haber nacido en territorio argentino o ser hijos de padres nativos, habiendo optado por la ciudadanía de sus padres, si hubiere nacido en territorio extranjero* (sic); edad de 30 a 70 años; y el título de abogado, en el cual la Constitución reza: «... con diez años de ejercicio profesional u ocho años en la Magistratura» (sic).

En función de las consideraciones expuestas inicialmente y en el entendimiento de la Constitución como la máxima expresión normativa del proyecto político que tiene una comunidad –en la que se entrelazan sociedad, política,

19 Para ampliar el punto puede consultarse el trabajo de Borges, Gastagnola, Pérez Liñán (2012), «Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-2009», en *Política y Gobierno*, vol. 19, Nº 1, México.

20 Constitución de Costa Rica, art. 158.

21 Constitución de Uruguay, art. 237.

22 Constitución de Bolivia, art. 183.I.

historia, Derecho, valores–, es que revisaremos estos recaudos y/o condiciones para su designación.

¿Qué proponemos?

a) Por un lado, mantener el *recaudo de la ciudadanía*; sumando un aporte que proviene del Derecho Público provincial, particularmente de la Constitución de San Juan,²³ la que –además de la ciudadanía– exige *tener residencia en la provincia: una residencia continuada y previa a la designación por cinco años*.

Ello, en tanto el juez está llamado a dirimir conflictos ejerciendo su función jurisdiccional en un contexto determinado, en un territorio determinado, en una sociedad determinada, con una forma de ser determinada; y desde esa perspectiva resulta interesante que este juez haya vivido, al menos, cinco años de modo continuado y previo en la provincia de Mendoza.

b) En cuanto a los *requisitos de la edad y de los años de ejercicio*, entiendo deben ser revisados a partir de los datos aportados por el censo del año 1914 en contraste con el censo del año 2010 –con proyección a 2015–, llegando a la propuesta, en torno a la edad, de «haber cumplido cuarenta (40) años de edad y no tener más de sesenta y cinco (65)»; y en relación a los años de ejercicio, «ser abogado con título de universidad nacional con 12 años de ejercicio profesional o 10 años en la Magistratura», en virtud de los siguientes aspectos:

En primer lugar, *la población*. La población de Mendoza hace cien años atrás era de 277.535 habitantes; hoy llega prácticamente a 1.900.000.

En segundo lugar, *la expectativa de vida*. La expectativa de vida en 1916 era de 41 años; hoy promedia los 80 años.

Y, en tercer lugar, *la cantidad de abogados en Mendoza*. En 1916 la matrícula era de 106 abogados y 68 procuradores; hoy, según fuente proporcionada por el Colegio de Abogados, hay una matrícula que ronda los 5.000 abogados aproximadamente.

	MENDOZA EN 1916	MENDOZA EN 2016
Población	277.535 habitantes	1.852.017 habitantes*
Expectativa de vida	41,5 años	76,6 años
Cantidad de abogados y procuradores	106 y 68	5.000

*Población total proyectada al 30 de junio de cada año (2016) www.infosalud.mendoza.gov.ar
Fuente: Censos Nacionales Digitalizados en www.deie.mendoza.gov.ar

23 Constitución de San Juan, art. 204, que dispone expresamente que «...En todos los casos, los magistrados y miembros del Ministerio Público deben tener una residencia continuada en la provincia y previa a su designación, de cinco años...».

Así las cosas, se advierten notas muy interesantes si a esta información la vamos desagregando en miras a revisar la edad para poder ser miembro de la Corte y también los años de ejercicio exigidos para acceder al cargo.

Respecto de la «población», en 1916 había un 53% de varones y un 47% de mujeres, sobre una población –como se ha señalado– de 277.535 habitantes. Esto contrasta fuertemente con el número de habitantes en la actualidad, que es de 1.852.017 habitantes, aunque el porcentaje en torno a los varones y a las mujeres haya variado poco, inclinándose algo más en relación a las mujeres: 51% frente al 49% de varones.

En cuanto a la «expectativa de vida», claramente ha crecido de modo notable, encontrándose otra razón para entender las edades fijadas en oportunidad de sancionar la Constitución del 16.

	MENDOZA EN 1916		MENDOZA EN 2016	
Población	277.535 habitantes		1.852.017 habitantes*	
	148.227 varones	129.308 mujeres	907.496 varones	944.521 mujeres
	53%	47%	49%	51%
Expectativa de vida	41,5 años		76,6 años	

*Población total proyectada al 30 de junio de cada año (2016) www.infosalud.mendoza.gov.ar
Fuente: Censos Nacionales Digitalizados en www.deie.mendoza.gov.ar

Y en relación a la «cantidad de abogados», surge como dato que en 1916 eran 95 argentinos y 11 extranjeros, sin presencia de mujeres en la matrícula. Sin dudas, hoy la cuestión ha cambiado: 2.839 varones, 2.153 mujeres.

Este último dato provoca la revisión de la composición, *debiendo quizá replantearse la incorporación del principio de paridad de género*, a cuyo efecto el número de jueces del mismo sexo nunca podría superar en más de uno a los jueces del otro sexo.²⁴

	MENDOZA EN 1916			MENDOZA EN 2016	
Cantidad de abogados	Argentinos 95	Extranjeros 11	Mujeres 0	Varones 2839	Mujeres 2153
Cantidad de procuradores	Argentinos 54	Extranjeros 14			

*Población total proyectada al 30 de junio de cada año (2016) www.infosalud.mendoza.gov.ar
Fuente: Censos Nacionales Digitalizados en www.deie.mendoza.gov.ar

24 Como novedad, a la fecha de esta presentación (18/11/2016), en la Cámara de Senadores de la Nación, Comisión de Banca de la Mujer, estaba a la firma un dictamen de mayoría modificando la composición actual de la Corte Suprema de Justicia (con 15 o 16 proyectos que llevan esa propuesta de diversos sectores, mediante dictamen unificado). Se propone ampliar el número a 9 miembros y la incorporación del principio de paridad de género, a cuyo efecto el número de jueces del mismo sexo nunca podría superar en más de uno a los jueces del otro sexo.

Evidentemente, estos números generan impacto: la población se ha incrementado notablemente, y el número de abogados ha aumentado exponencialmente.

Así las cosas, frente al cuadro de situación descripto: y a la complejización de los conflictos, el alto nivel de litigiosidad –el más alto del país en proporción a la cantidad de habitantes–,²⁵ es oportuno repensar las edades exigidas y los años de ejercicio establecidos como requisitos para ser designado no solo como ministro de la Corte, sino en las distintas funciones constitucionalmente previstas para el ejercicio de la Magistratura como el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.²⁶

Creemos que los requisitos pensados por el constituyente lo fueron en función de la Mendoza de 1915/16, conforme los datos estadísticos aportados, tal es así que incluso podían ser jueces –y de allí la figura del «juez de Paz lego»– los procuradores, que en la Mendoza de 1916 eran 54 argentinos y 14 extranjeros.

En tal sentido, podrá advertirse que el Poder Judicial fue, quizá, el poder que más costó conformar debido al lento proceso de *profesionalización* que fue desarrollándose en su seno.

Por tal motivo, entre otras razones, entendemos que presentó en sus primeros pasos una organización más limitada y precaria, como puede observarse en la muy breve exposición de los antecedentes relativos a su composición.

En el siglo XIX el Poder Judicial de Mendoza tuvo –en general– una orientación «letrada-lega», fundamentalmente por razones de orden sociológico: la falta de abogados²⁷ y la restringida oferta universitaria. Orientación que significó la apertura hacia ciudadanos que no cumplían los requisitos formales para integrar el Poder Judicial.

Por ello entendemos que los datos expuestos provocan la revisión de estos recaudos. Y más aún si entendemos la altísima función que cumple un Tribunal Superior.

Prever las calidades exigidas para integrar, como miembro, un Superior Tribunal, es pensar en una persona con trayectoria, con experiencia, con *idoneidad*; una persona de la cual la sociedad o la comunidad puedan dar cuenta de ella como una persona proba en todos sus aspectos. Y resulta al menos difícil poder hacerlo con requisitos tan reducidos en cuanto a la edad estipulada y en

25 Cfr. Discurso del presidente de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la apertura del Año Judicial 2017, en el que se señala que el Poder Judicial de la provincia es el que cuenta «con la mayor tasa de litigiosidad por número de habitantes en el mundo», indicándose que «en Mendoza ingresa por año una causa por cada cuatro habitantes». Particularmente, durante el año 2016 ingresaron al Poder Judicial, en sus distintos fueros, y en todas sus circunscripciones, aproximadamente «quinientas mil» causas.

26 Por ejemplo, cfr. los arts. 154 y 155, en donde el requisito de edad para ser Juez Letrado de Primera Instancia, o para ser Fiscal, Asesor de Menores, Defensor de Pobres y Ausentes y Juez de Paz Letrado se exige tener más de veinticinco años, y desde éste nos preguntamos: ¿Es suficiente para ser juez/fiscal de primera instancia, tener la edad de 25 años y 1 año de ejercicio en la profesión, frente a la complejidad de los temas, la cantidad creciente de los conflictos, el nivel de delitos en la provincia, la extensión en la formación académica, solo por citar algunos de los aspectos?

27 En el mismo sentido, cfr. Seghesso de López Aragón, Cristina (1997). *Historia Constitucional de Mendoza*. Mendoza: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (IADECyP), p. 78.

cuanto a los años de ejercicio, porque en el foro claramente se distingue al buen abogado de aquel que no lo es.

Si se pretende preservar el rol de la Justicia, tiene que estar integrada con muy buenos operadores. Porque a la institución, en definitiva, le da vida el funcionario. *Lo orgánico-institucional se complementa necesariamente con lo orgánico-funcional*. La Justicia es el juez, es ese juez en el caso concreto, resolviendo en una determinada materia: penal, civil, laboral, tributaria, de familia.

La idea es conformar un Estado provincial que trascienda a las personas y poder establecer principios que las rijan más allá de los partidos políticos. Efectivamente, eso ocurrió con la reforma de 1916, cuyos efectos perduraron en el tiempo y se extendieron hasta nuestros días.

c) Continuando con los requisitos para ser miembro de la Suprema Corte, se propone otro requisito que no está contemplado en la Constitución: «Si se han ejercido cargos políticos: intervalo correspondiente a un período gubernamental».

La propia historia de Mendoza nos muestra que el compromiso con la cosa pública, en general, y con la política partidaria, en particular, lleva a las personas que están en este ámbito de lo público a ocupar diversos espacios de poder, diversos cargos de relevancia.

En este sentido, la invitación es a pensar que para acceder a la Corte, como otro elemento que garantice esa independencia, sería interesante dar la posibilidad a la persona propuesta –que haya integrado alguno de los poderes políticos del Estado– que pueda sacarse el «ropaje» que tiene asumido, fruto del rol y/o función política gubernamental ejercida, a fin de investirse con ese nuevo «ropaje» que exige el rol jurisdiccional.

Ello a fin de coadyuvar en el ejercicio del «control jurisdiccional» sobre el accionar de los otros poderes públicos. Control entendido como colaboración –en tanto garante último de la Constitución– y no como entorpecimiento de la tarea de gobernar, a través de las funciones que específicamente tiene asignada la Corte o el Superior Tribunal.

Y es que se dificulta cumplir la nueva función si no se piensa en un *intervalo de tiempo* para distanciar los actos en que el mismo funcionario pasa de ser controlado a ser controlante de sus propios actos o de los del gobierno del cual formó parte.

Desde estas consideraciones es recurrente el tema del control, debido a que el fenómeno del poder es abordado por muchas disciplinas jurídicas y no jurídicas, pero es al Derecho Constitucional al que le interesa el poder en cuanto a los límites, en cuanto a sus controles, siempre en resguardo de las libertades y derechos de las personas.

Y entonces el perfil propuesto se centra en este aspecto orgánico-funcional, en la persona del juez, para que en el ejercicio jurisdiccional pueda realmente garantizar, con idoneidad y madurez, la tutela de nuestros derechos: el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a una resolución en plazo razonable, el derecho a una resolución motivada.

Para ello, se insiste en personas probas y calificadas al frente de la Justicia, en todas sus instancias y fueros, con una conducta decorosa en el ejercicio y fuera de él, pues en cabeza de cada juez reside –insisto– la plenitud de la jurisdicción, en condiciones de «profesionalización», «exclusividad», «inamovilidad», «intangibilidad», «independencia» e «imparcialidad».

Es interesante repensarlo pues la calidad de los funcionarios incidirá directamente en la calidad de la institución.

Las personas pasan y las instituciones perduran, pero la institución no hace grande al hombre, sino que es el hombre el que engrandece a la institución. Por eso apelamos a instituciones impregnadas de principios y de valores a partir de su conformación con funcionarios idóneos y virtuosos, que construyan instituciones sólidas y confiables que garanticen la justicia, como base de la estructura social y de la legitimidad de un Poder que, en el fondo, carece de legitimación popular.²⁸

Por ello, resulta notorio el empeño en la búsqueda de instituciones que en concreto sustenten aquella negada legitimación, por ejemplo a través de sistemas de designación participativos y pluralistas bajo amplia publicidad –como son los Consejos de la Magistratura– superadores de la injerencia política y la cooptación corporativa, o mediante la mejor capacitación y perfeccionamiento –a través de Escuelas Judiciales o Centros de Capacitación Judicial, en sus diversas modalidades– para fortalecer el requisito de la idoneidad como prevalente por sobre el resto.

c. Denominación

A lo largo del trabajo se ha hecho referencia indistintamente a Suprema Corte de Justicia o Superior Tribunal. Lo cierto es que en el Derecho Público provincial la denominación adoptada por la generalidad de las constituciones provinciales es la de «Superior Tribunal», quizá porque el término «Corte» es un término de tradición hispana, pero con otras connotaciones. En tal sentido, parece más *aggiornado* y mejor a nuestra época poder referirnos a «Superior Tribunal».

²⁸ Aquí subyace, en el fondo, la vieja idea de que la Magistratura es débil como poder o función estatal, frente a los poderes políticos (no tiene «ni la bolsa ni la espada» –según el conocido juicio de A. Hamilton–), precisamente por carecer de legitimación popular. Ni siquiera las explicaciones doctrinales más aceptadas, incluyendo la legitimación democrática de los jueces a través del proceso judicial (...) han servido para superar semejantes *capitis diminutio*. (Cfr. Berizonce, Roberto Omar, «El Juez y la Magistratura (Recientes Tendencias)», Maestría en Magistratura y Gestión Judicial, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza y Suprema Corte de Justicia de Mendoza.)

IV. ATRIBUCIONES

El artículo 144 de la Constitución de Mendoza enumera una serie de «competencias y atribuciones de superintendencia» que ostenta la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Es preciso distinguir las unas de las otras: así, al hablar de competencia se hace referencia al conjunto de atribuciones que ostenta el órgano en relación a la materia, al grado, al lugar, a la cuantía. Mientras que al abordar las otras atribuciones, éstas involucran o comprenden las atribuciones de gobierno y de superintendencia.

En la técnica normativa empleada por el constituyente de 1916 están conjuntamente tratadas en el mismo artículo, compuesto de trece incisos.

Al respecto, proponemos, al estilo cordobés,²⁹ la clasificación de las atribuciones de la Suprema Corte, distinguiendo aquellas que hacen al ejercicio de la función más propia, que es la función jurisdiccional, de aquellas otras que hacen al ejercicio de la Corte como órgano de gobierno, como institución política en función de gobierno, en función administrativa.

Por razones metodológicas, han sido agrupadas –para su revisión– teniendo en mira ambas funciones, la jurisdiccional y la de gobierno o administrativa, que está llamado a cumplir el Superior Tribunal.

a. Función jurisdiccional

Inc. 3. *Ejerce jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvertan por parte interesada.*

Sin propuesta de modificación.

Este inciso implica el ejercicio de su rol de intérprete de la Constitución y del resto del ordenamiento normativo dictado en consecuencia, mostrando en el «juego» del control interorgánico, el rol político de los Superiores Tribunales de Justicia.

Supone el conocimiento en la acción declarativa de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad por omisión y la inconstitucionalidad por vía recursiva.

Inc. 4. *Conoce y resuelve originariamente en las causas y competencia entre los poderes públicos de la provincia y en los conflictos internos entre las diversas ramas de*

29 Cfr. La Constitución de Córdoba distingue ambas funciones en los artículos 165 y 166 cuando se refiere, por un lado, a las competencias en el orden jurisdiccional y, por el otro, a las atribuciones en el orden administrativo y/o de superintendencia, respectivamente.

estos, y en las que se susciten entre los tribunales de justicia con motivo de su respectiva jurisdicción.

Sin propuesta de modificación.

Es otra de las competencias que reafirma el rol político de los Superiores Tribunales de Justicia.

Implica el conocimiento en los conflictos entre los poderes del Estado provincial, los conflictos municipales, los conflictos entre las diversas ramas de ambos y los conflictos de competencias jurisdiccionales internas.

Con directa vinculación a esta última atribución, se encuentra la prevista en el inciso 13 del artículo en trato cuando señala que «conoce el recurso de queja por denegación o retardo de justicia en los Tribunales y jueces de la Provincia, con sujeción a la forma y trámite que la ley de procedimiento establezca».

Inc. 5. *Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia, previa denegación expresa o tácita de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos gestionados por parte interesada. Se entenderá que hay denegación tácita por la autoridad administrativa cuando no se resolviera definitivamente, dentro de los 60 días de estar el expediente en estado de sentencia.*

Bajo este inciso, la Constitución de Mendoza atribuye a la Suprema Corte la competencia para entender, en única instancia, en las causas procesales administrativas.

En concordancia, el artículo 1 de la ley 3918, dando operatividad a esta cláusula constitucional, dispone que «...conocerá y resolverá en instancia única, en las acciones que se deduzca por violación de un derecho subjetivo o interés legítimo regido por ley, decreto, reglamento, resolución, contrato, acto o cualquier otra disposición de carácter administrativo».

Para ello, la SCJ ha reglamentado su intervención a través de sus dos salas jurisdiccionales: la Sala Primera, con competencia en lo Civil, Comercial y Tributario; y la Sala Segunda, con competencia en lo Penal y Laboral (pues la Sala Tercera, precisamente, es la que entiende en los asuntos administrativos, de gobierno y superintendencia).

La intervención de una u otra Sala está dada en función de un límite temporal: del 1 al 15 interviene la Sala Primera y del 16 al 30 (o al 31, según el mes) interviene la Sala Segunda.

Dicha mecánica de funcionamiento, además de favorecer ciertas prácticas especulativas para la interposición de la acción procesal administrativa (APA), *nos invita a repensar acerca de la necesidad de un fuero específico para resolver estas cuestiones* donde el Superior Tribunal está revisando nada más y nada menos que los actos de los otros poderes públicos.

Al respecto, bien señalan Sarmiento García y Bustelo,³⁰ esta asignación de competencia efectuada por el constituyente provincial en 1916, si bien podía

30 Sarmiento García, Jorge y Bustelo, Ernesto (2013). *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Mendoza comentado. Con desarrollos aplicables al proceso administrativo en general*. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot, p. 46 y ss.

resultar comprensible para la época en que la Constitución local fue sancionada, actualmente no parece que pueda mantenerse en manos del Superior Tribunal.

En efecto, en coincidencia con los autores citados, entiendo que el conocimiento de la materia procesal administrativa debiera ser conferido a tribunales especializados, a través de la *creación de un fuero contencioso administrativo específico*, a fin de garantizar acabadamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el sentido expuesto, en el marco del Derecho Público provincial, se hace referencia a las provincias de Santa Fe, Chaco y Tucumán, en las que existen *Cámaras Contencioso Administrativas que entienden como tribunales de instancia única*, sin perjuicio de los recursos previstos ante los Superiores Tribunales locales de cada una de ellas.

Otra modalidad se da en algunas provincias con un sistema de *doble instancia especializada en la materia procesal administrativa*. Así, son los casos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, en donde el sistema se ha diseñado a través del funcionamiento de *juzgados unipersonales* de primera instancia y *Cámaras de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo*. Por su parte, en la provincia de San Juan la doble instancia se articula a través de *juzgados de primera instancia unipersonales*, con apelación ante las *Cámaras con competencia en lo Civil, Comercial, Minas y Contencioso Administrativo*.

Y, particularmente, el caso de Córdoba, se organiza en base a un *sistema mixto*, pues funciona con las *Cámaras Contencioso Administrativas en la Primera Circunscripción*, mientras que en las demás circunscripciones entienden las *Cámaras en lo Civil y Comercial*, ambas como Tribunales de Primera Instancia en los juicios en los que la provincia sea parte, ya que en los restantes intervienen como tribunales de instancia única, sin perjuicio de los recursos ante el Superior Tribunal en pleno (inconstitucionalidad) o ante la *Sala Contencioso Administrativa* (apelación, revisión y casación).

Diversas son las razones que abonan esta propuesta,³¹ destacando, entre ellas, la *centralización del fuero en la Ciudad de Mendoza*, que es precisamente donde se encuentra la sede de la Suprema Corte, *obstaculizando el derecho de acceso a la justicia*. También la ausencia de especialización y celeridad que demanda la justicia administrativa, *afectándose el derecho a la tutela judicial efectiva*.

Ahora bien, de no prosperar el proceso de reforma –total o parcial– que se intenta, podría promoverse la modificación de este artículo a través de una *enmienda constitucional* y luego dejar que sea la ley la que avance en la reglamentación pertinente.

Quizá, excluyendo el tema de la competencia originaria y en única instancia que ostenta hoy el Superior Tribunal, permitiría una mejor resolución de las causas contencioso administrativas debido a la especificidad de la materia procesal administrativa, habilitando a la creación de este específico fuero.

31 Al respecto, se aconseja profundizar en las razones de conveniencia de creación del fuero contencioso administrativo para Mendoza, en el muy buen trabajo desarrollado por los Dres. Sarmiento García y Bustelo, *Código Procesal Administrativo...*, ob. cit., p. 45-56.

Los mendocinos nos debemos esta discusión.

Inc. 6. *Conoce en grado de apelación o en consulta, en tribunal pleno, de las causas en que se impone la pena capital, siendo necesario el voto unánime de sus miembros para confirmar la sentencia condenatoria.*

Al respecto, recuérdese que la Constitución fue sancionada en 1916 y a la fecha de su sanción estaba vigente el Código Penal de 1886, que establecía la pena de muerte. Claramente sabemos hoy que, en virtud de los principios que informan el derecho constitucional, el derecho administrativo, de los principios convencionales derivados de los Tratados de los Derechos Humanos de los cuales es parte nuestra nación y que tienen jerarquía constitucional, esta facultad no va.

Inc. 9. *Conocerá como tribunal de revisión en los casos en que después de pronunciada la sentencia definitiva de segunda instancia, la parte perjudicada obtuviere o recobrare documentos decisivos, ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia o por otra causa análoga; cuando la sentencia se hubiere dictado en virtud de documentos o de prueba testimonial y se declarase en juicio posterior que fueron falsas dichas pruebas o documentos; cuando la sentencia firme recayese sobre cosas no pedidas por las partes u omitiese resolver sobre alguno de los capítulos de la demanda, contestación o reconvencción; y cuando la sentencia firme se hubiere dictado u obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.*

Sin propuesta de modificación.

Inc. 13. *Conoce el recurso de queja por denegación o retardo de justicia en los Tribunales y jueces de la Provincia, con sujeción a la forma y trámite que la ley de procedimiento establezca.*

De acuerdo a lo normado en la ley 4969 que regula el funcionamiento de las Salas de la Suprema Corte, figura entre una de las atribuciones específicas de la Sala Primera y de la Sala Segunda.

Ahora bien, el propio artículo remite de algún modo, por su estrecha vinculación, al artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, que tiene que ver con una función de superintendencia, cuando un juez en un año ha perdido competencia tres veces por retardo de justicia o demora, al no dictar el fallo dentro de los términos dados por la Ley de Procedimiento Civil.

Esas tres pérdidas de competencia en un año son asentadas en su foja de servicio y es causal de remoción.

b. Función de Gobierno y Superintendencia

Inc. 1. *La superintendencia sobre toda la administración de justicia y la facultad de establecer correcciones y medidas disciplinarias que considere conveniente de*

acuerdo con la ley, dictando su reglamento interno y el de todas las oficinas del Poder Judicial.

En cuanto a las atribuciones de Superintendencia, el inciso 1) otorga a la Corte la Superintendencia sobre toda la administración de justicia y la facultad de establecer correcciones y medidas disciplinarias y de otra naturaleza con arreglo a la ley.

Sin embargo, las recientes reformas producidas en el ámbito legislativo, fuera del marco de una reforma constitucional, como son la sanción de la Ley de Ministerio Público 8911, que le da amplísimas facultades en su artículo 28 al procurador general y perfila al Ministerio Público, al estilo del Ministerio Público en el orden nacional, es decir, un *Ministerio Público, con autonomía funcional y con autarquía financiera*, provocan –a mi juicio– la necesaria reforma constitucional para evitar que la práctica institucional no discorra por caminos paralelos a los de la letra constitucional y a su espíritu.

Si bien postular al Ministerio Público como un verdadero órgano extrapoderes es un gran desafío que –esencialmente– comparto, entiendo que se debilita la cobertura constitucional cuando de modo expreso la Constitución otorga a la Suprema Corte la Superintendencia sobre toda la administración de justicia (...) dictando su reglamento interno y el de todas las oficinas del Poder Judicial.

Desde estas consideraciones surge que como consecuencia de las reformas producidas, hoy en el Poder Judicial coexisten tres órganos bien diferenciados: la Suprema Corte y los demás tribunales inferiores (en concordancia a lo dispuesto en el art. 142 de la CM); el Ministerio Público Fiscal (ley 8911) y el Ministerio Público de la Defensa (ley 8928). Pero también surge la necesidad de reformar la Constitución, al menos con una enmienda, que habilite a incorporar el artículo 144 bis dándole al procurador general las atribuciones y deberes que en el marco de su Ministerio le corresponden.

Inc. 2. *Debe pasar anualmente a la Legislatura y al Poder Ejecutivo una memoria sobre el movimiento y estado de la administración de justicia, y podrá proponer proyectos de reforma del procedimiento y organización que sean compatibles con esta Constitución.*

Este artículo refleja, en primer lugar, el respeto a la división de poderes y, en segundo lugar, constituye un antecedente de lo que hemos descripto como «control interorgánico» o «sistemas de control entre los Poderes del Estado».³²

Tal atribución tiene vinculación con la dispuesta en otro artículo de la Constitución, el 171,³³ donde se le reconoce a la Suprema Corte la facultad de iniciativa presupuestaria, en lo que hace al ámbito de su jurisdicción presupuestaria.

En esta revisión se impone el reconocimiento de la *autarquía judicial*, siempre en función de garantizar la independencia de este mismo poder.

Inc. 7. *Conoce privadamente de los casos de reducción de pena, autorizados por el Código Penal.* Sin propuesta de modificación.

32 Terranova, David. *El Poder Judicial de la Provincia de Mendoza (1854-1916)*, ob. cit., p. 170.

33 Art. 171 CM: «La Suprema Corte propondrá al Poder Ejecutivo el presupuesto anual de gastos de la Administración de Justicia, un mes antes de la época en que deba ser remitido a la Legislatura el presupuesto general de la Administración».

Inc. 8. *Ejerce jurisdicción exclusiva en el régimen interno de las cárceles de detenidos.*
Sin propuesta de modificación.

Inc. 10. *Hará todos los nombramientos de los empleados inferiores del Poder Judicial con arreglo a la ley.*

Hoy, el procurador general está realizando los nombramientos respectivos al ámbito del Ministerio Público. Nos remitimos a lo expuesto *ut supra*, en el inciso 1.

Inc. 11. *Será competente para enjuiciar, suspender o separar de sus cargos a los empleados inferiores del Poder Judicial, por delitos o faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones o por incapacidad. En estos casos, cuando resultasen comprobados delitos o faltas punibles por ley, remitirá los antecedentes a la justicia criminal para el proceso correspondiente.*

Hoy, en función de la ley 8911, hay atribuciones plenas de carácter administrativo, disciplinario, dentro del Ministerio Público.

Así las cosas, vuelto al inicio, la Constitución debe ser esa síntesis perfecta, esa expresión máxima de carácter normativo que refleje el proyecto político de una comunidad.

Evidentemente, la dinámica política y social reclama estos cambios, lo que conduce a revisar el texto de la Constitución, para evitar –se reitera– que el texto constitucional discorra por un lado y la práctica institucional por otro. Entendemos que es un desafío para Mendoza, que siempre ha hecho gala de su institucionalidad. De allí la importancia y necesidad de la revisión del texto constitucional vigente. Nos remitimos a lo expuesto *ut supra* en el inciso 1.

Inc. 12. *Formará la matrícula de abogados, escribanos, procuradores y peritos judiciales con arreglo a la ley.*

Sin propuesta de modificación.

Esta atribución, una vez organizado y constituido legalmente el colegio respectivo de cada profesión, puede ser conferida a éste, sin perjuicio de la revisión y/o decisión final que sobre las cuestiones que puedan suscitarse tiene la Suprema Corte.

V. REFLEXIÓN FINAL

¿Cuál es el camino?: ¿Reforma total o reforma parcial?

Para decidirlo, se debe tener presente que una reforma constitucional es el *modo de introducir cambios en el sistema jurídico político fundamental de un Estado*, en este caso, la Provincia de Mendoza. Pero al tiempo de introducir esos cambios, al

tratarse de una Constitución, hay una pretensión de institucionalización de los mismos, con vocación de vigencia y perdurabilidad.

Así, cuando hablamos de «reforma constitucional» aludimos a modificaciones en el sistema político y en el sistema jurídico, que se instrumentan en una Constitución. En tal sentido, siguiendo a María Luisa Giunta,³⁴ entendemos –en el marco de este proceso de reforma constitucional– que el cambio que expresa una reforma no afecta al sistema en cuanto tal, pues no se trata de un cambio *del* sistema, sino de un cambio *en el* sistema.

De acuerdo a lo abordado, hay valores y principios que nutren los derechos y las garantías que están llamados a perdurar, y siendo al mismo tiempo la Constitución esta síntesis de política, de derecho, de historia, de valores, de sociedad, tiene que convertirse en un marco contenedor que pueda abrazar y dar legitimidad a toda la estructura jurídico-política que en ella descansa para que ese contenido goce de plena validez y eficacia.

Entonces, propiciamos una reforma *en el* Poder Judicial, pues no proponemos cambiar el sistema del Poder Judicial, por ejemplo sustituyendo este sistema profesionalizado por un sistema de elección popular. Las propuestas esbozadas apuntan a «reformas en el sistema».

Ahora bien, ¿qué ocurre si no prospera? El interrogante se postula frente a los antecedentes e intentos frustrados de avanzar en la provincia con una reforma total o parcial, a partir del retorno a la vida en democracia.³⁵

En efecto, frente al referéndum como mecanismo de participación ciudadana previsto como condición de validez para una reforma, desde el año 1989, a partir del *leading case* «UCEDE c/ Gobierno de la Provincia p/ Inc.»,³⁶ la ministra preopinante, Dra. Aída Kemelmajer, interpretó que *la mayoría de los electores* exigida en el artículo 221 de la CM eran *más de la mitad de los empadronados*.

Esta interpretación –vigente, por cierto– no ha permitido desde el año 86 (momento en el cual se inició una serie de procesos de reforma en las constituciones provinciales) avanzar con el proceso de reforma en Mendoza, aun cuando se dieron los acuerdos políticos y la gente se expresara en las urnas –en aquella

34 Dicha autora, lúcida investigadora y querida maestra y amiga, realiza este análisis al tratar el sentido y el alcance de una Reforma Política, citando a Jaguaribe al señalar que el cambio admite dos alternativas: puede ser «progresivo» (al que denomina cambio incrementicio) o «regresivo», aunque entiende –a su juicio– que solo puede concebirlo como un «cambio incrementicio» en el régimen regulador del sistema político, orientado a captar, promover, impulsar y encauzar el desarrollo político progresivo, que genera el proceso de complejización de la realidad social y política contemporánea (cfr. Giunta, María Luisa y Cueto, Walter José (1991). *La Reforma Legislativa, una propuesta de Diseño Constitucional*. Bs. As.: Ed. Depalma, p. 18 y ss., con cita de Jaguaribe, Helio (1968). *Sociedad, Cambio y Sistema Político*. Bs. As.: Ed. Paidós, cap. 6).

35 Más de medio centenar de proyectos, a lo largo del último período democrático, han sido presentados por las diversas fuerzas políticas y los sectores representativos de Mendoza planteando la necesidad de la reforma de la Constitución.

36 Fallo sobre la inconstitucionalidad del decreto de convocatoria a elección de convencionales constituyentes para la reforma de la Constitución provincial, «Unión del Centro Democrático y Ot. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ Acc. de Inconstitucionalidad», Sala Primera SCJM, 04/05/1989.

oportunidad— mayoritariamente por el «sí», computándolo sobre los votos efectivamente emitidos (*es decir, más de la mitad de los votantes*).

Ergo, teniendo en cuenta el comportamiento electoral de Mendoza, y el modo de computar los resultados electorales en materia de reforma, y no habiéndose suscitado un nuevo caso ante la Suprema Corte a los efectos de convalidar o cambiar la doctrina emanada del precedente citado, se podrían recrear otras vías alternativas para su *aggiornamento*. Quizá un programa de *enmiendas sucesivas, acordadas y planificadas*, que sean fruto del necesario consenso que se está buscando desde la Legislatura, cuya apertura a los distintos actores de la sociedad civil y de la sociedad política pueda servir para la concreción de las «debidas» reformas.

Por la Legislatura han pasado miembros de las organizaciones de la sociedad civil, de las ONG, de los municipios, de los organismos de control, de las universidades, los jóvenes, los expertos, etc., con diversas miradas y propuestas sobre las cuales, en muchas de ellas, hay un alto porcentaje de adhesión o coincidencia. A partir de ello, estarían dadas las condiciones para construir consensos, de no resultar —insisto— este proceso de reforma amplia de nuestra Constitución.

Así las cosas, en el marco de un cronograma de enmiendas acordado, previamente planificado, podría revisarse —del modo anticipado— el inciso 5 del artículo 144 CM relativo a la competencia contencioso administrativa, *perfilando la creación de un fuero contencioso administrativo específico (a través de un sistema de doble instancia, con Cámaras en lo Contencioso Administrativo, y dentro de la Corte una sala específica dedicada a la materia procesal administrativa); o el perfil institucional del Ministerio Público, para diseñarlo constitucionalmente con autonomía funcional y autarquía financiera*, bastando un solo artículo en referencia al Ministerio Público, diferenciándose constitucionalmente de la Suprema Corte, con las funciones específicas de cada uno de ellos.

De este modo —reitero— podría evitarse que la práctica institucional discurra por un camino paralelo al trazado por la Constitución. Así, el intento aspira a que el texto de la Constitución cobre vida a través de las prácticas institucionales en resguardo de nuestras libertades, de nuestros derechos, de nuestras garantías.

Otra alternativa la ofrece ordinariamente *la vía legislativa* ante leyes que podrían ser revisadas de no lograrse los acuerdos para la reforma, tal como la ley 4969, con una posible nueva composición de la Corte, con atribuciones específicas para las Salas.

En ese sentido, da cuenta de esta modalidad la reciente sanción de la ley 8946 que, al modificar la ley 4970 de Jury de Enjuiciamiento, habilita a sanciones intermedias, entre otros cambios.

Al respecto, se advierte que la Suprema Corte, en función de Superintendencia, ha estado muy acotada en el ejercicio de su facultad disciplinaria, pudiendo disponer solamente de llamados de atención/recomendaciones, o apercibimientos, para luego recurrir al mecanismo del Jury de Enjuiciamiento, con la potestad de suspender y/o de destituir juzgando la responsabilidad política del magistrado.

Así, mediante el ejercicio de estas otras alternativas intermedias, se propicia la búsqueda de institutos o procedimientos que no pueden ponerse en funcionamiento al no estar contemplados.

Para terminar, vuelvo al inicio: «Los hombres dicen: el tiempo pasa. El tiempo dice: los hombres pasan».

La vieja y sabia Constitución de Mendoza requiere ser *aggiornada*. De avanzada para la época de su sanción, hoy se encuentra con una deuda pendiente frente al paso del tiempo, el desarrollo de la comunidad y la diversa realidad humana e institucional que contempla. Deuda que, además, se torna exigible frente al marco jurídico constitucional nacional luego de la reforma de 1994.

El paso del tiempo, el paso de los hombres, nos invita a revisar la Constitución vigente de 1916, con el convencimiento de que una comunidad no puede desarrollarse plenamente sin un Poder Judicial *aggiornado*, que garantice el derecho a la jurisdicción eficaz.

Repensar la Suprema Corte, redefinir algunas de sus atribuciones, los requisitos que habilitan a la designación de sus miembros, su composición, etc., es parte de un desafío mayor al cual nos están convocando. Aceptemos el reto.

Por su pueblo, por su calidad institucional, por su historia, por sus valores, la Provincia de Mendoza se debe un debate profundo acerca de la reforma de su Constitución que consolide su legitimidad como «carta de navegación»³⁷ idónea, programa colectivo de gobierno y norma de convivencia fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, Juan Bautista (1928). *Derecho Público Provincial Argentino*, 2ª reed. Bs. As.: Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso.

——— (1963). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Santa Fe: Ed. Castellví.

BERIZONCE, Roberto Omar. El Juez y la Magistratura (Recientes Tendencias). Maestría en Magistratura y Gestión Judicial, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza y Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

BORGES, GASTAGNOLA y PÉREZ LIÑÁN (2012). Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-2009. En *Política y Gobierno*, vol. 19, nº 1, México.

Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, 27/XII/1915. Acta de la Primera Sesión Preparatoria del día 12 de febrero de 1915. En *Debates de la Convención Constituyente de 1915*, reedición de la versión oficial, recopilada e impresa bajo la dirección de Alberto Patiño Correa, Mendoza, 1941.

³⁷ Esta descripción proviene de Alberdi, quien consideraba a la Constitución como un conjunto de directrices para asegurar un rumbo o dirección adecuada para alcanzar determinados fines (cfr. Alberdi, Juan Bautista, ob. cit.

- EGÜES, Carlos A. (2008). *Historia Constitucional de Mendoza. Los procesos de reforma*. Mendoza: EDIUNC.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (2016). *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 3ª. ed. actualizada por Pablo Manili. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot.
- GIORDANO, Aldo (1997). El Consejo de la Magistratura mendocino, la división de poderes y los controles extrapoder. *Voces Jurídicas Gran Cuyo*, t. III. Mendoza: Ed. La Ley.
- GIUNTA, María Luisa y CUETO, Walter José (1991). *La Reforma Legislativa, una propuesta de Diseño Constitucional*. Bs. As.: Ed. Depalma.
- JACUARIBE, Helio (1968). *Sociedad, cambio y sistema político*. Bs. As.: Ed. Paidós.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1991). Poder Judicial: fortaleza y debilidad. En *Derecho Público Provincial*. Mendoza: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (IAdECyP),
- LÓPEZ, Mario Justo. La doctrina de la separación de poderes a la altura de nuestro tiempo. En *Anales*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XXV, 2ª época, Nº 18.
- LOEWENSTEIN, Karl (1964). *Teoría de la Constitución*, caps. V a XII, Bs. As.: Ed. Ariel.
- OLASCOAGA, Laurentino (1919). *Instituciones políticas de Mendoza*, tomo II. La Paz: Escuela Tipográfica Salesiana.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo (1989). El Poder Judicial: órgano político y estamental. En *El Poder Judicial*. Bs. As.: Depalma.
- (1997). *Ensayos sobre la historia política institucional de Mendoza*. Bs. As.: Senado de la Nación.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge y BUSTELO, Ernesto (2013). *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Mendoza comentado. Con desarrollos aplicables al proceso administrativo en general*. Bs. As.: Ed. Abeledo Perrot.
- SEGHESSO DE LÓPEZ ARAGÓN, Cristina (1997). *Historia Constitucional de Mendoza*. Mendoza: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (IAdECyP).
- TERRANOVA, David (2016). El Poder Judicial de la Provincia de Mendoza (1854-1916). *Actas de las II Jornadas de Investigación en Derecho*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, Secretaría de Ciencia, Técnica y Posgrado.

4

Constitucionalismo, poder económico y racionalidad social de los derechos

Mauro Benente

I. CONSTITUCIÓN Y GOBIERNO

Durante el año 2016 fue un asunto de discusión en diferentes espacios académicos y ciudadanos de la provincia de Mendoza la reforma de la Constitución provincial. Son distintos los aspectos que se analizan, desde el catálogo de derechos hasta los diseños institucionales, y creo que uno de los aspectos más relevantes al momento de proponer reformas es *politizar* la discusión. *Politizar* la discusión es preguntarse ¿cuáles son los objetivos políticos que queremos que inspiren la reforma constitucional? ¿Qué valores deseamos que impregnen el catálogo de derechos y el diseño institucional?

En general, la literatura del Derecho constitucional separa al Derecho de la política y hace del Derecho una herramienta técnica, apolítica, amoral. Es frecuente escuchar que los debates constitucionales no deben contaminarse con asuntos políticos o ideológicos y deben realizarse bajo premisas de neutralidad y objetividad. Aunque a cualquier epistemólogo contemporáneo le dolerían los ojos al momento de leer la supuesta objetividad y neutralidad en ciencias sociales, lo más grave es que desconoce la historia y el presente del constitucionalismo.

En América Latina los proyectos constitucionales del siglo XIX se inscribieron en procesos de profundos cambios sociales y políticos y, para tomar solamente un caso, esto se lee con claridad en los desarrollos de Juan Bautista Alberdi. Hacia 1852 y tras la caída de Rosas, Alberdi entiende que tal como sucedió en 1810 se estaba ante la necesidad de establecer en nuevo gobierno «y una Constitución que sirva como regla de conducta a ese gobierno».¹ A mediados del siglo XIX la prioridad gubernamental debía ser el progreso material, la protección de los intereses económicos y el incentivo de la inmigración, aspectos que no eran centrales en 1826, por lo que aquella Constitución no había incluido fue el derecho a la ciudadanía de los extranjeros, el derecho a ejercer el comercio y la industria ni una completa garantía de la propiedad. Es por ello que Alberdi concluye que «la ruidosa Constitución desatendía las necesidades económicas de la República de cuya satisfacción depende todo porvenir».² Las constituciones poscoloniales tuvieron como eje la libertad y la independencia, pero en la segunda parte del siglo XIX los objetivos políticos eran otros y era urgente que las constituciones organizaran «los medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado obscuro y subalterno».³ De la misma manera, para tomar dos casos contemporáneos, las asambleas constituyentes de Ecuador y Bolivia no fueron neutrales ni apolíticas, sino que se inscribieron en un proceso social y político que apuntaba a dejar atrás lógicas gubernamentales neoliberales y neocoloniales.

La vinculación entre los procesos de reforma constitucional y los ideales políticos y gubernamentales que se persiguen merecería mayor tratamiento, pero antes de discutir los aspectos técnicos es necesario aclarar cuáles son los objetivos gubernamentales que deseamos plasmar. Dicho de otra manera, los arreglos institucionales deberían construirse a la luz de objetivos que deben estar explicitados. De esta manera, me parece interesante pensar un catálogo de derechos y un diseño institucional que permita una *paridad de participación*. De acuerdo con Nancy Fraser, para que esta paridad sea posible deben cumplirse tres condiciones: a) que la distribución de recursos materiales garantice la voz en condiciones de independencia de los participantes, lo que excluye la explotación y las grandes disparidades de riqueza; b) que los patrones culturales institucionalizados expresen el mismo respeto por todos los participantes, y que ninguno de ellos sienta vergüenza por hacer públicos sus estilos de vida; c) que las instituciones garanticen igualdad de voz y voto en las deliberaciones y decisiones.⁴

1 Alberdi, J. B. (1915). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: La Cultura Argentina, p. 37.

2 Alberdi, J. B. (1915). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: La Cultura Argentina, p. 47.

3 Alberdi, J. B., ob. cit., p. 67.

4 Fraser, N., «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy», en *Social Text* 25/26, 1990, p. 63-70; Fraser, N., «Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation», en Fraser, N., Honnet, A. (2003). *Redistribution or Recognition*. Nueva York: Verso, p. 36-37; Fraser, N. (2010). *Scales of Justice*. Nueva York: Columbia University Press, p. 60.

Por razones de espacio, centraré aquí mi atención en la primera de las condiciones, que se vincula con la esfera de la justicia en términos de redistribución. En este registro presentaré algunas reflexiones sobre el constitucionalismo y el poder económico, y sobre los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). En la primera parte analizaré los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia y luego describiré la situación en Argentina. En la segunda parte trabajaré en un plano más conceptual, aunque mencionaré algunos aspectos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

II. CONSTITUCIONALISMO Y PODER ECONÓMICO

a. Los casos de Ecuador y Bolivia

Los recientes procesos constituyentes de Ecuador (2008) y Bolivia (2006-2009) se inscribieron en un marco de transformación social que pretendía dejar atrás las políticas neoliberales que habían empobrecido a la región. Estos procesos de cambio político y social no se desarrollaron en paralelo a las asambleas constituyentes sino que, para avanzar en estos objetivos políticos, se hizo necesario realizar profundas reformas constitucionales. Las asambleas constituyentes estuvieron motivadas —entre otras razones— por la necesidad de profundizar y consolidar la ruptura con el neoliberalismo, y en particular con una de las formas que adoptó: la concentración de poder económico.

En el caso boliviano—el más radical— la Nueva Constitución Política se presenta a sí misma marcando una ruptura con el Estado colonial y neoliberal, puesto que su preámbulo narra: «Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos». Esta mirada sobre el pasado que deja atrás la Constitución también se hizo presente en el discurso pronunciado por el presidente Evo Morales en ocasión de su promulgación:

Después de 500 años de rebelión, invasión y el saqueo permanente; después de 180 años de resistencia contra un Estado colonial, después de 20 años de lucha permanente contra un modelo neoliberal, hoy 7 de febrero de 2009, es un acontecimiento histórico, un acontecimiento inédito, singular para Bolivia y para Latinoamérica, reunido acá para promulgar la nueva Constitución Política del Estado.⁵

5 Morales Ayma, E., «Palabras del Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Evo Morales Ayma, en la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado», en *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2012, p. 8.

De todas maneras, este no es solamente el discurso oficial del proceso, ya que el día previo al inicio de la Asamblea Constituyente el Pacto de Unidad⁶ publicó un manifiesto exponiendo que uno de los objetivos del proceso constituyente era «poner fin al latifundio y a la concentración de la tierra en pocas manos, y al monopolio de los recursos naturales en beneficio de intereses privados».⁷

Para hacer frente a las políticas de concentración económica no alcanzaba con reglamentar solamente el poder estatal, sino que se volvía urgente regular y limitar el poder económico concentrado. Es así que si el poder constituyente de la modernidad europea se había configurado como un momento de autonomía de lo político, en el caso de América Latina «la autonomía de lo político se doblega a las teorías y las prácticas de una «ontología de la liberación» social: del racismo, de las permanencias coloniales así como de las figuras del dominio capitalista».⁸ El avance sobre los poderes económicos implica una interesante ruptura con el constitucionalismo clásico, que históricamente se desentendió de los poderes «innominados»⁹ y los dejó en una situación de «salvajismo».¹⁰

En línea con un proyecto político que incluye la domesticación de los poderes económicos concentrados, la Constitución de Montecristi rechaza los monopolios y oligopolios tanto en términos generales (art. 335) cuanto en medios de comunicación y uso de frecuencias (art. 17), los abusos de posición dominante y otras prácticas desleales de mercado (art. 335). Reserva para el Estado la administración, el control y la regulación de los sectores estratégicos (art. 313) y declara de su patrimonio los recursos naturales no renovables (art. 317), los productos del subsuelo y los yacimientos de minerales e hidrocarburos, siendo que si son explotados por privados el Estado debe participar en las ganancias (art. 408).

Por su parte, la Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia estipula que la propiedad debe tener una función social y no debe ser contraria al interés colectivo (arts. 56, 393), prohíbe los monopolios y oligopolios en la producción y comercialización de bienes y servicios (art. 314) y en los medios de comunicación

6 El Pacto de Unidad, oficializado en septiembre de 2004, se integraba por las siguientes confederaciones de organizaciones indígenas y de trabajadores y trabajadoras: Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente de Bolivia (CIDOB), Asamblea del Pueblo Guaraní (APG), Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB), Federación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia «Bartolina Sisa» (FNMCIOS «BS»), Confederación de Pueblos Étnicos de Santa Cruz (CPESC), Movimiento Sin Tierra (MST), Asociación Nacional de Regantes y Sistemas Comunitarios de Agua Potable y Movimiento Cultural Afrodescendiente. A pesar de ciertas distancias con el MAS, el Pacto jugó un papel muy importante para que la Nueva Constitución Política fuese aprobada.

7 «¿Qué es un Estado Plurinacional?», en *El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado*. La Paz: Preview, 2010, p. 71.

8 Negri, A. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Traficante de Sueños, p. 17.

9 Clavero, B. (2007). *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Trotta.

10 Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 126-132; (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, p. 45-46.

(art.117) y rechaza el latifundio (art. 398b). La organización económica debe generar trabajo digno y contribuir a la reducción de la desigualdad y la pobreza, fortalecer la soberanía económica del país, impidiendo que la acumulación privada de poder económico haga peligrar esa soberanía (art. 312). En vistas a combatir la pobreza y la indigencia, la organización económica debe apuntar a una distribución justa de la riqueza y del excedente, aminorar las desigualdades en el acceso a los recursos productivos y reducir las desigualdades regionales (art. 313). Asimismo, el Estado debe promover las formas cooperativas sin fines de lucro (art. 310), priorizar la inversión boliviana frente a la extranjera, quedando ésta sometida a la jurisdicción, las leyes y autoridades bolivianas (art. 320). Además debe proteger a las organizaciones económicas campesinas, las asociaciones de pequeños productores urbanos y la producción artesanal con identidad cultural (art. 334). Por ello, deben gozar de preferencias en las compras que realice el Estado las pequeñas empresas y las organizaciones de pequeños productores (art. 334).

En términos generales el Estado debe intervenir en toda la cadena productiva de los sectores estratégicos y garantizar su abastecimiento para preservar la calidad de vida de los habitantes (art. 311), pero son más precisas las regulaciones sobre los recursos naturales.

Es así que el Estado asume el control de la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales, y si se asocia con privados, éstos deben reinvertir sus utilidades (art. 351). La gestión de estos recursos debe garantizar el control y la participación social (art. 351), y la explotación estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada (art. 352). La exploración, explotación, refinamiento, industrialización, transporte y comercialización de recursos naturales no renovables tienen el carácter de necesidad estatal y utilidad pública (art. 356), y se prohíbe la apropiación privada de los recursos hídricos (art. 357). Solo el Estado puede explotar y comercializar hidrocarburos (art. 359), y si empresas extranjeras participan en la cadena productiva se consideran inválidas las prórrogas de jurisdicción (art. 366). Finalmente, el Estado es responsable de las riquezas minerales y ejerce funciones de control sobre su cadena productiva (art. 369).

Por otra parte, es interesante revisar brevemente las disputas en torno al *buen vivir* o *vivir bien*, incluidos en los textos constitucionales de Ecuador y Bolivia, y que emplean tanto los oficialismos cuanto las oposiciones.¹¹ Desde los sectores gubernamentales, el *buen vivir* se asemeja al *Estado de bienestar* y a las políticas de distribución de excedentes. En el caso boliviano, el Plan de desarrollo económico y social en el marco del desarrollo integral para vivir bien (2016-2020) hace una lectura de los principales logros del período 2004-2016 y afirma que «se deben a la implementación del modelo económico social comunitario productivo, el cual promueve políticas de distribución y redistribución justa de la riqueza y de

11 Schavelzon, S. (2015). *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir*. Quito: Abya-Yala/Clacso, p. 24.

los excedentes económicos, buscando complementar el interés individual con el Vivir Bien colectivo».¹²

En Ecuador los documentos oficiales marcan un fuerte contraste entre las políticas neoliberales y las de redistribución y *buen vivir*: «tampoco la Revolución Ciudadana hizo caso a la «prudencia» de los anticuados neoliberales. Al contrario de lo que ellos siempre recomendaron (un Estado mínimo), nosotros hemos construido un Estado planificador y regulador. Los neoliberales mantuvieron la obsesión de las ganancias económicas, nosotros hemos dado preferencia a la distribución de los recursos. Ellos servían ciegamente al libre mercado, nosotros hemos hecho un mercado regulado que nos sirva sin oprimirnos. Para ellos, el crecimiento económico (el crecimiento de los números) era su fijación mental, para nosotros es vital el Buen Vivir».¹³ Bajo una matriz conceptual distinta, para varias organizaciones indígenas y opositoras el *buen vivir* implica un límite a la explotación de los bienes comunes de la naturaleza. Supone que la explotación de la naturaleza no puede compensarse con réditos económicos, sea que estos se giren al exterior —como sucedía con los gobiernos neoliberales— o que se redistribuyan en la población.¹⁴ Más allá de la disputa en torno al concepto, aquí me interesa remarcar que no solamente en las regulaciones explícitas sino también en el *buen vivir* o *vivir bien* estamos frente a una dimensión de regulación de los poderes económicos, sea para distribuir los excedentes de producción o para impedir ciertos patrones de producción.

b. El poder económico en las reformas constitucionales en Argentina

La potente novedad de los procesos de Ecuador y Bolivia que regularon el poder del capital concentrado, contrasta notablemente con la ausencia de estas cláusulas no solamente en la Constitución Nacional sino también en los proyectos de reforma. Si tenemos en cuenta el período 1990-2015, se presentaron en el Congreso de la Nación 72 proyectos tendientes a declarar la necesidad de la reforma constitucional: 4 en 1990,¹⁵ 7 en 1991,¹⁶ 5 en 1992,¹⁷ 16 en 1993,¹⁸ 1 en

12 Ministerio de Planificación del Desarrollo (2016). *Plan de desarrollo económico y social en el marco del desarrollo integral para vivir bien (2016-2020)*, p. 7.

13 Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (2016). *Buen vivir. Plan Nacional (2013-2017)*, Quito: SENPLADES, p. 15.

14 Gudynas, E. (2011). «Desarrollo, extractivismo y Buen Vivir», en *Más allá del desarrollo*, AA. VV. Quito: Abya-Yala-Fundación Luxemburgo.

15 Exptes. 0723-D-90, 2977-D-90, 3563-D-90, 4095-D-90.

16 Exptes. 1044-D-91, 1255-D-91, 1516-D-91, 5532-D-91, 5533-D-91, 6027-D-91, 6079-D-91.

17 Exptes. 0142-D-92, 0759-D-92, 1325-D-92, 5831-D-92, 1379-S-92.

18 Exptes. 0106-S-93, 0312-S-93, 0531-S-93, 2300-D-93, 3072-D-93, 3149-D-93, 3224-D-93, 3423-D-93, 4064-D-93, 4084-D-93, 4087-D-93, 4177-D-93, 4175-D-93, 4272-D-93, 4564-D-93.

1994,¹⁹ 1 en 1995,²⁰ 2 en 1997,²¹ 5 en 1998,²² 5 en 1999,²³ 3 en 2000,²⁴ 4 en 2001,²⁵ 12 en 2002,²⁶ 1 en 2003,²⁷ 1 en 2005,²⁸ 2 en 2008,²⁹ 1 en 2009,³⁰ 1 en 2010³¹ y 1 en 2015.³²

En 1993 y en 2002 se condensa una gran parte de los proyectos presentados: a) en 1993 porque se sancionó la ley 24309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional; b) los proyectos de 2002 deben enmarcarse en la grave crisis económica, política e institucional que detonó en diciembre de 2001 y culminó con la renuncia del presidente Fernando de la Rúa. Si tomamos estos dos *momentos constitucionales*, podemos destacar que de los dieciséis proyectos presentados en 1993 solamente cuatro mostraron la necesidad de limitar la concentración económica, siendo que dos de ellos incluyeron tibias referencias a los abusos de la concentración de poder en manos del capital privado,³³ y los dos restantes sí avanzaron en potentes limitaciones y regulaciones.³⁴ Por su parte, de los doce proyectos presentados en 2002 —momento en el cual la concentración económica mostraba los peores indicadores de desocupación y pobreza— solamente tres incluyeron restricciones al poder económico.³⁵ Finalmente, si tenemos en cuenta los restantes proyectos del período analizado, con muchos reparos pueden mencionarse dos: a) uno que propone incluir un seguro de desempleo —aunque no regula el poder económico—;³⁶ y b) otro que reproduce uno de los mencionados proyectos de 2002.³⁷ De esta manera, puede afirmarse que de setenta y dos proyectos solamente nueve incluyen algún tipo de regulación y limitación a la concentración de poder económico.

En los casos de Bolivia y Ecuador, los proyectos políticos que sirvieron de plataforma a las Asambleas Constituyentes tenían en sus programas de gobierno la limitación del poder económico, y por ello articularon cláusulas específicas en la Constitución. Ahora bien, en un registro más amplio podríamos retomar los criterios de Fraser y preguntarnos si es posible pensar en una *paridad de participación* sin limitar la concentración de poder económico. Finalmente, en un plano

19 Expte. 2158-D-94.

20 Expte. 1770-S-95.

21 Exptes. 1136-S-97, 2569-S-97.

22 Exptes. 0378-S-98, 1368-D-98, 2556-D-98, 3588-D-98, 7877-D-98.

23 Exptes. 0135-S-99, 0169-D-99, 0400-D-99, 0759-PE-99, 0812-D-99.

24 Exptes. 6484-D-00, 7686-D-00, 7836-D-00.

25 Exptes. 2963-D-01, 3502-D-01, 5987-D-01, 6450-D-01.

26 Exptes. 1238-S-02, 1459-S-02, 1485-S-02, 1521-S-02, 3112-D-02, 3207-D-02, 3423-D-02, 4253-D-02, 4262-D-02, 6771-D-02, 7264-D-02, 7406-D-02.

27 Expte. 3459-D-03.

28 Expte. 6389-D-05.

29 Exptes. 3293-S-08, 3631-D-08.

30 Expte. 1830-D-09.

31 Expte. 1432-D-10.

32 Expte. 5553-D-15.

33 Exptes. 106-S-1993 Y 4177-D-1993

34 Exptes. 4087-D-1993 Y 4175-D-1993.

35 Exptes. 4262-D-02, 6771-D-02 Y 7406-D-02.

36 Expte. 6450-D-01.

37 Expte. 5226-D-04.

todavía más general, si la misión del constitucionalismo es regular y limitar el poder, ¿por qué regular solamente el poder político? ¿Por qué no limitar la concentración del capital económico?

III. RACIONALIDAD SOCIAL DE LOS DERECHOS Y LITIGIO ESTRUCTURAL

a. Más allá de la exigibilidad de los DESC. Hacia una racionalidad social de los derechos

Durante el debate parlamentario de la ley 24309, diputados nacionales que formaban parte del recientemente creado Frente Grande, mostraron su preocupación por el contexto socioeconómico y por ello reclamaron la inclusión de DESC en el texto constitucional.³⁸ Buena parte de su reconocimiento se produjo por la jerarquía constitucional del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en el marco del avance neoliberal el litigio en materia de DESC se transformó en un dispositivo no de resistencia a las causas de la pobreza y la desigualdad pero sí de paliativo a situaciones angustiantes.

Si bien no profundizaré sobre este asunto, creo que la matriz conceptual sobre los DESC hay que revisarla. Si leemos la escasa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de DESC, observamos que se los define en relación al poder del Estado, pero no respecto de poderes no estatales.³⁹ Esta conceptualización también se lee en discursos más sofisticados como los de Robert Alexy, quien vincula los DESC al poder del Estado, pero no a los poderes no estatales.⁴⁰ En las conceptualizaciones clásicas «la constitución se configura como un sistema de meta-reglas destinadas a *todos los poderes públicos*

38 Álvarez, C. (1993). «Intervención en el debate del Proyecto 4223-D-1993 sobre Declaración de Necesidad de la Reforma de la Constitución Nacional», en *Diario de Sesiones*. Cámara de Diputados de la Nación, 33° Reunión –Sexta sesión ordinaria de prórroga (especial). Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, p. 4138; Fernández Meijide, G. (1993). «Intervención en el debate del Proyecto 4223-D-1993 sobre Declaración de Necesidad de la Reforma de la Constitución Nacional», en *Diario de Sesiones*. Cámara de Diputados de la Nación, 33° Reunión –Sexta sesión ordinaria de prórroga (especial). Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, p. 4241.

39 Véase un análisis de esta jurisprudencia en Benente, M. (2015). «La racionalidad de los derechos sociales. El sistema interamericano y el caso boliviano», en *Revista de Ciencias Sociales* 67, Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile.

40 Alexy define el derecho a prestaciones como el «derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado». Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 427. Las itálicas me pertenecen. Dentro de los derechos a prestaciones distingue entre derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto, pero tiene completamente naturalizado que las prestaciones las despliega el Estado puesto que en otro de sus trabajos los denomina «derecho a la acción positiva del Estado». Alexy, R. (2009). «Sobre los derechos constitucionales a prestación», en *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 50-51.

para garantizar los derechos»⁴¹ y, como correlato, a los DESC «corresponden obligaciones de prestación a cargo de los *poderes públicos*».⁴² De todas maneras, una de las misiones del constitucionalismo del futuro debería ser extender la garantía de los derechos «frente a todos los poderes, no solo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados».⁴³ Aunque creo que es importante discutir la relación entre las grandes corporaciones y la vulneración y realización de los DESC, por el momento resulta algo lejano y hay elementos más sencillos sobre los cuales avanzar en la reforma constitucional mendocina.

Uno de los primeros obstáculos para el reconocimiento judicial de los DESC fueron los argumentos que hicieron de ellos derechos no exigibles, meramente programáticos.⁴⁴ En esta línea se trazaron distintas oposiciones entre los DESC y los derechos civiles y políticos (DCYP) de corte liberal: a) diferencias generacionales que justificarían la exigibilidad de unos pero no de otros; b) oposición entre acciones positivas y omisiones del Estado; c) distinción entre derechos onerosos y no onerosos; d) diferencia entre derechos determinables e indeterminados. Dentro de estos argumentos quizás los que parezcan más potentes sean aquellos que indican que en la medida en que los DESC son derechos onerosos e implican acciones positivas por parte del Estado, y los DCYP no necesitan inversión y se garantizan con omisiones estatales, los segundos son exigibles y justiciables mientras que los primeros no. De todas maneras, es importante subrayar que los DCYP también implican inversiones—para llevar adelante las elecciones, para montar registros y burocracias judiciales y policiales que protejan la propiedad—y acciones positivas del Estado—por ejemplo, que licite licencias de radio y televisión para el ejercicio de la libertad de expresión. Por su parte, hay DESC que se pueden garantizar sin que ello implique inversión estatal—como la protección brindada por el derecho del trabajo—y también mediante omisiones—prescindiendo de realizar desalojos para garantizar el derecho a la vivienda.

Los DESC y los DCYP suponen un conjunto de acciones negativas y positivas por parte del Estado, muchas de las cuales exigen inversión de dinero.⁴⁵ Como no hay razones para afirmar lo contrario, la nueva Constitución de Mendoza debería enfatizar el carácter exigible de los DESC, pero me parece que hay que avanzar un poco más. Si las distinciones entre DESC y DCYP no resultan pertinentes a largo plazo, deberíamos avanzar en una demarcación entre «derechos socializados y derechos privatizados, o sea, entre derechos generalizables y

41 Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México DF: Fontamarrá, p. 207-208. Las *itálicas* me pertenecen.

42 Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia I*. Madrid: Trotta, p. 187.

43 Ferrajoli, L. (2013). «La democracia constitucional», en *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, p. 35.

44 La jurisprudencia actual de la CSJN se aproxima al supuesto carácter programático de los DESC, puesto que declara que su operatividad «tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo». CSJN, «Q. C., s. y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo», considerando 11.

45 Abramovich, V., Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, p. 24-25.

privilegios excluyentes».⁴⁶ Construir una nueva conceptualización puede ser engorroso en el marco de una inminente reforma constitucional, pero con menos pretensiones sospecho que es posible revisar el carácter social y/o liberal de los derechos. Al menos en un registro conceptual entiendo que no hay algo así como derechos «liberales» o «sociales» sino que los derechos pueden regularse bajo una *racionalidad* «liberal» o «social». Por ejemplo, el acceso a la vivienda digna puede regularse bajo una lógica de mercado, bajo una matriz liberal que suponga que es el mercado el que distribuye su acceso, o bajo una racionalidad social que implica justamente desmercantilizar su acceso. De esta manera, la apuesta debe ser atravesar todo el catálogo de derechos bajo una *racionalidad social*,⁴⁷ y por ello es importante que los que clásicamente se tienen como DCYP se declaren bajo esta *racionalidad*; por ejemplo, si se reconoce el derecho de propiedad debe remarcarse su función social. Declarar todos los derechos bajo una *racionalidad social* creo que es lo que impide que ciertos derechos—de propiedad, de comerciar—se transformen en obstáculos para lograr una *paridad participativa*.

b. Racionalidad social y litigio estructural

Las declaraciones de derechos, sea que se realicen bajo una *racionalidad* liberal o social, tienen un importante valor simbólico puesto que la ciudadanía y las clases populares pueden adoptar el discurso de los derechos para poner en la agenda pública sus demandas y para enjuiciar críticamente a las autoridades.⁴⁸ Pero además poseen un gran impacto institucional y, en definitiva, es el Poder Judicial el que recibirá las demandas. De esta manera, no se puede avanzar en una *racionalidad social* de los derechos manteniendo una matriz liberal e individualista en las instituciones judiciales. No es posible proponer una *racionalidad social* de los derechos si los conflictos estructurales y colectivos se resuelven bajo el formato de los pleitos individuales. Es por ello que me parece que la *racionalidad social* de los derechos debe estar acompañada de un diseño institucional que permita resolver los litigios en términos estructurales.

La resolución estructural supone un modelo atravesado por: a) lógicas de negociación y mesas de trabajo entre las partes, damnificados y responsables que no sean estrictamente partes; b) un carácter continuado y dinámico de la intervención judicial que en lugar de buscar una única sentencia apele a decisiones provisionales y revisables; c) un cuidado por la transparencia en la negociación y en las resoluciones.⁴⁹

46 Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, p. 77.

47 Ewald, F. (1985). «A concept of social law», en Teubner, G. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Nueva York: De Gruyter.

48 Lefort, C. (2004). «Los derechos humanos y el Estado de Bienestar», en *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*. Barcelona: Anthropos.

49 Sabell, C., Simon, W. ««Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds». *Harvard Law Review* 117, 2004, p. 1067-1072.

Si bien la temática del litigio estructural suele asociarse a los DESC, también podemos encontrar litigios estructurales sobre DCYP,⁵⁰ pero se trata de dar un paso adelante y mostrar la estrecha vinculación que debería existir entre derechos articulados bajo una *racionalidad social* y su resolución en términos remediables y estructurales. Si tomamos el derecho a la vivienda digna, cabe destacar que luego de sentar jurisprudencia en el famoso «Q. C., S. Y»,⁵¹ la CSJN resolvió otros veintinueve casos distribuidos en tres sentencias: junto con «A. R., E. M»⁵² se resolvieron seis causas;⁵³ con el caso «Accietto, Beatriz Rosa»⁵⁴ se resolvieron doce,⁵⁵ y la última fue «Silva Bailón, Melissa P.».⁵⁶ En todos los pronunciamientos existió una remisión a «Q. C., S. Y» porque se consideró que se trataba de situaciones análogas, y se agruparon varias causas dentro de una misma sentencia; pero, incluso advirtiendo estas similitudes, en ningún momento el tribunal construyó una solución estructural. A la Corte llegó una multiplicidad de expedientes individuales planteando déficits en el acceso a la vivienda digna, los magistrados entendieron que se trataba de casos a los que había que brindarle una idéntica solución, pero en lugar de proponer un remedio estructural, optaron por decisiones individuales e individualistas.

La resolución de litigios sobre derechos articulados bajo una *racionalidad social* debería focalizarse en las causas estructurales que las matrices liberales solapan y luego presentan en términos individuales. Es este tipo de resoluciones el que mejor garantiza la *paridad participativa*, puesto que es el que resuelve de modo más apropiado las desigualdades materiales estructurales y el que permite una mayor pluralidad de voces en la construcción de la sentencia.

IV. NOTAS FINALES

Me parece que en estos *momentos constitucionales* que atraviesa la provincia de Mendoza, es importante *politizar* la discusión y revisar los objetivos de gobierno que se desean traducir en instituciones y catálogos de derechos. En este trabajo, mi intención ha sido pensar algunos aspectos de la reforma a la luz del criterio de *paridad participativa*, y creo que desde esta perspectiva es urgente delinear ciertas

50 Puga, M. (2013). «Litigio estructural». Tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 169.

51 CSJN, «Q.C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo».

52 CSJN, «A.R., E.M», 11/12/2012, A.294.XLVII.

53 «Flores Rosa L.», F.59.XLVII; «F., R.V.», F.243.XLVII; «F., R.V.», F.244.XLVII; «G., R. N.», G.29.XLVII; «G., R.N.», G.28.XLVII; «Nicoli, Juan C.», N.69.XLVII.

54 CSJN, «Accietto, Beatriz Rosa», 11/12/2013, A.216.XLVII.

55 «B., V.G.», B.550.XLVII; «B., V.G.», B.546.XLVII; «Bernstein, Miriam G.», B. 58.XLVII; «Castillo, Eduardo B.», C. 593.XLVII; «C.M., J.R.», C.1018.XLVII; «C.M., J.R.», C.1019.XLVII; «Corellano, Pilar J.», C. 177.XLVII; «D., E.», D.153.XLVII; «Lizunova, Tatiana», L. 10.XLVII; «Robledo, Antonio Víctor», R.354.XLVII; «Robles, Carlos A.», R.225.XLVII; «Sánchez, Stella M.», S.247.XLVII.

56 CSJN, «Silva Bailón, Melissa P.», 16/04/2013, S. 682.XLVIII.

limitaciones al poder económico y repensar la estructura de todos los derechos bajo una *racionalidad social*, algo que debe ir acompañado de un Poder Judicial capaz de resolver los litigios en términos estructurales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- ALBERDI, J. B. (1915). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: La Cultura Argentina.
- ALEX Y, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2009). Sobre los derechos constitucionales a prestación. En *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- BENENTE, M. (2015). La racionalidad de los derechos sociales. El sistema interamericano y el caso boliviano. *Revista de Ciencias Sociales* 67. Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile.
- Bolivia, Ministerio de Planificación del Desarrollo (2016). *Plan de desarrollo económico y social en el marco del desarrollo integral para vivir bien (2016-2020)*.
- Bolivia, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (2016). *Buen vivir. Plan Nacional (2013-2017)*.
- CLAVERO, B. (2007). *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Trotta.
- EWALD, F. (1985). A concept of social law. En Teubner, G. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Nueva York: De Gruyter.
- FERRAJOLI, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México DF: Fontamarrá.
- (2007). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia I*. Madrid: Trotta.
- (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- (2013). La democracia constitucional. En *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- FRASER, N. (1990). «Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy». *Social Text* 25/26.
- (2003). Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. En Fraser, N. y Honnet, A. *Redistribution or Recognition*. Nueva York: Verso.
- (2010). *Scales of Justice*. Nueva York: Columbia University Press.
- GUDYNAS, E. (2011). Desarrollo, extractivismo y Buen Vivir. En AA. VV. *Más allá del desarrollo*. Quito: Abya-Yala-Fundación Luxemburgo.

- LEFORT, C. (2004). Los derechos humanos y el Estado de Bienestar. En *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*. Barcelona: Anthropos.
- MORALES AYMA, E. (2012). Palabras del Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Evo Morales Ayma, en la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado. En *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional.
- NEGRI, A. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Traficante de Sueños.
- PISARELLO, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- PUGA, M. (2013). Litigio estructural. Tesis doctoral sin publicar. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- SABEL, C. y Simon, W. (2004). Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review* 117.
- SCHAVELZON, S. (2015). *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir*. Quito: Abya-Yala/Clacso.

5

Reforma constitucional de la Provincia de Mendoza. Propuestas para el Poder Legislativo

Gustavo Castiñeira de Dios

I. INTRODUCCIÓN. ALCANCE Y SENTIDO DE LA DEMOCRACIA¹

Resulta fundamental, cuando se habla del diseño del poder político, encuadrarnos filosóficamente en alguna postura determinada.

Este «blanqueo» ideológico nos posiciona y define, por lo que es condición previa –honestidad intelectual– aclarar desde dónde partimos cuando proponemos o sugerimos explícitas modificaciones.

No existe nada más importante en nuestro sistema que especificar nuestra idea de «democracia» ya que coincidimos con Maritain cuando menciona la ambigüedad del término democracia y afirma que «La palabra democracia ha dado lugar a tantas confusiones y malentendidos que, a veces, parecería deseable encontrar una palabra nueva para designar el ideal de una comunidad de hombres libres».²

1 Castiñeira de Dios, Gustavo (2004). *Democracia, Legitimación y Crisis. Influencias Legitimadoras de las formas semidirectas de Democracia*. Mendoza: Ed. Universidad del Aconcagua, p. 82-133.

2 Maritain, Jacques (1943). *Los derechos del hombre –y la Ley Natural–*. Bs. As.: Biblioteca Nueva, p. 80. En la misma concepción se enrola, entre otros, Robert A. Dahl, quien indica que no hay «una» teoría de democracia, sino que existen «teorías democráticas», analizando distintas teorías al

Por ello, resulta necesario precisar los conceptos utilizados en este trabajo, atendiendo a la ambigüedad de los mismos, con el fin de evitar confusiones (*v. gr.* No es lo mismo un órgano deliberativo en nuestro sistema político-constitucional que la «Asamblea Constituyente» recientemente elegida en Venezuela por escaso número de votantes, en medio de convulsiones, persecuciones y proscripciones políticas).

La célebre síntesis de Lincoln efectuada después de la batalla de Gettysburg como «Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo», sigue teniendo actualidad y puede ser utilizada como referencia válida de este sistema, aunque reconocemos que es incompleta y que necesariamente debe ser profundizada en sus elementos esenciales.

En principio, la democracia puede ser entendida como sustancia (soberanía popular), como plexo de valores (axiológicamente) o como procedimiento (mecanismo para elegir a los representantes y gobernar). Este último concepto supone la existencia de libertad en el debate político, el asegurar elecciones libres, con partidos políticos plurales, Poder Legislativo (con representación de las minorías) y demás instituciones vigorosas. Para Bobbio la democracia es «... un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados».³

Insiste Bobbio en que «... la única manera de entenderse, cuando se habla de democracia,... es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos».⁴

Para Jiménez de Parga es «...el régimen político en el que se alcanza la identificación entre gobernantes y gobernados».⁵

Coincidimos con Ramella cuando afirma que «La libertad y la igualdad son los elementos característicos de la democracia. Hay democracia donde mandan los hombres libres».⁶

Por nuestra parte—sin perjuicio de un desarrollo más completo al que hacemos referencia en la obra citada—,⁷ entendemos a la democracia como el régimen político que parte de la concepción del hombre libre e igual y que le reconoce la capacidad de decidir su propio destino individual y común, mediante la búsqueda del bienestar general, a través de la conjunción y equilibrio de los valores de: gobierno por decisiones de la mayoría, defensa de la minoría, búsqueda de

respecto. Dahl, Robert A. (1987). *Un prefacio a la teoría democrática* (A Preface to Democratic Theory, trad. de José Luis González, 1ª ed. en inglés 1956), México: Gernika s. A., p. 10.

3 Bobbio, Norberto (1976). *¿Qué Socialismo?* Barcelona: Plaza y Janés Editores, p. 128; (1984). *El futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 9. Sostiene que tales reglas deben ser: a) voto universal, b) igual, c) libre, d) gobierno de la mayoría numérica, e) respeto y defensa de la minoría, ob. cit., 1976, p. 84.

4 Bobbio, N., ob. cit., 1976, p. 14.

5 Jiménez de Parga, Manuel (1971). *Los regímenes políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos, p. 7

6 Ramella, Pablo (1993). *La estructura del Estado*. Bs. As.: Editorial Depalma, 2ª ed., p. 167.

7 Castiñeira de Dios, G., ob. cit.

consenso, respeto al disenso, tolerancia, no discriminación, integración social, pluralismo, solidaridad y defensa de los derechos humanos.

Por otra parte, Touraine indica que en la actualidad coexisten tres tipos de democracia con los mismos elementos constitutivos, pero dan más importancia a alguna dimensión.⁸

Más allá de reconocer la existencia de distintos tipos, grados o niveles de democracia en el mundo, reafirmamos que es el régimen que por antonomasia se opone al totalitarismo y al autoritarismo, permitiéndonos reconocer y priorizar el humanismo, mitigando las particularidades nacionales y culturales, recreando una identidad humana afín, con estabilidad social, lo cual nos aleja del riesgo totalitario.⁹

Por su parte, Robert Dahl indica que, entre varias maneras posibles de concebir la democracia, podemos mencionar la misma como un «ideal o sistema teórico» (tal vez en el límite extremo de las posibilidades humanas o incluso más allá), cuyo proceso ideal debería satisfacer ciertos criterios.¹⁰

Sin embargo, la dificultad que estriba en precisar los alcances y contenidos del término «democracia» produjo una vieja distinción, efectuada en la doctrina nacional, entre democracia como «forma de gobierno» y democracia como

8 a) EE.UU.: Control de Constitución para defensa de libertades, crea conciencia de pertenencia en la población con base al principio de igualdad de oportunidades –democracia constitucional–. b) Sistema Inglés: limitación de poderes del Estado y reconocimiento de derechos fundamentales, importancia a representación de intereses, teoría utilitarista y cuerpos intermedios –democracia liberal–. c) Francés: representación social que defiende intereses populares –democracia conflictiva–. Touraine, Alain (1995). ¿Qué es la Democracia? Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica, p. 45.

9 Hannah Arendt distingue seis caracteres principales del totalitarismo: 1) Destrucción de redes de comunicación (sociedad atomizada). Sin interés común; apatía, sensación de desamparo; este carácter es causa y consecuencia del totalitarismo; 2) estructuración de los movimientos de masa «en cebolla». El líder está en el centro y la sociedad tiene varias capas, con confusión de jerarquías (incertidumbre) y multitud de correas de transmisión (partido, policía secreta, propaganda ideológica, etc.); 3) tendencia a la modificación de la naturaleza humana y la historia pasada (todo es posible: exterminio, experimentación humana, etc.), se ajustan los hechos y la historia según la conveniencia; 4) naturaleza ideológica (es fundamento del régimen); 5) movilización continua del pueblo (estado de revolución permanente); 6) irracional: considera que los hombres son «superfluos»; además desprecia la racionalidad económica, es «el mundo al revés». *Los orígenes del totalitarismo* (1974), trad. de G. Solana, Madrid: Taurus, p. 560.

10 1. Igualdad en la votación: debe tomarse igualmente en cuenta para determinar la solución final; 2. Participación efectiva: en el proceso de toma de decisiones (incluyendo la etapa de plantear problemas en el programa), cada ciudadano debería tener oportunidades adecuadas para expresar sus preferencias; 3. Comprensión ilustrada: cada ciudadano debería tener oportunidades adecuadas e iguales para conformar su juicio relacionado con el resultado para él más deseable; 4. Control final sobre el programa: «el cuerpo de ciudadanos debería tener la autoridad exclusiva para determinar qué cuestiones se deciden o no, a través de procesos que satisfagan los tres primeros criterios». (En otras palabras, siempre y cuando el demos no enajene su control final sobre el programa, puede delegar la autoridad a otros que pueden tomar decisiones mediante procesos no democráticos); 5. Inclusión: el demos debería incluir a todos los adultos sujetos a sus leyes, excepto a los que están de paso; Dahl, Robert A. (1981). Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control. México, D.F.: Alianza Editorial, p. 17.

«forma de Estado», a la que incluiremos nuestra posición de entenderla como un «régimen o sistema político».¹¹

a. Democracia como forma de gobierno¹²

Por «forma de gobierno» nos referimos a los mecanismos o maneras con que se conforma el gobierno, cuántos gobiernan, cómo se elige a los gobernantes, la extensión de sus mandatos, funciones y límites de los órganos respectivos. Se refiere a la organización, titulares y relaciones del poder en el gobierno.¹³

Mario Justo López entiende que las «formas de gobierno» son los distintos métodos de producción del orden jurídico, configurando la denominada «voluntad de Estado».¹⁴

Cuando nos referimos a la democracia como forma de gobierno, nos encontramos frente a la denominada «democracia procedimental». Constituye un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones y mediante qué procedimientos.

En esta clase de democracia, la elección libre (a intervalos regulares) de los gobernantes por los gobernados, con libertad de debate político, constituye el límite mínimo del análisis democrático.

Alain Touraine entiende que la idea francesa de «soberanía popular» subordinaba a los actores políticos a las necesidades de la sociedad-nación-pueblo. Afirma que «la nación» no es un ser colectivo, sino la expresión de una voluntad de organización racional. Indica que esta soberanía no tiene límites –por cuanto parecería unificar la sociedad civil y la sociedad política con el Estado–, por lo que se acercaría a la libertad de los antiguos.¹⁵

En similar sentido, existen autores que sostienen que dentro del estado constitucional no hay soberano. El pueblo al ejercer el poder constituyente es soberano, pero es anterior o deroga al estado constitucional, es decir, que no está dentro del mismo. En el estado constitucional no se puede hablar de «soberanía» sino de «competencias».¹⁶

11 Jorge Xifra Heras nos dice que «... la forma es el principio diferenciador –determinante y constructivo– que hace surgir medida, orden, sentido y finalidad a las cosas». *Formas y fuerzas políticas* (1958). Barcelona: Bosch.

12 A mayor abundamiento, v. Castiñeira de Dios, G., ob. cit.

13 De las clásicas divisiones de formas de gobierno podemos destacar: Aristóteles: a) monarquía # tiranía, b) aristocracia # oligarquía, c) democracia (para algunos politeia) # demagogia (democracia). Maquiavelo: a) monarquía (gobierno de uno), república (aristocrática o democrática). Montesquieu: a) monarquía (honor), b) república (virtud de amor a la patria), c) despotismo (temor). Kelsen: a) autocracia (los destinatarios del ordenamiento jurídico no participan de su creación), democracia (los destinatarios del ordenamiento jurídico sí participan de su creación).

14 López, Mario Justo, ob. cit. «Kelsen y la Teoría del Estado», en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1981, p. 67-184.

15 Touraine, Alain, ob. cit., p. 121: «La voluntad general y la razón son una única y misma afirmación».

16 Heller afirma que «Soberanía es la capacidad jurídica y fáctica de decidir cualquier conflicto que altera la unidad de la colaboración social en un territorio dado, en caso necesario aun en contra del derecho positivo». Sin embargo, Kriele critica este concepto, puesto que sostiene que no

Al respecto, es dable mencionar que «soberanía» hace referencia a la imposición del poder estatal, mientras que «legitimación» o «legitimidad», a su justificación; la soberanía del Estado depende de su legitimidad, y la legitimidad fundamenta su soberanía, le da «cohesión interna» al Estado, justifica la obligatoriedad de sus decisiones, es la condición del Estado.¹⁷

Por su parte, Strasser conceptualiza la soberanía del pueblo diciendo que se da cuando «la titularidad del dominio político se atribuye al pueblo y no reconoce superiores ni tampoco límites: es absoluta».¹⁸

Esta idea de Estado se confunde a veces con la de «gobierno» y «pueblo». En consecuencia, la denominada «Teoría del Estado» es necesaria para explicar el sistema político, por sus mensajes sobre democracia, concepción del mundo, la justicia, la libertad, la representación, los partidos políticos y el desenmascaramiento de las ideologías.¹⁹

Por otra parte, Maritain afirma que «Un estado de civilización en el cual los hombres,... designan por libre elección a los encargados de la autoridad, es de por sí un estado más perfecto. Pues si es verdad que la autoridad política tiene por función esencial la de dirigir hombres libres hacia el bien común, es normal que esos hombres libres escojan por sí mismos a quienes tendrán la función de dirigirlos...».²⁰

La condición de «hombres libres» es lo que le da valor a la decisión de los mismos, por lo cual la elección de su forma de vida y gobierno es una consecuencia de tal aspecto. El respeto a la decisión de los hombres como integrantes de comunidades organizadas, con el consecuente acatamiento a sus disposiciones, desemboca necesariamente en una democracia.

Por ello, manifestamos que la democracia nace de la necesidad de libertad, justicia y dignidad humana; es un estilo de vida.²¹

Sagües –analizando el término soberanía– afirma que la delegación de poderes del pueblo en los representantes es un simple mandato, puesto que, al no ser perpetua, aquél mantiene su soberanía.²²

Esta es la posición sustentada por la denominada Escuela Española (Francisco Suárez, Francisco de Vitoria, etc.), quienes sostenían que el sujeto de la soberanía es el pueblo (que la trasladaba al rey), limitada únicamente por el Bien Común.

Creemos con Maritain que los representantes

hay capacidad jurídica en contra del derecho positivo. Así también lo entiende Kelsen cuando afirma que existe identificación absoluta y total entre el Estado y el Derecho. Kriele, Martín (1980). *Introducción a la Teoría del Estado*. Parte Primera, Caps. 1 y 2, Parte Segunda, Cap. 1. Bs. As.: Ed. Depalma.

17 Kriele, Martín, ob. cit., ibid.

18 Strasser, Carlos (1995). *Democracia III – La última democracia*. Bs. As.: Ed. Sudamericana, Univ. de San Andrés, p. 29.

19 García Calvo, Agustín (1977). *Qué es el Estado*. Barcelona: La Gaya Ciencia S.A., 77 p.

20 Maritain, Jacques (1943). *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*. Bs. As.: Ed. Biblioteca Nueva, Trad. de Alfredo Welss y Héctor F. Miri, p. 121.

21 Milone, Jorge E. (1984). *La democracia en Occidente*. Bs.As.: Az Editora, 175 p.

22 Sagües, Néstor (1978). *Jean Bodin y la Escuela Española*. Rosario: Instituto de Derecho y Ciencias Sociales, p. 67.

...son una imagen activa y vital del pueblo, no una imagen muerta. Tal imagen es una persona humana dotada de razón, de libre decisión y de responsabilidad. No pueden ejercer la autoridad vicaria de la cual están adornados, sino como personas humanas y como agentes libres, cuya conciencia personal está comprometida con el ejercicio de su misión.²³

Los mismos –representantes– «...tienen realmente el derecho a mandar y ser obedecidos», toman sus decisiones «...conforme a los dictados de su conciencia, a las leyes de la ética política, al juicio de su virtud de prudencia política... y conforme a lo que ven como exigencia del bien común, aun al precio de disgustar al pueblo».²⁴

Este hecho no implica independencia de los representantes con respecto a los representados, puesto que deben rendir cuentas a los mismos, pudiendo su gestión ser supervisada y controlada por el pueblo.

Los representantes

... no pueden gobernar separados del pueblo,... sino unidos a él, por cuanto son esencialmente sus delegados. El fundamento de lo dicho radica en el hecho que la autoridad del representante no es otra que la del pueblo, de la cual participan en forma vicaria.²⁵

El rol legitimador de la representatividad se produce por cuanto la misma permite articular las múltiples facetas de una sociedad, posibilitándole actuar como una unidad, como pueblo, por lo cual se constituye en base al equilibrio social y a la estabilidad política, generando por su propia ontología obediencia legítima.

b. Democracia como forma de Estado

En esta concepción se estaría poniendo el acento en el fundamento del poder que se ejerce en el Estado y en las bases político-sociales sobre las que se apoya la autoridad de los gobernantes.²⁶ Se refiere al Estado mismo en cuanto a estructura u organización política.²⁷

Bidart Campos –que asimila la forma de estado al régimen político– reivindica la democracia como forma de Estado, afirmando que «... es la forma del Estado

23 Gallagher, Donald e Idella (1974) *Lecturas escogidas de Jacques Maritain*. Valparaíso: Ediciones Nueva Universidad, p. 220.

24 Gallagher, *ibid*.

25 Gallagher, *ibid*.

26 Conforme la concepción de Jorge Xifra Heras, *ob. cit.*, p. 132-33.

27 Bobbio afirma que la tipología histórica de formas de Estado distingue: Estado feudal, Estado estamental, Estado absoluto y Estado representativo (*ob. cit.*, p. 158-60), mientras que los tipos según la extensión del Estado son: totalitario (toda la sociedad está resuelta en el Estado); No-Estado; Estado mínimo y Estado máximo (*ob. cit.*, p. 169-176). Xifra Heras agrega: conforme el proceso histórico: patrimonial, policial (gendarme), de Derecho, social, etc., (*ob. cit.*, p. 133). Nosotros preferimos la clásica distinción que compara la relación del «poder» con los elementos de «población» (de la que surgen las formas de totalitarismo, autoritarismo y democracia), y con el «territorio» (unitarismo, federalismo y confederación).

(o de organización política) que se basa en la dignidad y la libertad de la persona humana, y que reconoce y tutela (...promueve) los derechos personales».²⁸

Creemos con Strasser que «La democracia existe a partir de un umbral. Hay, entonces, grados de realización de la democracia, y de cada tipo de democracia, de menor a mayor».²⁹

Como indicáramos anteriormente, la democracia en forma sustantiva, o la esencia de lo democrático, implica el reconocimiento de la dignidad, igualdad y libertad humana.

Resulta incongruente pensar en la existencia de «valores o principios democráticos» (acatamiento de las decisiones de la mayoría, respeto y defensa de las minorías, tolerancia, no discriminación, pluralismo, solidaridad), sin la existencia de un gobierno designado y controlado por el pueblo.

La democracia procedimental (como forma de gobierno) es un presupuesto infaltable para la existencia de la democracia como plexo de valores (forma de Estado).

Milone afirma categóricamente que «La carencia de fe en la democracia es el acabado paradigma de la sociedad, cuya única preocupación consiste en prometer un paraíso al ser humano siempre y cuando aquel permita que se le ampute su natural derecho a la libertad».³⁰

En consecuencia, afirmamos que puede llegar a existir un Estado con un gobierno surgido democráticamente, que no tenga valores democráticos, pero no es viable la existencia de valores democráticos sin un gobierno elegido democráticamente.

c. Democracia como régimen o sistema político

Por nuestra parte, sostenemos que la democracia puede ser observada como régimen político o como un sistema político.

Régimen político, entendido éste como el «conjunto de reglas y de condiciones, explícitas o no, que determina tanto las formas y canales de acceso a las principales posiciones gubernativas, como los actores admitidos o excluidos y sus estrategias».³¹

Xifra Heras nos dice que régimen político es «... el conjunto de fuerzas políticas y de fines que realizan e inspiran el complejo normativo del Estado». En el concepto de régimen hay que «...englobar tanto el modo de ejercicio del poder como la ideología político-social que encarna...»; es decir, el aspecto formal

28 Bidart Campos, Germán (1961). *Doctrina del Estado Democrático*. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 201-210; «Dikelogía de la legitimidad en el Derecho Constitucional», en *La Constitución de frente a su reforma* (1987). Bs. As.: Ed. Ediar, p. 89. En igual sentido, *Manual de la Constitución Reformada* (1998). Bs. As.: Ed. Ediar, t. I, p. 430.

29 Strasser, Carlos, ob. cit., p. 135.

30 Milone, ob. cit., p. 36.

31 Requejo Coll, Ferrán (1994). *Las Democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*. Barcelona: Ariel, p. 221.

(engranajes constitucionales) como el material (principios programáticos) de la sociedad política.³²

Las formas de gobierno exteriorizan las modalidades del acceso y del ejercicio del poder, mientras que el concepto de régimen político rebasa la estructura jurídico-constitucional y alcanza a la «razón de ser» y «los fines» (principios político-sociales) de la organización política determinada.

Como forma de Estado, seguimos analizando únicamente la esfera de lo público. Es más amplio que como forma de gobierno porque esta última analiza primordialmente el acceso del poder, no su ejercicio ni el fin del mismo, pero es más restringida en cuanto desconoce la diversidad de las relaciones humanas.

Al respecto, Touraine indica que «la democracia es el régimen que reconoce a los individuos y a las colectividades como sujetos», es decir, que los protege y los estimula en su voluntad de «vivir su vida», de dar unidad y un sentido a su experiencia vivida. Combina la libertad «positiva» y la libertad «negativa»; la democracia es adversaria de todo recurso a la totalidad.³³

La distinción entre las esferas de libertades privadas, públicas y políticas del individuo, es necesaria para afirmar que la democracia es un régimen político.

En consecuencia, podemos afirmar que si bien la idea de derechos del hombre es neutra respecto al orden político y a la organización política, la democracia es el régimen político que protege mejor los derechos del hombre, a punto tal que estos son imprescindibles para su existencia. Los derechos del hombre son condicionantes de los derechos políticos, pero no de la política misma. No permiten, por sí solos, fundar una sociedad justa, equitativa, solidaria y libre. Sin embargo, son un factor de legitimidad de las democracias.

Por ello, la idea de «sistema» es más amplia aún que la de «régimen», pues abarca no solo los aspectos relacionados con el Estado o el poder político, sino incluso con la misma base social que lo sustenta y las relaciones existentes entre los particulares que la conforman.

Esta concepción pareciera ser la adoptada por la reforma de la Constitución de 1994, cuando en su artículo 36 —defensa de la democracia— indica: «Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático...».³⁴

32 Xifra Heras, Jorge, ob. cit., p. 126 y 149. La clasificación típica de regímenes políticos es la que distingue entre «autocracia» y «democracia», ob. cit., p. 150.

33 Touraine, Alain, ob. cit., p. 274-77. El autor recuerda a las víctimas del totalitarismo de Budapest y de Pozhan en 1956, de Praga de 1968 y de Polonia de 1981, de Franco y de Pinochet, e indica que la ruta de la democracia está tan distante de la de la revolución como lo está de las dictaduras. Por el contrario, el totalitarismo—como bien lo ha indicado Hannah Arendt—«lucha por la dominación total de la población total de la tierra, la eliminación de toda realidad no totalitaria en competencia, es inherente a los mismos orígenes del totalitarismo; si no persiguen como objetivo último una dominación global, lo más probable es que pierdan todo tipo de poder que hayan conquistado». «Incluso un solo individuo no puede ser absoluta y finalmente dominado más que bajo condiciones totalitarias globales»; «...todos los hombres se transforman en un hombre», Arendt, Hannah (1974). *Los orígenes del totalitarismo* (trad. de Guillermo Solana). Madrid: Taurus, p. 482.

34 En igual sentido, v. Zarini, Helio Juan (1996). *Constitución Argentina, comentada y concordada*.

Para caracterizar un sistema político (p. ej., democracia liberal) hay que observar una serie de «condiciones» (fácticas y de procedimiento) existentes entre los «principios, valores y objetivos básicos» y la «realidad empírica».³⁵

En tal sentido, indicamos que el «sistema político» –en su integridad dinámica– es una noción abierta, retroalimentada, conectada con el «ambiente», intrasocial y extrasocial.³⁶

Touraine considera a la democracia como un tipo de

sistema político que se define por las relaciones entre individuos, la organización social y el poder político y no solamente por unas instituciones y unos modos de funcionamiento. Implica la necesaria conjugación de tres elementos: limitación del poder del Estado, la ciudadanía y la representación de los intereses sociales.³⁷

Estos elementos o componentes de la democracia deben ser independientes y conjugarse en equilibrio. Por ello, el autor citado resalta el peligro de la falta de independencia de los mismos o el avance de cualquiera de estos sobre los otros.³⁸

Bobbio menciona al «sistema político» como el conjunto de las relaciones de interdependencia entre los diversos entes que juntos contribuyen a desempeñar la función de mediación de los conflictos, de cohesión del grupo y defensa frente a otros grupos.³⁹

En consecuencia, la democracia no puede ser reducida a unos procedimientos y ni siquiera a unas instituciones; es una fuerza social y política que se empeña en transformar el Estado de Derecho –y la sociedad misma– en un sentido que corresponda a los intereses de la comunidad en su conjunto, en equilibrio con la de los individuos que la conforman.

La idea de «sistema» es más amplia que la mera de Estado de Derecho. Sin embargo, pensamos que estos conceptos se retroalimentan y reflejan mutuamente. El Estado de Derecho responde a dos elementos sustanciales: juridicidad y democracia, entendida esta última como estilo de vida (democracia como contenido); o sea, una exigencia de pautas éticas y políticas que abarquen toda la actividad de la sociedad organizada.⁴⁰

Bs. As.: Astrea, p. 151 (comentario al art. 36).

35 Requejo Coll, Ferrán, ob. cit., p. 206.

36 López, Mario Justo (1971). *Introducción a los Estudios Políticos*. Bs. As.: Depalma.

37 Touraine, Alain, ob. cit., p. 112 y 133.

38 En caso de que avance el Estado sobre los otros componentes, se corre el peligro de llegar al totalitarismo. Si el que avanza es el actor político, el peligro es el auge de la corrupción o manipulación de actores civiles (sindicatos, uniones vecinales, etc.). Touraine, Alain, ob. cit., p. 142-43.

39 Bobbio, ob. cit., 1994, p. 154.

40 Para garantizar el concepto moderno de libertad individual, es necesaria la «regulación legal del poder» y la «libertad política negativa» (bases del Estado liberal de derecho). Este carácter limitador del poder que implica la «libertad negativa» debe ser preservado aun por sobre otros valores como igualdad o participación, y solo es posible a través de la regulación jurídica-normativa. En los países con crecimiento autoalimentado se reivindican más los derechos individuales (libertad negativa). En los países en desarrollo, por el contrario, se reivindican más los derechos comunitarios. En los primeros libertad (individual), en los segundos liberación. En ambos casos hay democracia –si se combina equilibradamente lo individual con lo social– buscando limitar el poder. Lo uno sin lo otro, afecta la idea democrática.

Dentro de este concepto axiológico y sistémico entendemos a la democracia, a la cual se llega a través del principio de la libertad e igualdad política y del reconocimiento de los derechos humanos, que implica necesariamente la participación popular en el manejo de la cosa pública, pero que se extiende a las interacciones propias del conjunto social.

Coincidimos con Bobbio en su afirmación de que la expansión del proceso de democratización es un fenómeno cultural, que consiste no tanto en el paso de la democracia representativa a la democracia directa, sino en el paso de la democracia política –en sentido estricto– a la democracia social, a la sociedad civil en sus diversas articulaciones (desde la escuela hasta la fábrica, es el paso de la democratización del Estado a la democratización de la sociedad con sus diversidades y pluralismo).⁴¹

Para ser representativos, los movimientos sociales deben ser democráticos; es decir, aceptar las reglas del juego político y las decisiones de la mayoría y que el espíritu democrático debe insertarse en la vida social organizada (comuna, escuela, empresa, hospital, etc.).⁴²

Sostenemos que movimientos «social» y «democrático» son indisolubles. Si un sistema político no considera los movimientos sociales, pierde su representatividad. Es únicamente en las sociedades democráticas donde se forman movimientos sociales, pues la libre elección política obliga a cada actor social a buscar el bien común al mismo tiempo que la defensa de intereses particulares. Por ello, la debilidad principal de la democracia en los países occidentales es la despolitización de los problemas sociales.

En similar sentido, Tenzer afirma que es necesario que el comportamiento social tenga componentes democráticos, pero también que se vincule con la actitud política; es decir, que el individuo sea un buen ciudadano.⁴³

La democracia, entendida como régimen político, implica también pautas sociológicas y culturales que indican la aceptación e incorporación individual de los valores democráticos.⁴⁴

Por ello coincidimos con Kelsen cuando sostiene que «La educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma».⁴⁵

En similar sentido, Emmanuel Kant –máximo pensador de la democracia alemana– sostenía que «Únicamente por la educación, el hombre llega a ser hombre: no es sino lo que la educación le hace». Afirmaba que la democracia es

41 Bobbio, ob. cit., 1994, p. 43.

42 Touraine, ob. cit., p. 87. Indica que los movimientos sociales son aquellos en los que la acción colectiva busca objetivos sociales generales. Ejemplos de movimientos sociales con programas políticos vinculados a actividades sociales: Libertad, igualdad, derechos humanos, justicia, solidaridad.

43 Tenzer, Nicolás, ob. cit., p. 350.

44 En este sentido, John Rawls afirma que la teoría sobre la democracia y la justicia debe ser política y no filosófica ni moral (aunque estén de acuerdo con ella), citado por Alain Touraine, ob. cit., p. 53-54.

45 Kelsen, Hans (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Ed. Guadarrama, cap. VIII.

cuestión de «educación, de saber y de creer», resaltando que la cuestión fundamental de la democracia es la educación y su formación para la democracia.⁴⁶

Esta educación democrática debe comenzar en la escuela primaria –a fin de difundir las instituciones, principios y valores fundamentales de la República y la democracia, los derechos políticos y la ética política– y trasladarse a todos los ámbitos del desarrollo humano (las fábricas, los sindicatos, uniones vecinales, etc.).

La educación popular debe fomentar, además, el diálogo, la tolerancia, la cooperación, la responsabilidad, la solidaridad, el respeto a la diversidad o pluralismo cultural, como comportamientos cívicos que es menester desarrollar.⁴⁷

Como indicamos, la formación cívica se complementará luego con la participación en todos los ámbitos posibles. Por eso se debe promover la mayor cantidad de canales institucionales de participación ciudadana. Es necesario crear los instrumentos que permitan la participación de todos.

En consecuencia, el espíritu democrático implica una conciencia colectiva, dada por la conjunción de los valores democráticos, aceptados espontáneamente por la comunidad, y puestos en práctica en las propias relaciones interpersonales. Es entre la mera democracia procesal, que carece de pasión, y la mera democracia participativa, que carece de sabiduría, donde se extiende la acción democrática en una civilización.

Esta civilización puede ser definida como el «sistema de prácticas, creencias e ideologías que conforman la imagen exterior de la cultura de un momento dado». Es decir, depende de la cultura media, no de todo un pueblo, sino de los que forman el espíritu público. La cultura es el lugar de reconocimiento propio y de unidad política, por lo tanto es constitutiva de la nación.⁴⁸

La democracia debe defenderse y velar por la diversidad, para lo cual es necesario reconstruir el espacio político y el debate político. Por ello sostenemos que la democracia no se basa únicamente en leyes sino sobre todo en una cultura común que debe combinar el pensamiento racional, la libertad personal y la identidad cultural.

Entendida como sistema político, «Es... por el lado de la cultura y ya no por el de las instituciones donde hay que buscar el fundamento de la democracia»; cultura que implica la resistencia a toda tentativa de poder absoluto –aun surgido

46 Kant, Emmanuel, citado por Friedrich Heer, *La Democracia en el mundo moderno* (tít. original en alemán *Grundlagen der europäischen Demokratie der Neuzeit*, trad. de Rafael Bosch, 1995). Madrid: Edit. Biblioteca del Pensamiento Actual.

47 Creemos en el respeto a la diversidad o pluralismo cultural, por principios y por historia, ya que la globalización no puede suponer la homogeneización cultural. El proceso globalizante debe pasar por el reconocimiento y respeto de las diversidades culturales, para evitar el renacimiento de los nacionalismos y localismos acentuados y xenófobos que podrían provocar rupturas y enfrentamientos de magnitud.

48 Tenzer, Nicolás, ob. cit., p. 305. Citando una definición de la Unesco, dice que cultura es «suma total de las actividades creadoras de un pueblo, de sus métodos de producción y apropiación de los bienes materiales, de su forma de organización, sus creencias, sus sufrimientos, de su trabajo y sus recreaciones, de sus sueños y sus éxitos».

de elección popular–, suscitando y preservando la libertad personal y las instituciones públicas que la protegen.⁴⁹

Por ello es que afirmamos que la democracia es el campo político donde se expresan los conflictos sociales y en el que, mediante el voto de las mayorías, se toman decisiones reconocidas como legítimas. Es una mediación entre Estado y sociedad civil. Implica la combinación de la unidad de la ley y la técnica con la diversidad cultural y la libertad personal. La base de la democracia está, precisamente, en reconocer la existencia legítima de conflictos de valores.

En el pasado, la democracia luchó por la libertad política, luego por la justicia social; hoy lucha por el reconocimiento del otro en su similitud y diferencia, cultura y valores, como «sujeto».

Lo que mide el carácter democrático de una sociedad no es la forma de consenso o participación que alcanza; es la calidad de las diferencias que reconoce o maneja, la intensidad y la profundidad del diálogo entre experiencias personales y culturas diferentes entre sí. Este reconocimiento del otro no es solo una actitud, ni implica siquiera el principio de no discriminar, sino que impone formas de organización social integradoras que respeten las diferencias existentes (programas de educación, salud, apoyo social, etc.).

Coincidimos con Touraine en el sentido de entender que se debe respetar el multiculturalismo, alejando totalmente cualquier intento forzado de homogeneizar la humanidad, y en mayor medida cuando se pretende hacer prevalecer determinadas pautas culturales por sobre otras.

Justamente, el auge de movimientos, en cierta forma avasallantes, de culturas foráneas, ha provocado un aumento de los nacionalismos y de las xenofobias en aquellos que se sienten amenazados en sus formas de vida.

Sin embargo, reconocemos que, más allá de estas diferencias naturales existentes en una sociedad, la cultura común funda a una nación. Por este motivo es necesario equilibrar el respeto de la diversidad y las diferencias, con la búsqueda de comunes denominadores que hacen a esa cultura común.

Por ello es que reiteramos que la democracia debe ser observada como un sistema político que conlleva una cultura y no solo un conjunto de garantías institucionales, porque permite combinar –en el nivel político– mercado y pertenencia a una colectividad o comunidad, unidad instrumental y diversidad cultural, y –fundamentalmente– distintos valores en conflicto (mediación). Esta cultura democrática debe ayudar a formar un sujeto libre y respetuoso de las diversidades.

49 Touraine, Alain, ob. cit., p. 26 y 165; menciona como ejemplo «antidemocrático» a la «purificación étnica» y la «homogeneización cultural» de Serbia en Bosnia, ob. cit., p. 23 y 222.

II. DEMOCRACIA DIRECTA Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

a. Generalidades

La clasificación tradicional de democracias distingue entre democracia plena o directa (siglo V a.C. en Atenas) y democracia representativa (XVIII y XIX en Europa).

La democracia directa parte del principio de la «soberanía popular» y de la inmediatez entre el pueblo y la toma de decisiones políticas, sin la presencia de intermediarios.

Bobbio sostiene que «...los significados históricos de la democracia representativa y de la democracia directa son tales y tantos que no se puede exponer el problema en términos paradójicos como si hubiera una sola democracia representativa posible y una sola democracia directa posible».⁵⁰

Rousseau, ardiente expositor de las ideas de democracia directa, rechazaba la representación sobre la base de entender que la soberanía no puede ser representada.⁵¹

Sostiene Ramella –en referencia a la democracia directa–, que la democracia «... en estado puro, es absolutamente imposible en la vida moderna».⁵²

Sin embargo, la democracia «liberal» o representativa propone la consagración de libertades, derechos y garantías individuales –fundamentalmente como freno al poder político– y su fijación constitucional. Toma de la primera la «soberanía popular» y la conjuga con la representación, conformando la «soberanía popular representada».

Las democracias contemporáneas son «democracias liberales». Éstas responden a realidades económicas, sociales y culturales distintas de las democracias griegas, pero reúnen como elementos análogos el proceso de control y de despersonalización del poder, como así también valores legitimadores como igualdad, libertad o legalidad.

Las democracias contemporáneas están ligadas a la organización liberal del Estado, con sus características de defensa de los derechos individuales, libertades negativas, separación de poderes, partidos políticos, organización productiva, etc.

Históricamente, la democracia representativa se expande rápidamente tanto en forma geográfica como social. Por un lado, se extiende por el mundo entero y, por otro, incorpora a amplios sectores de la población incluyendo a mujeres, sub-educados, carenciados, etc.

A modo de resumen, podemos recordar que la democracia representativa comenzó a expandirse, primeramente, en forma vertical, llevando la posibilidad

50 Bobbio, Norberto (1984). *El futuro de la democracia*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. de José F. Fernández Santillán, p. 40.

51 Rousseau, Jean Jacques (1993). *El Contrato Social* (*Du contrat Social*, 1762). Barcelona: Altaya, Cap. XV, p. 92 y ss.

52 Ramella, Pablo (1993). *La estructura del Estado*. Bs. As.: Depalma, 2ª ed., p. 175.

de participar en la elección de los representantes a una cantidad de ciudadanos y sectores cada vez mayor.

Posteriormente, la expansión mencionada se ha ido produciendo en forma horizontal, permitiendo que la participación y las actitudes democráticas se desarrollen en el interior de los diversos sectores de la sociedad (escuelas, uniones vecinales, clubes, administración, etc.). Este proceso es el que estamos viviendo y en el cual es necesario profundizar para consolidar la «democracia social».

Sin embargo, la expansión democrática referida (propia de la democracia directa) debe producirse sin renunciar a los principios y valores de la democracia representativa.

b. Democracia directa

Como indicáramos con anterioridad, la democracia directa se ha aplicado en escasas ocasiones (Atenas siglo V a.C. y cantones suizos).⁵³

Incluso, en el antecedente griego se encontraba circunscripta a la *polis* y a una base de ciudadanos considerablemente menor a la de los habitantes de la ciudad (no se encontraban incluidos ni los extranjeros, ni las mujeres, ni los esclavos y, obviamente, tampoco los menores).

Aun con estas limitaciones, es de destacar que —a pesar de que las principales decisiones se tomaban en la Asamblea— también existían cuerpos de representantes con funciones temporalmente establecidas.

Este tipo de democracia se funda en el principio de la «soberanía popular» y de la inmediatez entre el pueblo y la toma de decisiones políticas, sin intermediarios; exigía una activa participación del ciudadano en los asuntos públicos, con una confusión tal de roles que llegaba al punto de negar (en Grecia) la existencia de una esfera individual al individuo.

De la democracia directa se transmite una premisa fundamental a las distintas formas de democracia semidirecta o directa de: «Déjese al pueblo decidir», considerando preferible la amplia participación a las decisiones hechas por representantes. Esta inclinación por el mayor ejercicio directo posible, efectivo, no mediado, de la democracia es denominada *democratismo*.

Como aspecto positivo del sistema, encontramos el compromiso público asumido por los ciudadanos con la cosa pública, cuyos argumentos principales son: la virtud cívica, la educación política y el autogobierno del *demos*.

Según el principio de la virtud cívica, «una sociedad no es distinta de quienes la componen, ni de sus acciones u omisiones, sino su resultado»; en consecuencia,

53 Castiñeira de Dios, Gustavo, ob. cit., Cap. I, Análisis Histórico, I Antecedentes de la Democracia, I.1. Antigüedad, p. 17 y ss.

«...solo el ejercicio efectivo o la participación en la gobernación y la defensa de la comunidad cubre la virtud de por sí requerida a todo y cada ciudadano...».⁵⁴

La educación política implica un conocimiento teórico de los principios, instituciones y procedimientos esenciales de la democracia, pero es eminentemente práctica, vivencial y ejemplar.

Como aspectos negativos, señalamos que la democracia directa favorece la confrontación por sobre el diálogo y el consenso; dificulta o anula los derechos de las minorías (solo una determinada posición es la que triunfa en las votaciones); discrimina o segrega a los ciudadanos menos educados o informados.

c. Democracia representativa o indirecta

El Estado representativo nace en Inglaterra, primero como monarquía constitucional y luego parlamentaria. En el resto de Europa (se extiende después de la Revolución Francesa) y en EE.UU. toma la forma de república representativa (parlamentaria en la primera y presidencialista en el caso americano).

La representación política permite hacer efectiva la soberanía popular en territorios extensos y poblaciones numerosas. También participa del hecho de que muchos ciudadanos no tienen el tiempo, el interés o la posibilidad de participar en el gobierno y prefieren delegar tales responsabilidades en sus representantes.

Sin embargo, el régimen representativo no siempre consigue por sí mismo la adhesión buscada, recibiendo serias críticas de la doctrina y en ocasiones de las fuerzas políticas y de la opinión pública, que apuntan a su naturaleza misma o bien se dirigen a los defectos que se muestran con motivo de sus realizaciones concretas.

Estas críticas a la ficción representativa han respondido a distintas motivaciones, como bien lo señala Mario Justo López, mostrándose algunas decididamente contrarias a tal «doctrina» buscando su destrucción y reemplazo; mientras que otras tienen por objeto salvar o corregir sus insuficiencias o fallas, en la intención de mejorarla o completarla.⁵⁵

Creemos que el representante es el intermediario entre las necesidades, valores y aspiraciones de la gente y los bienes públicos que coyunturalmente detenta⁵⁶. De ahí que el gobierno representativo se asienta en dos ideas fundamentales: la elección y la periodicidad de los funcionarios o representantes.⁵⁷

Nosotros pensamos que, además de tales aspectos, este sistema debe estar respaldado por los valores democráticos, por procesos electorales abiertos, la virtud republicana y la ética política.

⁵⁴ Strasser, Carlos, ob. cit., p. 53.

⁵⁵ López, Mario Justo. *Introducción a los estudios políticos*. Bs. As.: Ed. Depalma, vol. II, p. 475. Trabajo inédito, entrevistas a políticos, notas 27 y 28, p. 312.

⁵⁶ La democracia representativa puede ser percibida conforme la vieja fórmula medieval «Nos, que cada uno vale como vos, y todos juntos más que vos».

⁵⁷ Martínez Paz, citado por Ricardo Haro, *Constitución, Gobierno y Democracia*, p. 98.

Para la solidez del sistema es fundamental la continuidad democrática que permita vivir naturalmente los aspectos antes señalados, a la vez que permita establecer hitos comparativos que configuran la denominada «memoria democrática».

La «memoria democrática» permite a la comunidad determinar parámetros dentro de los acontecimientos vividos en la sociedad democrática y extraer de dichas comparaciones elementos y enseñanzas que consoliden el sistema.

En nuestro país, los gobiernos de facto nos hablaban de la falacia de sanear las instituciones desde afuera del sistema –gobierno ilegítimo– a fin de recrear las condiciones adecuadas para recuperar la democracia. Por ello insistimos en que no puede haber democracia sin vivencia democrática, sin continuidad y sin convicción democrática, dado que el autogobierno es una consecuencia de la actitud del ciudadano de asumir la república y su pertenencia.

Maritain consideraba absolutamente esencial a la representatividad dentro de una genuina filosofía democrática, a punto tal de sostener que toda «... la teoría del poder descansa en la noción de representación o vicariedad, en virtud de la cual el derecho del pueblo a gobernarse a sí mismo es ejercido por dignatarios escogidos por el mismo pueblo».⁵⁸

Además de ello, el sistema representativo y su régimen constitutivo son la base del equilibrio social y de la estabilidad política. La representación es una fuente del poder y genera obediencia legítima.⁵⁹

Al respecto resulta interesante analizar una obra de Garzón Valdés –sobre la legitimación ética de la representación parlamentaria– en la cual se estudia el pensamiento de Burke, Schmitt y Kelsen.⁶⁰

58 Citado por Donald e Idella Gallagher, ob. cit., p. 215-216.

59 Orlandi, Héctor Rodolfo (1975). *Ciencia política. Teoría de la política*. Bs. As.: Plus Ultra, p. 131-71. Afirmar que la representación es una relación, la dinámica del proceso comporta un conjunto de relaciones políticas: 1) De mando y de obediencia; 2) de gobernantes y gobernados; 3) de electores y elegidos; 4) de representantes y representados; 5) de mayoría y minoría.

60 Afirmar tal doctrinario lo siguiente: a) Edmund Burke: vincula Parlamento y burguesía (ésta tenía condiciones óptimas por su cultura y estatus económico para asumirlo). Para éste, la tarea del representante consiste en adoptar resoluciones técnicamente adecuadas y éticamente correctas (verdades ético-políticas). No existe vinculación entre lo que la gente desea y la satisfacción de sus propios intereses, por lo que no es necesario consultar al representado; b) Carl Schmitt: el Parlamento se ha convertido (por la existencia de los partidos políticos) en un escenario de la división pluralista de los poderes sociales organizados. Coincide con Burke en: 1) la existencia de verdades ético-políticas; 2) necesidad de contar con una sociedad homogénea para que funcione la representación parlamentaria; 3) la relación entre discusión y negociación para satisfacer «los verdaderos» intereses individuales; c) Kelsen: afirma la libertad individual, la autonomía personal del hombre. En la realidad de la vida política, el principio de unanimidad es reemplazado por el de mayoría. El compromiso se vincula entre el respeto a la mayoría y la protección de la minoría. El compromiso es negociado por el Parlamento y no la discusión es el aspecto esencial y la justificación ética del mismo (distinto de Carl Schmitt). Sostiene el relativismo axiológico, por ello solo la tolerancia permite la convivencia organizada que no sacrifique la autonomía de las personas. La heterogeneidad social no es contraria a la democracia representativa.

61 Garzón Valdés, Ernesto, «Representación y Democracia», trabajo presentado ante la Comisión de Reforma de la Constitución realizada en Capital Federal.

Este autor afirma que la justificación ética de la democracia indirecta tiene como ejes los siguientes aspectos: 1) Relación entre representados y representantes; 2) discusiones que pueden ser sometidas a negociación; 3) homogeneidad social. Concluye afirmando que: «La representación parlamentaria es éticamente justificable cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política».⁶¹

Para Maritain, los representantes del pueblo son enviados, misionados o comisionados por el pueblo para ejercer la autoridad. «El pueblo los ha hecho partícipes de la autoridad popular, y son imágenes de ese pueblo...». Y «... los representantes del pueblo deben estar prontos a incurrir en el desagrado del pueblo, si es que sus conciencias se lo exigen...», sin dejar de cumplir sus obligaciones en comunión con el pueblo.⁶²

La delegación del derecho del pueblo a autogobernarse confiere al gobernante títulos suficientes para el ejercicio del poder político sobre otros hombres. Maritain destaca claramente dos aspectos doctrinales esenciales al respecto: 1) el pueblo que reviste de autoridad a los gobernantes mantiene su derecho básico a gobernarse a sí mismo y no lo pierde; 2) los representantes del pueblo «... no son simples instrumentos, sino gobernantes dotados de real autoridad y de derecho a mandar».⁶³

Bobbio nos dice que las preguntas más comunes respecto al representante son: «... ¿cómo lo representa?», «¿qué cosa representa?».

Para el primer interrogante, las respuestas son que el representante puede ser considerado como: a) «delegado», o b) «fiduciario» del representado.

a) El delegado es simplemente un portavoz, un nuncio, un legado, un medio, de sus representados, y por tanto su mandato es extremadamente limitado y revocable.

b) Si en cambio el representante es un fiduciario –como sostenemos–, «tiene el poder de actuar con cierta libertad en nombre y por cuenta de los representados, en cuanto goza de su confianza, y puede interpretar a discreción los intereses de ellos», lo representa sin obligación de mandato.⁶⁴

Para la segunda pregunta («qué cosa») también se pueden dar dos respuestas: a) representa a sus intereses generales como ciudadano, o b) que lo represente en relación a sus intereses particulares (por ejemplo, como obrero).⁶⁵

61 Garzón Valdés, Ernesto, «Representación y Democracia», trabajo presentado ante la Comisión de Reforma de la Constitución realizada en Capital Federal.

62 Maritain, citado por Donald e Idella Gallagher, *Lecturas escogidas de Jacques Maritain*, p. 220.

63 Citado por Gallagher, Donald e Idella, ob. cit., p. 218. Además de las mencionadas, han existido distintas doctrinas o posiciones clásicas respecto a la naturaleza jurídica de la representación: a) La idea de representante es meramente jurídica (Jellinek), y su esencia, una relación jurídica entre dos partes independientes entre sí, creada por el ordenamiento jurídico constitucional; b) Mandato imperativo estamental (M. Weber); c) Delegación, gestión de negocios (M. Hauriou); d) Teoría del órgano (Jellinek); e) Representación como pertenencia (G. Sartori).

64 Bobbio, Norberto, ob. cit., 1984, p. 36.

65 *Ibidem*.

- a) Si representa los intereses generales del representado no es necesario que pertenezca a su misma profesión, pueden ser políticos de profesión (es la denominada representación política).

Los autores liberales avanzados (Madison, Hamilton, Paine, Jefferson, Constant, Tocqueville, Stuart Mill) defendieron la «república representativa» con votos plurales y desiguales, o el parlamentarismo de base censitaria.⁶⁶

- b) Si el representante representa los intereses específicos, normalmente él pertenece a la misma profesión de los representados (representación funcional u orgánica).

El representante como delegado representa intereses particulares, mientras que el representante como fiduciario representa intereses generales. Este último caso es el que corresponde a la representación política.

Por ello, en los casos en que los intereses en juego sean los de los ciudadanos en general –y no de este o aquel oficio–, los ciudadanos deben ser representados por ciudadanos sin importar su origen u oficio.

En cuanto a las facultades de los representantes, Maritain indica que existe una distinción entre la posesión de un derecho y el ejercicio del mismo. «El ejercicio del derecho del pueblo de autogobierno es lo que confiere autoridad a los gobernantes por él escogidos, en la medida y grado de sus atribuciones», sin que el pueblo pierda la titularidad del derecho correspondiente.⁶⁷

Por ello, se puede afirmar que las tres dimensiones de la democracia –respeto a los derechos fundamentales, ciudadanía (que el individuo participe en las construcciones de la vida colectiva) y representatividad– se complementan y son interdependientes.⁶⁸

En nuestro país se observan dos posturas principales con relación a la participación política o participación democrática, sobre todo desde el restablecimiento de la normalidad constitucional producida a fines de 1983.⁶⁹

Podemos afirmar que, en principio, la democracia indirecta está mejor preparada para mediar en los conflictos de intereses sociales, al facilitar el compromiso, el acuerdo, la moderación y el mayor acceso de los segmentos sociales. El sistema representativo favorece la estabilidad (a través del consenso y del compromiso), permitiendo arreglos institucionales con relación a los principios fundamentales de una comunidad, alejando las pasiones momentáneas o los cambios de opinión pública y actuando como mediadora de los distintos valores e intereses de una comunidad.

66 Requejo Coll, Ferrán, ob. cit., p. 88. Podemos recordar que en Francia, por ley del 22/12/1789, se estableció el voto censatario, que distribuye tres categorías de ciudadanos activos conforme su capacidad contributiva y una categoría de ciudadanos pasivos sin derecho a voto.

67 Maritain, citado por Gallagher, Donald e Idella, ob. cit., p. 219.

68 Touraine, Alain, ob. cit., p. 43.

69 Véase Castiñeira de Dios, Gustavo, ob. cit., Título IV, Capítulo I, punto I, p. 305.

III. REFORMA CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO

a. Presupuestos

Como principios generales que se deben tener en cuenta cuando avancemos en la tan ansiada reforma de la Constitución provincial, debemos resaltar los siguientes puntos:

- El pleno respeto del Estado constitucional de derecho.
- Permitir aumento de participación popular en la política.
- Mejorar la representatividad política, tanto poblacional como territorial.
- Fortalecer y mejorar los sistemas institucionales de control del poder.
- Consolidación social de los valores democráticos.
- Cambios de estructuras institucionales que faciliten y/o posibiliten que las decisiones se preparen, se adopten, se cumplan y se controlen con la intervención de quienes están interesados en las mismas.

b. Propuestas

Muchas son las propuestas que se han realizado (desde el ámbito doctrinario y político) respecto al Poder Legislativo provincial. Sin lugar a dudas, un desarrollo pormenorizado de tales aspectos superaría ampliamente el objetivo y la extensión del presente trabajo.

Por tal motivo, se hará mención solamente de algunos de los aspectos principales a tener en cuenta cuando se profundice en las modificaciones aludidas.

Como elementos principales, se destacan los siguientes:

- Aumentar el período de sesiones: 1 de marzo al 30 de noviembre.
- Establecer la representación territorial de los departamentos.
- Tratamiento en Comisiones (similar a lo determinado por el art. 79 C.N.): luego de aprobado un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto.
- Analizar y ajustar las inmunidades de los legisladores.

Representación territorial

1. Descripción

En la actualidad, solo ocho jurisdicciones argentinas tienen un sistema bicameral en vigencia; son los casos de Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Salta, Entre Ríos, Mendoza, San Luis y Santa Fe (a diferencia de los EE.UU., donde de las 50 legislaturas existentes, 49 son bicamerales; la única que no lo es: Nebraska).

Las 14 «provincias fundadoras» tuvieron legislaturas bicamerales, aunque algunas de ellas fueron reemplazándolas con posterioridad por legislaturas unicamerales.

En tal sentido, mudó de un sistema unicameral a uno bicameral San Luis (1987), mientras que abandonaron el formato bicameral: Santiago del Estero (1903), San Juan (1927), Tucumán (1991) y Córdoba (2001).

Por su parte, cuatro legislaturas unicamerales son seleccionadas mediante sistemas electorales mixtos (representación poblacional y territorial), lo que implica, en alguna medida, tener dos cámaras sesionando juntas.

En las ocho provincias bicamerales los diputados representan a la población (implementación de distritos electorales plurinominales o mediante un único distrito plurinominal provincial), en la que por lo general se aplica alguna modalidad de representación proporcional; en cambio, los criterios para elegir a los miembros de las cámaras altas varían: los hay con representación territorial (con igual representación por departamento) y los hay con distritos plurinominales según población.

En tres provincias, ambas cámaras tienen la misma base de representación (entre ellas Mendoza), mientras que en las otras cinco provincias las bases de representación de la cámara baja y de la cámara alta difieren.

Buenos Aires y Mendoza eligen tanto a sus senadores como a sus diputados en los mismos distritos plurinominales (denominadas secciones electorales) mediante representación proporcional (cociente electoral en Buenos Aires y método D'Hont en Mendoza). Corrientes, en cambio, elige a los senadores y a los diputados en un distrito único plurinominal provincial, con método de representación proporcional D'Hont en ambos casos.

A diferencia de los anteriores, las provincias de Catamarca, Entre Ríos, Salta, San Luis y Santa Fe, eligen a los senadores provinciales con una base de representación territorial, utilizando distritos uninominales en los cuales resulta ganador el candidato que obtiene la simple pluralidad de los sufragios (es decir, el más votado). Los distritos electorales coinciden con los departamentos.

La elección de los diputados en estas provincias varía: Salta y San Luis utilizan los mismos distritos electorales (departamentos) para elegir a los diputados en distritos plurinominales variables de acuerdo a la población.

Catamarca, Entre Ríos y Santa Fe eligen a sus diputados en un distrito único plurinominal provincial.

En las provincias bicamerales, el tamaño relativo promedio de las cámaras bajas respecto de las altas implica que las cámaras bajas tienen muchos más miembros que las cámaras altas.

En San Luis la cámara baja –Diputados– tiene 43 miembros, mientras que la cámara alta –Senado– solo 9; en Santa Fe la relación es 50/19, la de Salta 60/23; en Catamarca 41/16, mientras que en Buenos Aires la cámara baja es exactamente el doble del senado 92/46, compartiendo esta peculiaridad con Corrientes (26/13). Hay una menor diferencia entre el número de integrantes en Entre Ríos (28/17) y Mendoza (50/40).

2. Justificación

En el campo del Derecho Constitucional comparado existe un consenso positivo sobre dos grandes ventajas del bicameralismo respecto de los sistemas unicamerales: la doble representación y la redundancia o revisión.

En primer lugar, se destaca la articulación de una doble representación que permite ampliar las bases de representación del gobierno y articular más que una simple mayoría en la toma de decisiones.

En segundo lugar, la doble revisión de la legislación que permite una segunda lectura más cuidadosa introduciendo una pausa en el proceso decisorio y abriendo un plazo para una mayor deliberación.

En su contra se argumenta que el trámite legislativo en un sistema bicameral conlleva demoras y que la estructura legislativa tiene más burocracia y –por lo tanto– resulta más costosa.

Respecto al costo, se indica que no necesariamente es más caro un sistema bicameral, dado que ello depende de la cantidad de legisladores de cada cámara y podría ocurrir que una legislatura fuera unicameral, pero que tuviera muchos legisladores, mientras que en una bicameral, sumados los miembros de ambas cámaras, el número fuera escaso.

El tema de la celeridad tampoco parece un argumento definitivo, puesto que (como hiciéramos referencia en la Introducción de este capítulo) el papel principal del órgano deliberativo es la representación y la mediación de conflictos y, en ese sentido, la doble revisión permite una mayor eficacia al momento de resolver ambos puntos.

c. Renovación

Todas las legislaturas provinciales prevén períodos legislativos de 4 años sin límites de reelección para los representantes (diputados o senadores) y la mayoría de las provincias argentinas renuevan ambas cámaras por mitades cada 2 años.

Las únicas excepciones son Santa Fe y Entre Ríos, en las cuales se realiza una renovación total de ambas cámaras cada 4 años, que es concurrente a su vez con la elección del gobernador. Parcialmente, también lo es el senado de Corrientes, donde duran 6 años, y cuyo cuerpo es renovado por tercios cada 2 años.

Un tema de gran trascendencia en la dinámica legislativa es el que relaciona el funcionamiento y eficiencia del cuerpo con las presiones y tensiones propias de una renovación electoral.

Allí donde el tiempo de duración del mandato es corto y la renovación es completa, todos los representantes se ven sometidos a importantes presiones electorales en el momento de su renovación (dado que todos sus miembros ponen en juego su continuidad).

Ello provoca que el año de recambio, la eficiencia de la legislatura disminuya sustancialmente y –en ocasiones– ello provoque dificultades de gobernabilidad.

De la misma manera, si el tiempo del mandato es largo y no hay renovación parcial, a medida que se acerca la elección la presión de la coyuntura es mayor para todos los representantes.

Por el contrario, la renovación parcial introduce un impacto fragmentario de la elección sobre las consideraciones coyunturales de la cámara como un todo. Si se combina con duración del mandato por períodos largos, permite blindar a la cámara como un todo de las presiones electorales coyunturales. Los representantes que enfrenten elecciones en el corto plazo serán los únicos que sufrirán inmediatamente los costos políticos asociados a sus decisiones, dejando a los demás con mayor libertad en la toma de decisión.

Cuanto menor sea la fracción que se renueva, menor será de este modo el impacto de consideraciones exclusivamente coyunturales.

Actualmente, de las 24 jurisdicciones del país, 13 renuevan por mitades (incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CABA) y 11 no lo hacen:

- a) Quienes eligen senadores y diputados provinciales: Provincia de Buenos Aires, Catamarca, Corrientes, Mendoza, Salta, San Luis (seis casos).
- b) Eligen solo diputados o representantes (unicamerales): Chaco, CABA, Formosa, Jujuy, La Rioja, Misiones, San Juan (siete casos).

El resto de las provincias solo tiene elecciones propias una vez cada 4 años, y sus autoridades pasan un largo período sin afrontar tests electorales locales.

En EE.UU. todas las legislaturas estatales se renuevan cada 2 años, y todas se renuevan totalmente. Y las elecciones para renovar legislaturas estatales se descalzan de las federales (van en años pares e impares, respectivamente).

En Argentina, las legislaturas más chicas son las de Tierra del Fuego (15), La Rioja (36) y Santa Cruz (24).

Las más grandes son las de Buenos Aires (92 diputados + 46 senadores), Córdoba (unicameral desde 2003, con 70 diputados, en un sistema mixto: elección entre diputados de la provincia y del distrito) y Salta (50 diputados + 19 senadores).

La provincia que tiene representación más «difusa» es la de Buenos Aires: un legislador (senador o diputado provincial) cada 100.000 habitantes. Le siguen la CABA (1 c/ 46.000), Córdoba y Santa Fe (1 c/ 43.000).

En la CABA los diputados, si son reelegidos una vez, tienen que esperar 4 años para volver a ser electos, como rige para el gobernador y vice en muchas provincias.

Las que tienen representaciones más «densas» son Catamarca (uno cada 5.800 hab.), Tierra del Fuego (uno cada 6.700 hab.) y San Luis (uno cada 7.000 hab.).

En total (suma de las 24 jurisdicciones) hay 985 diputados (o representantes) provinciales y 181 senadores provinciales, un total de 1.166 representantes legislativos provinciales. Recordemos que el Congreso Nacional se compone de 257 diputados y 72 senadores.

d. Composición

Cuando la base de representación es diferente (por ejemplo, una cámara tiene como base a los territorios y la otra a la población) y los representantes son elegidos mediante sistemas electorales diferentes, los resultados, por lo general, dan lugar a composiciones diferentes en cada una de las cámaras. En estos casos es esperable que las cámaras tengan preferencias colectivas diferentes.

De la combinación de las reglas de elección, composición y de los poderes de cada una de las cámaras (simetría-asimetría), surgen cuatro tipos básicos de sistemas bicamerales (Lijphart, 1984: 113-115, y 1997: 211-213).

Los bicameralismos fuertes o sólidos son aquellos en donde las reglas de composición producen cámaras con preferencias políticas diferentes (es decir, incorporan referentes políticos con base amplia de representación) y además las cámaras tienen poderes equivalentes en la toma de decisión (simetría).

Los bicameralismos endebles, o de media fuerza, son aquellos en donde ambas cámaras tienen poderes equivalentes (simétricos), pero dadas las reglas de composición éstas representan preferencias similares (congruentes), de modo tal que, según el autor, la existencia de ambas cámaras se vuelve superflua (podría acercarse al caso de Mendoza donde se espera que los diputados y senadores no tengan preferencias colectivas diferentes).

En tercer lugar, los bicameralismos débiles son aquellos en donde las cámaras si bien representan preferencias diferentes (incongruencia), una de ellas no tiene mayor peso en la elaboración de la política pública, producto de una extrema asimetría.

Por último, los bicameralismos insignificantes son aquellos en donde existe asimetría de poder y congruencia de representación.

Por nuestra parte, sostenemos que cuanto más fuerte sea el tipo de bicameralismo, cuanto mayor sea la división institucional de poderes, cuanto mayor sea el número de sectores representados (ciudadanos, territorio) y cuanto mayor sea la división de propósito entre poderes, cámaras, niveles de gobierno y partidos con base legislativa, mayor importancia tendrá el bicameralismo en el funcionamiento del sistema político y la generación de nueva legislación para la provisión de políticas públicas.

Tanto los estudios de política comparada como los desarrollos teóricos en el campo de la elección social presentan un punto en común: a mayor diferencia entre las cámaras, más fuerte –o eficiente– es un sistema bicameral.

Quienes proponen un sistema unicameral indican que tanto los senadores como los diputados defienden con similar intensidad los intereses de sus territorios de origen.

Como mencionamos anteriormente, se afirma que la unicameralidad permite una mayor celeridad en la expedición de leyes y evita la duplicidad de esfuerzos en el diseño de la legislación.

Se argumenta también que una sola cámara permitiría una mejor profesionalización del personal técnico, ya que se maximizan los recursos económicos

en el cuerpo de asesores destinados a la investigación, con lo que el estudio de cada medida resultará más profundo.

e. Modificar el sistema territorial de representación de senadores y su duración

Senadores, representación territorial departamental: Suprimir el sistema de secciones electorales.

Art. 75: La Cámara de Senadores se compondrá de representantes del pueblo con base en la población de cada sección electoral en que se divida, mediante elección directa, no pudiendo exceder de 40 la totalidad de senadores.

Art. 75: Ninguna sección electoral podrá elegir un número menor de 6 senadores.

Art. 79: En ninguna sección electoral... podrá convocarse a elecciones... por un número menor de 3 senadores.

Creemos que las «secciones electorales» no se condicen ni histórica, ni cultural, ni social, ni económicamente con la realidad política provincial.

Tampoco se ha incorporado en el sentir provincial ni ha colaborado con el crecimiento o la consolidación del desarrollo político local.

No encontramos ninguna utilidad en el mantenimiento de dichas secciones electorales.

Por ello, proponemos, lisa y llanamente, anular toda mención a esta «artificial» creación política.

Propuesta

- ▶ Representación territorial: 2 senadores por municipio (36 en total).
- ▶ Elección directa, uninominal y simultánea por municipio.
- ▶ Individual (sin lista sámana), a simple pluralidad de sufragios (1 voto por elector).
- ▶ Seis años de duración en el mandato (daría mayor estabilidad política al sistema, al renovarse solo una tercera parte cada 2 años y superar el mandato del Ejecutivo).
- ▶ Renovación cada 2 años (6 municipios por vez).

f. Modificar la base poblacional de diputados (igualitaria)

El censo de 2010 estableció una población de 1.741.610 habitantes (se calcula 1.886.000 de habitantes al 1 de julio de 2015).

Siguiendo el criterio actual, se constata una enorme diferencia en la base poblacional de representación de los diputados: Primera sección (un legislador

cada 36.000 habitantes), segunda sección (uno cada 31.100), tercera sección (uno cada 38.600) y cuarta sección (uno cada 24.000).

Proponemos mantener el número de 48 legisladores –lo que daría un total de un (1) legislador cada 37.000 habitantes– con base en elección directa por los ciudadanos de cada departamento, con el sistema proporcional D'Hont. Deberían durar 4 años en el cargo, con renovación de la mitad cada 2 años, buscando que siempre haya un diputado, al menos, por departamento.

En la nación, la ley 22847 toma como base el censo de 1980 (27,9 millones de habitantes) y establece que cada distrito tendrá 1 diputado cada 161.000 habitantes o fracción superior a 80.500, y determina que no podrán haber menos de 5 diputados por provincia.

De la representación poblacional, se determinaría un mínimo de un diputado por departamento (en el orden nacional, existe un mínimo de 5 diputados por provincia). La elección de los diputados por departamento permitiría un mayor conocimiento de los ciudadanos, y mejoraría el compromiso y la representatividad de los legisladores.

El resultado aproximado sería el siguiente:

Departamento	Población (2010)	Diputados (37.000 habitantes o fracción que no baje de 18.500, no menos de 1 por departamento)
Capital	115.041	3
General Alvear	46.429	1
Godoy Cruz	191.903	5
Guaymallén	283.803	8
Junín	37.859	1
La Paz	10.012	1
Las Heras	203.000	5
Lavalle	36.738	1
Luján de Cuyo	119.888	3
Maipú	172.332	5
Malargüe	27.660	1
Rivadavia	56.373	2
San Carlos	32.631	1
General San Martín	118.220	3
San Rafael	188.018	5
Santa Rosa	16.374	1
Tunuyán	49.458	1
Tupungato	32.524	1

Total: 48 diputados.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, Hannah (1974). *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de G. Solana. Madrid: Taurus.
- BIDART CAMPOS, Germán (1961). *Doctrina del Estado Democrático*. Bs. As.: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- (1987). *Dikelogía* de la legitimidad en el Derecho Constitucional. En *La Constitución de frente a su reforma*. Bs. As.: Ed. Ediar.
- (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Bs. As.: Ed. Ediar.
- BOBBIO, Norberto (1976). *¿Qué Socialismo?* Barcelona: Plaza y Janés Editores.
- (1984). *El futuro de la democracia*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, trad. de José F. Fernández Santillán.
- CASTIÑEIRA DE DIOS, Gustavo (2004). Democracia, Legitimación y Crisis. En *Influencias legitimadoras de las formas semidirectas de Democracia*. Mendoza: Ed. Universidad del Aconcagua.
- DAHL, Robert A. (1981). *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control*. México, D. F.: Alianza Editorial.
- (1987). *Un prefacio a la teoría democrática (A Preface to Democratic Theory*, trad. de José Luis González, 1ª edición en inglés en 1956). México: Gernika S.A.
- GALLAGHER, Donald e Idella (1974). *Lecturas escogidas de Jacques Maritain*. Valparaíso: Ediciones Nueva Universidad.
- GARCÍA CALVO, Agustín (1977). *Qué es el Estado*. Barcelona: La Gaya Ciencia S.A.
- JIMÉNEZ DE PARCA, Manuel (1971). *Los regímenes políticos contemporáneos*. Madrid: Tecnos.
- KANT, Emmanuel (1995). *La Democracia en el mundo moderno* (tít. original *Grundlagen der europäischen Demokratie der Neuzeit*, trad. de Rafael Bosch). Madrid: Edit. Biblioteca del Pensamiento Actual.
- KELSEN, Hans (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Ed. Guadarrama.
- KRIELE, Martín (1980). *Introducción a la Teoría del Estado*. Parte Primera, Caps. 1 y 2, Parte Segunda, Cap. 1. Bs. As.: Ed. Depalma.
- LÓPEZ, Mario Justo (1971). *Introducción a los estudios políticos*. Bs. As.: Ed. Depalma, vol. II.
- (1981). Kelsen y la Teoría del Estado. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Bs. As.: Abeledo-Perrot.
- MARITAIN, Jacques (1943). *Los Derechos del Hombre –y la Ley Natural*. Bs. As.: Ed. Biblioteca Nueva, trad. de Alfredo Welss y Héctor F. Miri.
- MILONE, Jorge E. (1984). *La democracia en Occidente*. Bs. As.: Az Editora.
- ORLANDI, Héctor Rodolfo (1975). *Ciencia política. Teoría de la política*. Bs. As.: Plus Ultra.
- RAMELLA, Pablo (1993). *La estructura del Estado*. Bs. As.: Editorial Depalma, 2ª ed.
- REQUEJO COLL, Ferrán (1994). *Las Democracias. Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*. Barcelona: Ariel.

- ROUSSEAU, Jean Jacques (1993). *El Contrato Social* (*Du Contrat Social*, 1762). Barcelona: Altaya.
- SAGÜES, Néstor (1978). *Jean Bodín y la Escuela Española*. Rosario: Instituto de Derecho y Ciencias Sociales.
- STRASSER, Carlos (1995). *Democracia III – La última democracia*, Bs. As.: Ed. Sudamericana, Univ. de San Andrés.
- TOURAINE, Alain (1995). *¿Qué es la Democracia?* Montevideo, Uruguay: Fondo de Cultura Económica.
- XIFRA HERAS, Jorge (1958). *Formas y fuerzas políticas*. Barcelona: Bosch.
- ZARINI, Helio Juan (1996). *Constitución Argentina, comentada y concordada*. Bs. As.: Astrea.

6

En defensa de un procedimiento deliberativo y democrático de reforma constitucional para Mendoza*

Carlos Ignacio Giuffré

I. INTRODUCCIÓN¹

Podría asumirse que las constituciones son lanzadas al porvenir con pretensión de continuidad, en sociedades pluriformes y marcadas por los «desacuerdos», donde los horizontes culturales no son estables ni definitivos, sino que se reconfiguran de manera incesante y vertiginosa. De allí, sería posible derivar la premisa según la cual las modificaciones normativas devienen indispensables toda vez que las leyes fundamentales comienzan a hacer frente con dificultad a los nuevos desafíos, a las diferentes necesidades o a los renovados intereses de determinada comunidad soberana y autogobernada. Bajo esta misma tesitura, también podría afirmarse que el momento de enmendar una Constitución no es sino cuando del intercambio deliberativo de propuestas, ideas y argumentos —con carácter previo a la toma de decisiones— entre la sociedad y el Estado, surge que ello es un anhelo común.

*Agradezco a Micaela Alterio y Joel Colón-Ríos por los lúcidos comentarios formulados a una versión preliminar del presente trabajo, que fue presentado en las «Cuartas Jornadas en Teoría Constitucional Contemporánea» que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el 22 de diciembre de 2017, con Roberto Gargarella y Emanuel Olivares, a quienes también agradezco las generosas observaciones.

¹ Las traducciones de las citas son efectuadas por el autor y las referencias al original son traídas solamente cuando ellas aparecen como complejas o particularmente interesantes.

Sin embargo, desde los orígenes del constitucionalismo, tales premisas nunca se encontraron libres de visiones opuestas, a punto tal que también se ha defendido la idea de que las constituciones deben ser plasmadas en rocas inmunes al tiempo o a las transformaciones de los ánimos sociales. De hecho, esa controversia, lejos de hallarse resuelta, perdura aún vigente a lo largo y ancho del mundo, incluso en Mendoza, cuya Constitución lleva más de un siglo sin reformas integrales. Dentro de este marco específico, entonces, el objetivo central del presente trabajo estriba en reconstruir y analizar críticamente las posturas a favor y en contra de desarrollar e institucionalizar procedimientos de reforma constitucional con las características de que sean flexibles, democráticos y deliberativos.

A los fines de llevar a cabo dicha empresa argumentativa, han de desarrollarse los siguientes pasos. En primer término, se hará referencia a las posiciones clásicas que han defendido la organización de procedimientos de reforma rígidos, contramayoritarios y en manos exclusivas del Estado. A la vez, se describirán sus presupuestos y la ingeniería constitucional que deriva de aquella visión (II). A continuación, se describirá la postura contraria, esto es, la que sustenta la flexibilidad de los sistemas de reforma y el derecho del pueblo a intervenir en tales tareas; también se reseñarán algunas experiencias auspiciosas en términos de participación y deliberación que han tenido cabida en otras latitudes (III). En tercera instancia y bajo el prisma teórico de la teoría del discurso, se hará un examen de ambas concepciones (IV). En cuarto lugar, se han de repasar las características de los procesos de modificación contemplados en la Constitución de Mendoza, para luego evaluarlos desde una teoría deliberativa de la democracia (V). Finalmente, se culminará con algunas apreciaciones conclusivas, aunque provisionales (VI).

II. SISTEMAS DE REFORMA CONSTITUCIONAL RÍGIDOS Y CONTRAMAYORITARIOS

En Estados Unidos, al tiempo de elaborar aquella Ley Suprema cuya tradición constitucional va a influenciar fuertemente las ingenierías latinoamericanas, surgieron distintas concepciones en derredor de su naturaleza y alcance. Así pues, James Madison² aseveraba que ella debía ser firme y estable, a la vez que las enmiendas tenían que ser excesivamente difíciles y reservadas solo a «grandes y extraordinarias ocasiones».³ Se preguntaba si la periódica revisión

2 Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John (2010). *El Federalista*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, p. 214.

3 Una versión más moderna del planteamiento se encuentra en el trabajo de Bruce Ackerman, quien sustenta que la Constitución de Estados Unidos entroniza un modelo «dualista» de decisiones democráticas, donde distingue entre las decisiones tomadas por el pueblo cuando

generaría antes que beneficios, «facciones perniciosas que de otra manera no podrían cobrar experiencia».⁴ Argüía que si se pudieran dar por sentadas las instituciones del pasado, la sociedad alcanzaría sus actuales metas mejor de lo que lo haría si constantemente estuviera distraída por la necesidad recurrente de establecer un marco básico para la vida política. A su parecer, el compromiso previo que supone una Constitución dada de antemano, se justifica porque no esclaviza, sino que posibilita la democracia a las generaciones futuras, mientras que los llamados plebiscitarios constituyen su amenaza; por ello había que alejarlos del fácil alcance.⁵

Las premisas de Madison se basaban en la desconfianza popular; tal es así, que el centro de su preocupación estaba dado por la conformación de «facciones», a las que tantas energías destinó para evitarlas en sus desarrollos vertidos dentro de la obra más influyente y extraordinaria del constitucionalismo liberal, *El Federalista*. Allí, las definió del siguiente modo: «Por facción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto».⁶ A partir de estos dichos, surge su «desconfianza» frente a la sociedad, que identificaba con actuaciones limitadas, engegucidas ora por una pasión, ora por el autointerés ora por la ambición.⁷

A su vez, aquellos tres tipos de comportamientos, que según él entronizaban antes que algo inerradicable de las personas, un riesgo, hallaban su caldo de cultivo en «la multitud»⁸ o en «todas las asambleas muy numerosas»,⁹ que tienden al «exceso», a «la confusión», a que «la pasión arrebatase su centro a la razón».¹⁰ En definitiva, la participación y la deliberación de la sociedad no era concebida como un derecho de relevancia o como una condición de legitimidad de las decisiones públicas, sino como una amenaza o un «espectáculo triste y deshonesto».¹¹ Al respecto, advirtió: «(e)l peligro de alterar la tranquilidad general interesando demasiado las pasiones públicas».

se «pone de pie» y aquellas donde los representantes las toman en nombre de la ciudadanía. La primera expresión de la democracia, la «política constitucional», ocurre excepcionalmente, bajo especiales condiciones. La segunda, esto es, la «política ordinaria», acontece con frecuencia. Esta concepción se opone a la «monista» cuanto a la «fundamentalista». Ackerman, Bruce (1991). *We the People I. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, p. 3-33 y 295-322. Para un cuestionamiento a este desarrollo teórico, puede abundarse en: Gargarella, Roberto (2006). El constitucionalismo según John Rawls. En Amador, Claudio (comp.), *Rawls post Rawls*. Buenos Aires: Prometeo, Universidad Nacional de Quilmes, p. 13.

4 Madison, James (1962). *The Papers of James Madison*. Hutchinson, William T. (ed.) et al. Chicago: University of Chicago Press, vol. 1, cap. 2, doc. 24. Recuperado de: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s24.html>.

5 Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, ob. cit., p. 214-217.

6 *Ibidem*, p. 36.

7 *Ibidem*, p. 38 y 220.

8 *Ibidem*, p. 40.

9 *Ibidem*, p. 236.

10 *Ibidem*, p. 215.

11 *Ibidem*, p. 151-152.

De su temor al supuesto riesgo que significa involucrar con frecuencia al pueblo en cuestiones constitucionales, y del referido anhelo de consagrar una Constitución estable y rígida, se sigue entonces una propuesta institucional concreta, que precisamente niega la posibilidad del cuerpo ciudadano a intervenir en las instancias de reforma normativa. Esto genera una conexión tensional al interior del constitucionalismo, que media entre el reconocimiento de la soberanía popular en la Constitución y el rol pasivo del pueblo que la misma le asigna en la instancia de reforma constitucional.¹² Dicha incoherencia, producto de pactos acumulativos con distintas visiones y pretensiones —liberales, republicanas y conservadoras—,¹³ ocurre en la Constitución de Estados Unidos,¹⁴ cuyo modelo se extiende, con variantes o profundizaciones, a gran parte de las cartas fundamentales de Latinoamérica y Argentina.¹⁵

Respecto a esta última, cabe destacar que se caracteriza por su rasgo contramayoritario y por centralizar las decisiones políticas en cabeza de las instituciones estatales, apáticas a la participación y deliberación social. En tal sentido, contempla los siguientes aspectos elitistas:¹⁶ erige un híper-presidencialismo; excluye las posibilidades de intervención del pueblo en el gobierno de los asuntos comunitarios, tal como se desprende de su texto, en cuanto dice que «El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución» (art. 22);¹⁷ tampoco promueve el diálogo cooperativo

12 V. Giuffré, C. Ignacio (2018). Deliberación y soberanía popular en la reforma constitucional de Mendoza: en busca de la legitimidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México (publicación en evaluación).

13 V. Gargarella, Roberto (2017). «Reconstruyendo el constitucionalismo latinoamericano». Texto brindado en el Seminario de Teoría Constitucional: una mirada igualitaria del constitucionalismo», dictado por Roberto Gargarella. Organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella. Buenos Aires, 9-11-2017.

14 Al respecto, véase: Negretto, Gabriel L. (2016). El poder constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, Nº 3.

15 Puede verse: Giuffré, C. Ignacio (2017). Reforma de la Constitución y pueblo: revisión crítica y alternativas deliberativas. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires, noviembre de 2017 (publicación en preparación).

16 A más de las antiguas instituciones enumeradas, algunas todavía perduran, puede agregarse: a) la estructura hermética del Poder Judicial, el modo indirecto de integrarse, su potestad de invalidar leyes, su «última palabra» y la dificultad de acceso a la justicia —costos, formalismos, requisito de un abogado, restricciones a los litigios colectivos—; b) el carácter unipersonal y fuerte del Ejecutivo, las funciones que concentra, su extensa potestad de efectuar nombramientos, la posibilidad de indultar, su facultad de vetar, las potestades de declarar el estado de sitio y de declarar la intervención a las provincias, los DNU, DD y PPL; c) las elecciones indirectas; d) los largos mandatos —por ejemplo, en los cargos senatoriales y del presidente antes de la reforma de 1994—; e) el cuerpo de senadores; f) el requisito de disponer de determinados ingresos para acceder a cargos públicos; g) las restricciones históricas al sufragio; h) las reelecciones; i) la ausencia de revocatoria de mandatos, entre otras.

17 En línea con ese precepto, Montesquieu afirma: «el pueblo deberá realizar por medio de sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo... La gran ventaja de los representantes es que tienen capacidad para discutir los asuntos. El pueblo en cambio no está preparado... El pueblo no debe entrar en el gobierno más que para elegir sus representantes, que es lo que está a su

entre las ramas de gobierno, a la vez que entre aquellas y la ciudadanía, más bien, se relacionan agonalmente, mediante un sistema de pesos y contrapesos; en cuanto al procedimiento de reforma constitucional, no solo dispone que transcurra exclusivamente en manos del Estado (art. 30), sino que explícitamente prohíbe la iniciativa popular en dicha materia (art. 39).

En definitiva, la Carta de la Nación argentina está imbuida de una filosofía adversa a que el poder de gobierno, como el poder constituyente, se sitúe en cabeza del pueblo. Sin perjuicio de algunos avances en el primer aspecto con la reforma del año 1994,¹⁸ que incluyó por ejemplo la iniciativa (art. 39) y la consulta popular (art. 40), su apelación a la soberanía popular, que no aspira a materializar el ideal radical de autolegislación y autogobierno, es más bien retórica e híbrida.

Lo descripto desecha como opción la puerta a la inclusión política, por medio de canales legales, en la propuesta de cambios constitucionales o en la revisión de la Constitución. Este vacío marcado por la ausencia de resortes participativos y deliberativos de modificación constitucional se presenta como problemático, pues genera algunos conflictos toda vez que en una comunidad se cuestiona la continuidad de la Norma Fundamental regente. En efecto, los representantes disponen de una vía libre para realizar alteraciones normativas en nombre del pueblo (1º caso), como así también para impedir cambios que hallen sustento en las demandas y en el apoyo de la sociedad (2º caso) o incluso para dificultarlos e imponerles trabas (3º caso).

Finalmente, esa marginación resulta afín al artículo V de la Constitución de Filadelfia de 1787.¹⁹ En tal sentido, George Mason, quien rehusó firmar la Constitución, objetó el texto final del artículo V bajo estos términos: «the whole of the people of America can't make, or even propose alterations to the Constitution».²⁰

alcance». Montesquieu, Charles Louis de Secondat (1984). *Del Espíritu de las leyes*. Libro I. Tierno Galván (pról.). Buenos Aires: Ediciones Orbis, p. 145-146.

18 Además se incorporó: una cláusula de defensa de la democracia, con el derecho de resistencia (art. 36); una alusión a los derechos políticos, sufragio e igualdad de oportunidades (art. 37); los partidos políticos (art. 38); la participación ciudadana en el control de los servicios públicos (art. 42); acciones de incidencia colectiva (art. 43); inclusión de minorías, como mujeres, niños, torturados, ancianos y pueblos originarios (art. 75, incs. 17, 22 y 23); el deber del Congreso de promover los valores democráticos (art. 75, inc. 19).

19 Su texto completo dice: «El Congreso, cuandoquiera que dos tercios de ambas Cámaras lo consideren necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución, o, a requisición de las Asambleas Legislativas de dos tercios de los diversos Estados, convocará una Convención para que proponga enmiendas, las cuales, en cualquier caso, serán válidas para todo intento y propósito, como parte de esta Constitución, una vez ratificadas por las Asambleas Legislativas de tres cuartos de los Estados, o por Convenciones en tres cuartos de los mismos, según uno u otro modo de ratificación sea propuesto por el Congreso; considerando que ninguna enmienda que sea hecha antes del año mil ochocientos ocho podrá afectar en forma alguna a las cláusulas primera y cuarta de la novena sección del artículo primero; y que ningún Estado, sin su consentimiento, será privado de su igual sufragio en el Senado».

20 Citado en Colón-Ríos, Joel I., *Five Conceptions of Constituent Power*. *Law Quarterly Review*, Nº 130, septiembre de 2013, (p. 306-336), p. 331.

III. SISTEMAS FLEXIBLES Y DEMOCRÁTICOS

Una postura completamente enfrentada a la suscripta por James Madison era la defendida por Thomas Jefferson,²¹ quien creía que los muertos no tienen derechos para gobernar a los vivos, justamente porque la «tierra pertenece a la generación viviente».²² Su objeción intergeneracional sostenía que a las generaciones pasadas no se les debería permitir atar el presente. En su opinión, los fundadores tienen que ser respetados, pero no venerados. Por estas razones, insistió en que la Constitución debería ser repensada por varias mentes de cada tiempo, ya que la naturaleza del autogobierno se vuelve a concebir a la luz de las circunstancias cambiantes. El pueblo, según él, ha de regirse, no simplemente mediante la gobernanza cotidiana bajo una carta fija, sino también repensando los términos de la vida política y social. De hecho, en el texto de la Declaración de la Independencia plasmó que el pueblo tiene el derecho «a reformarla o abolirla», cuanto a «organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad».

En espacios temporales semejantes y bajo una óptica similar a la de Jefferson, la Carta Fundamental de Francia del año 1793 expresaba que «un pueblo siempre tiene derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras» (art. 28). Sincrónico con esta perspectiva, Juan Bautista Alberdi, autor intelectual²³ de la Constitución argentina de 1853, señaló que «no se ha de aspirar a que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos».²⁴ Precisamente de esa premisa y de sus desarrollos teóricos es posible colegir que el Padre Fundador latinoamericano tampoco imaginaba un orden constitucional inmutable, ni excesivamente rígido.²⁵

21 Otra reconstrucción de las divergencias entre Jefferson y Madison se encuentra en: Sunstein, Cass R. (2009). *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press.

22 Jefferson, Thomas (1950). *The Papers of Thomas Jefferson*. Boyd, Julian P. (ed.). Princeton: Princeton University Press, vol. 1, cap. 2, doc. 23. Recuperado de: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>.

23 Sabido es que Alberdi no fue convencional de la Asamblea Constituyente que dio lugar a la Constitución vigente.

24 Alberdi, Juan Bautista (2004). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Rosario: Ulrica Ediciones, p. 44. Sieyès se expresa de modo similar: la comunidad puede alterar su Constitución tan pronto como sus intereses lo requieran (Sieyès, Emmanuel [1973]. *¿Qué es el Tercer Estado?* México: UNAM).

25 En esta misma línea de pensamiento es que Alberdi disponía de una visión dinámica del constitucionalismo latinoamericano, en efecto, cambiante según las necesidades, exigencias, experiencias y angustias, específicas de cada momento. En tal sentido, según Gargarella, Alberdi entendía que el primer derecho constitucional de la región se había ocupado del drama de la independencia y su consolidación; en una segunda etapa, la propia de su época, estuvo orientada a las cuestiones atinentes al engrandecimiento económico, al desierto y a la mano de obra calificada. Por su parte, Gargarella agrega dos más: una tercera etapa, que fue la que se vivenció en la primera mitad del siglo XX, relativa al ingreso de los derechos sociales en la Constitución; y, por último, un cuarto momento, que se da a finales de esa centuria, con la inclusión política—de

Ahora bien, retomando *El Federalista*, vale insistir en que allí explícitamente se contempla el «principio fundamental del gobierno republicano, que reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor en todo caso en que lleguen a la conclusión de que está en desacuerdo con su felicidad».²⁶ Sin embargo, el aspecto problemático de tal obra, plasmado también en la Constitución de Estados Unidos y de Argentina, tal como se intentó mostrar en el apartado anterior, reside en la ausencia de resortes populares para concretar aquel principio.

Sin embargo, a contraluz de lo establecido por algunas constituciones como las señaladas, el Derecho Público provincial argentino²⁷ y las cartas federales de Estados Unidos²⁸ tienen un alcance notable en materia de flexibilidad y participación popular. Estas últimas, en sintonía con los postulados jeffersonianos, contemplan que luego de cumplidos determinados períodos de tiempo, se lleve adelante una consulta ciudadana acerca de si desea mantener la norma regente o si se prefiere introducirle cambios; además, prevén la prerrogativa del pueblo de sugerir enmiendas; por último, receptan la posibilidad de que los habitantes activen el procedimiento de reforma constitucional mediante la propuesta de convocatoria de una Convención Constituyente.²⁹

Recientemente y en la misma línea, las nuevas constituciones latinoamericanas³⁰ proporcionan avances novedosos en el sentido aludido. Tal es así en las cartas del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009 (art. 411), Ecuador de 2008 (art. 444), Venezuela según enmienda de 2009 (arts. 347-350) y Panamá, conforme enmienda de 2004 (art. 314). Aquellas permiten concretar y materializar la soberanía del pueblo, mediante la reglamentación específica del poder constituyente de los electores—el cuerpo constituyente—. Concretamente, a través de la posibilidad de convocar asambleas constituyentes por medio de la iniciativa

minorías y grupos desaventajados—cuanto con la recepción normativa de instrumentos participativos. Gargarella, Roberto (2015). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.

26 Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, ob. cit., p. 334.

27 En cuanto a reformas totales o parciales, véanse las constituciones de: San Juan, Chaco y Mendoza. Respecto de las enmiendas ad referendum de uno o dos artículos, véanse las cartas de: San Luis, Río Negro, Chaco, Formosa, Tierra del Fuego, Misiones, San Juan, Mendoza, Chubut, Buenos Aires, Neuquén y La Rioja.

28 En línea con ellas, el artículo 115 de la Constitución de Francia de 1793 reza: «Si en la mitad más uno de los departamentos, la décima parte de las asambleas primarias de cada uno de ellos, regularmente constituidas, solicita la revisión del acta constitucional o la modificación de algunos de sus artículos, el cuerpo legislativo está obligado a convocar a todas las asambleas primarias de la República para saber si ha lugar a una convención nacional». Para su mejor comprensión, se trae el artículo 2: «El pueblo francés se distribuye, para el ejercicio de su soberanía, en asambleas primarias de cantones».

29 Dinan, John (2009). *The American State Constitutional Tradition*. Kansas: Kansas University Press, p. 45-46.

30 Para una sistematización de las experiencias constituyentes en la región, véanse: Negretto, Gabriel L., Los procesos constituyentes en América Latina Una visión comparada. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 16. Universidad Torcuato di Tella, diciembre de 2015; Rajland, Beatriz y Benente, Mauro (coords.) (2016). *El derecho y el Estado: procesos políticos y constituyentes en nuestra América*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.

popular —con recolección de firmas— y atribuir a estas entidades la potestad de redactar nuevas cartas, que luego deben ser ratificadas por la votación popular. En consecuencia, importan una alternativa democrática frente a las tradiciones liberales o conservadoras, previendo, en cambio, a un pueblo soberano que puede abolir y crear constituciones a voluntad, independientemente de la conducta del gobierno.

En tal cuadro, deviene interesante destacar las experiencias innovadoras en términos de participación y deliberación popular, más allá de lo previsto constitucionalmente, que han tenido lugar en Irlanda (2010-2013), Islandia (2010-2012)³¹ y el Estado Plurinacional de Bolivia (2006-2009)³². En tales casos, la sociedad, las organizaciones, campesinos, trabajadores, indígenas o ciudadanos —elegidos por sorteo—, toman al constitucionalismo *por asalto*, pues aquellos asuntos que históricamente habían sido reservados a reuniones y discusiones en privado de élites político-económicas o político-académicas, se resolvieron y abordaron en común con amplia intervención social.

IV. ANÁLISIS DE LOS DOS PROCEDIMIENTOS DESDE LA TEORÍA DEL DISCURSO³³

La relevancia de reconstruir la disputa entre Madison y Jefferson³⁴ encuentra fundamento en ejemplificar el punto y el contrapunto de un debate que prosigue hasta la actualidad, a lo largo y ancho del globo, aun en Mendoza, donde dicha tensión se remonta hasta la Convención Constituyente de 1915-1916, de la cual emana la Carta regente. Basta para comprobarlo atender a algunas expresiones que tuvieron cabida en aquella ocasión por parte de los convencionales mendocinos. En efecto, Day pronunció «... no hay nada más inconveniente que

31 Linares, Sebastián (2016). Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 17. Universidad Torcuato di Tella, julio de 2016.

32 Véase: Böhrtr Irahola, Carlos (2013). El Proceso Constituyente Boliviano. En Böhrtr Irahola, Carlos y Way Reyes, Norman Wray (eds.). *Los Procesos Constituyentes Boliviano y Ecuatoriano: Análisis Comparativo y Prospectiva*. Estocolmo: IDEA International.

33 La traducción del término alemán «Diskurs», en el sentido empleado por Habermas —que es el que se emplea en este trabajo—, merece una advertencia. «Discurso» en castellano hace referencia a una alocución que efectúa una sola persona, de manera monológica, ante oyentes que atienden pasivamente. Pero esto es lo opuesto a lo que se quiere referir. Más bien, se alude a «discusión».

34 Es posible encontrar un contrapunto similar al descripto también entre los pensadores Thomas Paine y Edmund Burke. El primero afirmaba que no podría existir jamás una Legislatura con el poder de mediatizar y controlar a una sociedad hasta el fin de los tiempos. Al contrario, el segundo pensaba que el Parlamento inglés de 1688 había sellado legalmente para siempre el destino de la posteridad. Véase: Holmes, Stephen (1999). El Precompromiso y la paradoja de la democracia. En Elster, Jon y Slagstad, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica (p. 217-262), p. 222-224.

la reforma total de una Constitución. Su reforma debe ser parcial...»,³⁵ y en idénticos términos se manifestó Tabanera: «Es muy peligroso estar reformando la Constitución todos los días...».³⁶ Por su lado, Legón—autor del anteproyecto de la reforma constitucional de 1943—ha de mantener viva la disyunción al decir que: «no hay que pagarse del engañoso espejismo de la perdurabilidad de las obras cumplidas... entre una inmutabilidad rígida y la variabilidad constante, existe un término medio conveniente que es la estabilidad razonable».³⁷

Este desacuerdo ilustra con claridad la pugna entre los defensores del *status quo* normativo³⁸ y los que pretenden reformas. O, formulado de otro modo, entre quienes propician procedimientos de reforma—por un lado—de tipo flexible y democrático, y quienes—por el otro—de tipo rígido, contramayoritario y en cabeza exclusiva del Estado. Según los primeros, la continuidad de la Constitución funciona como un freno elaborado por las generaciones fundadoras, que hay que mantener como valiosa herramienta para la protección de la libertad y los derechos ante los impulsos de transformación «desmesurada» de las mayorías o funcionarios. Para los segundos, los cambios son necesarios, a la par que significan resortes de reparación periódica frente a las generaciones anteriores, que nunca podrían obstruir ni condicionar la voluntad de las actuales con un esquema constitucional fijo, sin espacio para la ruptura, al menos sin desconocer los valores de la democracia, la soberanía popular y el autogobierno deliberativo.

El trasfondo de este dilema, que se da entre la voluntad democrática de un pueblo soberano y la herencia de un marco constitucional fijo—que limita esas expresiones—, entre los precompromisos constitucionales cuanto convencionales y la omnipotencia jurígena de la ciudadanía actualmente viva, o entre una sociedad que se autolimita y un pueblo libre, cobija—en última instancia—la compleja disyunción, también vigente desde otrora, entre constitucionalismo y democracia.³⁹ En definitiva, la prioridad que se conceda a los argumentos ofreci-

35 Honorable Convención Constituyente (1916). *Diario de Sesiones*. Mendoza: sin editorial, p. 388.

36 Ídem.

37 Legón, Faustino (1943). *Derecho Político Provincial*. Buenos Aires: Abeledo, p. 511.

38 En relación con esto: «the concept of constituent power typically involve some sort of challenge to the constitutional status quo» (Colón-Ríos, Joel I. Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, Nº 130, septiembre de 2013 [p. 306-336], p. 335).

39 En lo atinente a la disyunción entre los principios de Democracia y Constitución, se han planteado innumerables tipos de conexiones. Por un lado, algunos sostienen que existe una tensión irresoluble, razón por la cual escogen alguno de los dos ideales y le otorgan primacía a la democracia (v. gr. Dryzek, John S. (2000). *Deliberative democracy and beyond: Liberals, critics, contestations*. UK: Oxford University Press); o al constitucionalismo (v. gr. Dworkin, Ronald (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel). Por otro lado están quienes, pese a admitir que existe una relación dialéctica, afirman que entre ambas ideas normativas media una relación armónica o de cooriginalidad, pues se requieren mutuamente, son interdependientes y están implicadas mutuamente (v. gr. Habermas, Jürgen (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta). Finalmente, otros autores, sin desconocer que la tensión existe, consideran que es posible moderarla y armonizarla mediante el desarrollo de prácticas estatales y el diseño de instituciones inspiradas en los postulados comunes de dichos ideales (v. gr. Gargarella, Roberto (2009). *Constitucionalismo versus democracia*. En Gargarella, Roberto (coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot).

dos por Madison, o a las críticas que le efectúa Jefferson, ha de repercutir sobre la manera de articular los problemas constitucionales más antiguos y frecuentes.

Como reflexión final, cabe enfatizar que es la racionalidad discursiva, propia de una teoría deliberativa de la democracia, la que exige la presencia de inagotables ocasiones para argumentar, reconsiderar y autocorregir las medidas políticas tomadas o las normas sancionadas, entendidas como temporales, provisionales, abiertas al diálogo cuanto a reflexión permanente, sujetas a una interpretación dinámica, y situadas en un constante e ininterrumpido intercambio intelectual.

En sentido consonante, expresa Francesco Viola que ha desaparecido «la idea de un horizonte cultural estable, del que descienda una voluntad normativa constante».⁴⁰ Robert Alexy también hace lo suyo y rechaza las aspiraciones a resultados que queden fijos de modo inamovible.⁴¹ Por otro lado, también sostiene que las normas son «falsables», son fundamentadas solo provisionalmente.⁴² A su lado, Jürgen Habermas habla de un «aspecto de cambiabilidad» o de susceptibilidad de cambio, habida cuenta de la posibilidad siempre presente de modificar o derogar las medidas, razón por la cual queda abierta la posibilidad de revisar las ideas que de momento se suponen bien fundamentadas, a la luz de nuevas informaciones y razones que pueden surgir después.⁴³ Consistente con estas ideas, José Luis Martí señala que la democracia deliberativa conlleva intrínsecamente el principio de «procedimiento continuo», según el cual nunca dejan de examinarse nuevas razones, nunca se cierra esa posibilidad, ni se detiene.⁴⁴

En otros términos, si se suscribe el «principio del discurso» según el cual «válidas son aquellas decisiones (y solo aquellas) en las que todos los que pudieran verse afectados concurren a prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»,⁴⁵ luego se arriba a que el discurso constitucional nunca debe cerrarse, ni en términos de discusión, ni en términos de participación inclusiva. Con esto presente, se colige que los procedimientos constitucionales de reforma rígidos, contramayoritarios y que se desarrollan solamente en manos del Estado, significan una oclusión del discurso en los dos términos reseñados. A la inversa, entonces, los procedimientos flexibles, mayoritarios, deliberativos y con participación social se hallan en sincronía con el «principio del discurso».

Una interpretación distinta correría el riesgo de soslayar las numerosas razones que hay dentro de toda sociedad de habitantes que se suponen libres, iguales, autónomos y soberanos, tanto para consolidar prácticas conforme a las cuales

40 Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe (2007). *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*. Cebeira, Ana, De Prada, Aurelio y Richart, Aurelia (trads.). Madrid: Dykinson, p. 401.

41 Alexy, Robert (2012). *La construcción de los derechos fundamentales*. Clérigo, Laura y Sieckmann, Jan (trads.). 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 83.

42 Alexy, Robert (2014). *Teoría de la argumentación jurídica*. Atienza, Manuel y Espejo, Isabel (trads.). 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 141.

43 Habermas, Jürgen, ob. cit., p. 101.

44 Martí, José Luis (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Gargarella, Roberto y Moreso, José Juan (pról.). Madrid: Marcial Pons, p. 94.

45 Habermas, Jürgen, ob. cit., p. 172.

las decisiones se tomen no por imposición o coerción, sino por medio de discusiones, como así también para abandonar normas aceptadas hasta un momento determinado: el cambio en la interpretación o jerarquización de las necesidades, los nuevos conocimientos empíricos, la recopilación de información ampliada, la falta de previsión de determinadas consecuencias, la introducción de participantes que estuvieron excluidos, la advertencia posterior de contradicciones, el conocimiento de argumentos ignorados, el derribo de prejuicios, la renovación de intereses, la obtención de resultados desfavorables, etc.

V. CRÍTICA DE LOS SISTEMAS DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE MENDOZA DESDE UNA TEORÍA DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA

Es tiempo de examinar aquí el modo en que la Carta Fundamental de la provincia, vigente desde el año 1916, regula los aspectos bajo análisis. Concretamente y con respecto a la injerencia popular en el ejercicio del poder constituyente, en congruencia con gran parte de los estados federales norteamericanos y las reformas latinoamericanas, pero a diferencia de la Constitución Nacional, dispone que las propuestas de cambio constitucional provenientes de la Legislatura deben ser ratificadas por la sociedad mediante un referéndum, en los dos procedimientos de reforma que contempla: el de «un artículo»⁴⁶ y el «total o parcial».⁴⁷ Esto va en sintonía con los postulados jeffersonianos, y, por caso, con aquellos que se opusieron al Tratado de Unión—en 1706—entre Inglaterra y Escocia, con el argumento de que: «the members of Parliament had no right to alter the Constitution, without the consent of their constituents».⁴⁸

El primer procedimiento demanda dos instancias, una en la cual ambas Cámaras de la Legislatura sancionan con el voto de dos tercios de sus miembros una ley que declara la necesidad del cambio y, luego, otra donde esa intención es confirmada en una consulta popular, en la próxima elección de diputados

46 Desde la vigencia de la Constitución regente se ha hecho uso de este mecanismo sucesivas veces: a) en 1939, el art. 199 inc. 5 (la rentabilidad de los cargos de intendente y concejales); b) en 1964, art. 202 inc. 8 (el porcentaje destinado a sueldos de empleados municipales lo fija la Legislatura); c) en 1985, el art. 120 (elección directa de gobernador y vicegobernador); d) en 1989, art. 198 (elección directa de intendentes); e) en 1990, el art. 1 (propiedad de la provincia sobre los yacimientos y fuentes de energía); f) en 1997, el art. 150 (introducción del Consejo de la Magistratura); g) en 2005, el art. 151 (eliminación de la indexación del salario de los magistrados y consagración del deber de abonar aportes con fines de previsión u obra social).

47 Desde la vigencia de la Constitución de 1916, se ha hecho uso de este procedimiento en 1939. Mientras que en 1987 y en 2001 tan solo se intentó sin éxito, dado que no se consiguió en el referéndum la mayoría—de los «empadronados»—exigida por sentencia de la Corte (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, caso «Unión del Centro Democrático y Otros c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza», 4-05-1989).

48 Colón-Ríos, Joel I., *Five Conceptions of Constituent Power*. *Law Quarterly Review*, Nº 130, septiembre de 2013 (p. 306-336), p. 319.

(art. 223).⁴⁹ En cambio, el proceso de modificación «total o parcial» (art. 219) consta de tres etapas, tanto la primera (art. 220) como la segunda (art. 221) son idénticas al proceso de reforma descrito, pero se agrega una tercera, que se inicia ante una Convención Constituyente, cuyos miembros son elegidos por el pueblo y tienen a cargo el desarrollo del proceso de revisión propiamente dicho (art. 222).

Luego de dilucidado el marco que antecede, se han de analizar los factores de rigidez propios de la Carta de Mendoza y la vinculación de estos con la democracia. Ante todo, cabe subrayar que está caracterizada por ser «rígida», antes que flexible, pues sus rasgos se condicen con determinados factores.⁵⁰ Es escrita (1º factor de rigidez), a la vez que goza de un régimen jurídico especial, diverso y más complejo del establecido para la formación de las leyes, en el sentido de que no puede ser alterada, «total o parcialmente» por los poderes públicos ordinarios sino por una convención elegida por votación popular (2º factor de rigidez). Tal componente no existe en el procedimiento de reforma de «un artículo», ya que es la misma Legislatura la que reemplaza el texto,⁵¹ pero tiene otro, que está dado por el hecho de que tal reforma solo puede realizarse con el «intervalo de 1 año por lo menos» (art. 224).⁵²

La rigidez bajo análisis se encuentra envuelta en tensiones contrapuestas. De un lado, entra en conflicto con el principio democrático, pues para llevar adelante la transformación se exige tanto la presencia de mayorías agravadas —súper-mayorías— en la sanción de la Ley Declarativa de la Necesidad de Reforma (3º factor de rigidez), cuanto que sea aprobada por ambas cámaras legislativas (4º factor de rigidez). Pero, del otro lado, tal carácter se presenta como democrático, en virtud de que precisa que aquella norma de la Legislatura sea avalada en un referéndum popular (5º factor de rigidez).

Así las cosas, los dos procedimientos de reemplazo constitucional de la Constitución provincial se comprometen notablemente con la voluntad de la sociedad, ya que a más de la intervención de la sociedad en la elección de los

49 Una crítica a la norma constitucional que ata la elección de diputados a una decisión de importancia tal como lo es el referéndum constitucional, puede encontrarse en Ibáñez Rosaz, Víctor E., La reforma de la Constitución de Mendoza y la oportunidad del referéndum popular. *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, año XLII, 3 de noviembre de 2003, p. 11-14. El autor remarca que la superposición en un solo acto del referéndum con los comicios que tienen por objeto la elección de quienes ocuparán cargos políticos resulta negativa toda vez que aquél forma parte inescindible del ejercicio del poder constituyente derivado, y participa de su naturaleza.

50 Para el estudio de tales factores, véase: Alterio, Ana Micaela (2017). La relación entre rigidez y supremacía constitucional: Un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. México: Suprema Corte de Justicia, año 3, Nº 4.

51 Este particular procedimiento de reforma difumina la distinción entre Poder Constituyente y Poder Constituido, al permitir que sea este último quien pueda introducir cambios en la Constitución.

52 El fundamento de tal restricción es ilustrada por el Convencional Julián Barraquero, quien señalaba que esperaba que «hubiera sangre nueva, nuevas opiniones en la Legislatura para hacer la reforma»; precisamente buscaba evitar que «una misma Legislatura, sin renovación, hiciera reformas» (Honorable Convención Constituyente, *Diario de Sesiones*. Mendoza: sin editorial, 1916, p. 389).

representantes—legisladores y convencionales—, prevén un referéndum popular. Esto torna la decisión de revisión más democrática, firme, consistente y consensuada. Con esto presente, es dable concluir que una de las derivas de las consideraciones previas consiste en que la rigidez constitucional no es necesariamente contra-mayoritaria y, por tanto, no resulta inexorablemente antidemocrática.⁵³ Sobre ello, Micaela Alterio puntualiza que los procedimientos especiales de modificación no persiguen petrificar una formulación constitucional específica. Es más, se logra apreciar que la configuración de mecanismos agravados de reforma, pueden, incluso, potenciar la calidad democrática de la reforma, en la medida en que las pretensiones de reforma solo han de ser exitosas en tanto consigan atravesar las trabas impuestas por la rigidez de la madeja constitucional.

Ahora bien, pese a que ambos procedimientos constitucionales exigen la participación del pueblo, es posible realzar algunas críticas que surgen desde una concepción más exigente de democracia, que es la que aquí interesa sostener: la ofrecida por una teoría deliberativa de la democracia.⁵⁴ Ésta se basa, *grosso modo*, en un sistema de toma de decisiones donde la participación inclusiva de la ciudadanía y el libre intercambio de razones, de manera pública y en pie de igualdad, es un componente necesario para la legitimidad de cualquier medida política.⁵⁵

En cuanto a los postulados (P) del proceso deliberativo de toma de decisiones, Martí⁵⁶ los resume en ocho: P1) argumentación; P2) apertura; P3) colectividad; P4) continuidad; P5) inclusión; P6) publicidad; P7) igualdad entre los participantes, y P8) libertad de los interesados. A su vez, como lo constata el aludido autor, el proceso de deliberación intersubjetiva posee cuatro efectos epistémicos

53 Alterio, Ana Micaela, ob. cit.

54 El sistema democrático deliberativo se distingue de las siguientes concepciones de gobierno: epistémica (Nino), procedimental (Urbinati), pluralista (Dahl), elitista (Schumpeter), minimalista (Sunstein), agonista (Mouffe) y populista (Laclau). Al respecto, puede abundarse en: Nino, Carlos Santiago (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa, p. 197-198; Martí, José Luis (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Gargarella, Roberto y Moreso, José Juan (pról.). Madrid: Marcial Pons; Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia (2013). Procedural democracy, the bulwark of equal liberty. *Political Theory*, p. 441-481.

55 Dicha definición genérica de democracia deliberativa se halla respaldada por las teorizaciones efectuadas en los siguientes trabajos: Dryzek, John S. (2000). *Deliberative democracy and beyond: Liberals, critics, contestations*. UK: Oxford University Press; Elster, Jon (1998). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press; Gutmann, Amy, Thompson, Dennis F. (1998). *Democracy and disagreement*. Cambridge: Harvard University Press; Nino, Carlos S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa; Parkinson, John, Mansbridge, Jane (2012). *Deliberative systems: deliberative democracy at the large scale*. Cambridge: Cambridge University Press; Rawls, John (1995). *Liberalismo político*. México: UNAM; Rostboll, Christian F. (2008). *Deliberative freedom: deliberative democracy as critical theory*. NW: State University of New York Press; Habermas, Jürgen (2008). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta, entre otros.

56 Martí, José Luis, ob. cit., p. 90-97.

(E):⁵⁷ E1) permite el intercambio y recopilación de un gran bagaje informativo;⁵⁸ E2) facilita la detección de errores; E3) controla aspectos emocionales y filtra preferencias irracionales; E4) dificulta la manipulación y las acciones estratégicas.

Entonces, si se asume este criterio como parámetro, se colige que una reforma constitucional será más legítima mientras más democrático y más deliberativo haya sido el procedimiento para realizarla. A la inversa, ostentarán un serio déficit de legitimidad (DL) aquellas basadas únicamente en la decisión de un referendo popular (DL1), como en la mera elección popular de los representantes partidarios (DL2) y en la deliberación exclusiva entre ellos (DL3). Asegurar tales estadios y ceñirse a ellos es necesario en virtud de la exigencia constitucional, pero no es suficiente para el giro deliberativo pues, según tal teoría, la legitimidad se ha de lograr más allá, por medio de un proceso ampliamente discursivo, que favorezca la introducción de perspectivas por parte del pueblo en la elaboración de las normas que van a regir la vida en común.

Respecto a DL1, si bien la apelación a los votantes del referéndum⁵⁹ en los procesos de reforma que estipula la Constitución de Mendoza genera un vínculo notable entre la revisión constitucional, la soberanía popular y el poder constituyente, aquel se sustenta en una visión binomial del pueblo, que solo puede optar por decisiones «en pro» o «en contra» (arts. 221 y 223), mediante la regla de la mayoría. De manera que, frente a medidas constitucionales de extenso alcance y complejidad, al pueblo, reducido a electorado, se le da solamente la posibilidad de votar entre un simple binario. Semejante grado de simplificación no parece justificado ante la tarea de presentar un cambio constitucional. Si se concibe a la teoría de la legitimidad en clave deliberativa como objetivo loable, entonces los referendos no son la solución, o en el mejor de los casos, tan solo son una pequeña parte de ella.⁶⁰ Por ende, esta forma de participación, si es usada de manera central, resulta inconducente a la deliberación necesaria para formar, receptar o reformular las preferencias informadas de la ciudadanía.⁶¹

57 Martí, José Luis, ob. cit., p. 193-201. También: Gargarella, Roberto (1995). *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires: Miño y Dávila, p. 136-137. De manera similar, Robert Alexy desarrolla las reglas del discurso práctico o de la situación ideal de diálogo, que precisamente persiguen la libertad y la igualdad en la argumentación intersubjetiva, implicando parámetros críticos para evaluar situaciones fácticas concretas (Alexy, Robert [2014]. *Teoría de la argumentación jurídica*. Atienza, Manuel y Espejo, Isabel (trads.). 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Contra la visión epistémica de la democracia deliberativa: Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, *Procedural democracy, the bulwark of equal liberty*. *Political Theory*, 2013, p. 441-481.

58 Gargarella señala que ninguna institución en particular basta para que se tomen en consideración todos los aspectos importantes relativos a un tema específico. Gargarella, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En Gargarella, Roberto (comp.) (2014). *Por una justicia dialógica; El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 169.

59 Para un estudio de la experiencia de los referendos en temas de reforma constitucional, véase Contiades, Xenophon y Fontiadou, Alkmene (2016). *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*. London y New York: Routledge.

60 Oklopcic, Zoran (2012). Constitutional (re) vision: sovereign peoples, new constituent powers, and the formation of constitutional orders in the Balkans. *Constellations*, vol. 19, Nº 1, p. 81-101.

61 Negretto, Gabriel L. (2015). Procesos constituyentes y refundación democrática: El caso de Chile

Tierney detalla los riesgos (R) implicados en las instancias puramente participativas: R1) la manipulación por parte de las élites; R2) el déficit de deliberación previa, y R3) el peligro de la regla de la mayoría, bajo las condiciones de R1 y R2.⁶² En otras palabras, el referéndum podría limitarse a un intento de otorgar apariencia de legitimidad democrática a un proceso en esencia excluyente.⁶³ Por su lado, Hanna Lerner reconstruye los debates constitucionales israelíes e indios a fin de plasmar los límites del principio mayoritario en la resolución de disputas sobre los objetivos del Estado. Allí, sin perjuicio de sus aciertos o desaciertos, se plantearon dos argumentos ilustrativos. Uno pragmático, que descansaba en el supuesto según el cual cualquier imposición de una decisión mayoritaria sobre las minorías cargaría con el riesgo de exacerbar el conflicto y la desestabilización social. Otro consensual, que yacía en que una medida legítima debería contar con un amplio apoyo popular. En los dos casos se reconoció que la democracia no puede consistir únicamente en la regla de la mayoría –pues existen otras, como la garantía de los derechos fundamentales–, y que las definiciones de la colectividad sobre sus compromisos últimos tienen que descansar en un extenso consenso.⁶⁴

Las instancias puramente decisionistas detentan dificultades para generar una genuina deliberación argumentativa y ampliada, pues la sociedad se limita a votar por sí o por no, cuya tesis está dada por la creencia de que los legisladores son quienes deben determinar los puntos de reforma necesarios, mientras que los convencionales son los que deben llevarla a cabo.⁶⁵ En fin, el referéndum se asemeja a lo que la presentación de la obra significa para el pianista. Vale decir, se trata de la última instancia de un largo proceso, cuya etapa previa al desenlace plebiscitario debiera estar integrada por espacios democráticos e inclusivos de preparación y diálogo. Mientras en el referéndum la cuestión es por todo o nada; en cambio, conforme al enfoque teórico adoptado, la ciudadanía en la instancia previa puede, por un lado, introducir matices y pretensiones, mientras que, por el otro, se encuentra habilitada para desafiar por razones los argumentos que los demás ofrecen. Por todo ello es que DL1 aparece como profundamente democrático, pero pobre en términos de deliberación.

A más de tal problemática, huelga advertir que el carácter democrático del referéndum dejó de ser tal cuando una sentencia interpretativa lo convirtió en su reverso: en contramayoritario.⁶⁶ En efecto, dado que la Constitución de

en perspectiva comparada. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, vol. 35, Nº 1 (p. 201-215), p. 211.

62 Tierney, Stephen (2012). *Constitutional Referendums: The theory and practice of republican deliberation*. London: Oxford University Press.

63 Davies, Bledodyn (2015). Popular Participation and Legitimacy in Constitutional Change: Finding the Sovereign». *Liverpool Law Review*, vol. 36, Nº 3 (p. 277-297), p. 288.

64 Lerner, Hanna (2010). Constitution-writing in deeply divided societies: the incrementalist approach. *Nations and Nationalism*, vol. 16, Nº 1 (p. 68-88), p. 81-82.

65 En apoyo de esta tesis, véanse: Carey, John (2009). Does it matter how a Constitution is created? En Berany, Zoltan y Moser, Robert G. (eds.). *Is democracy exportable?* New York: Cambridge University Press; Ginsburg, Tom; Elkins, Zachary; Blount, Justin (2009). Does the process of constitution-making matter? *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, p. 201-223.

66 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, caso «Unión del Centro Democrático y Otros c/ Gobierno

Mendoza (arts. 221 y 223) se limita a exigir en el referéndum «el voto afirmativo de la mayoría de los electores de la Provincia», sin determinar si «electores» se refiere a los que efectivamente ejercieron el sufragio o a los que figuran como empadronados,⁶⁷ la Suprema Corte de Justicia hizo una lectura restrictiva de la disposición legal y exigió otra súper-mayoría al exigir la anuencia no de los «votantes» sino de los «empadronados».⁶⁸ Requisito que se agrava si se tiene en cuenta que, por lo general, un 20% del padrón no concurre a sufragar.

En relación a DL2, referido a la mera elección de los legisladores—que emiten la Ley Declarativa de la Necesidad de Reforma—cuanto de los Convencionales Constituyentes, es dable oponer desde el prisma teórico acogido que no es factible la legitimación de una decisión comunitaria con el simple acto de concurrir a las urnas para habilitar una infinidad de decisiones «en nombre del pueblo». Por el contrario, el ideal de autogobierno deliberativo e inclusivo no se desarrolla solo a través de la legitimación mediante elecciones, sino en la praxis diaria del proceso público discursivo. Justamente, porque «el pueblo» no se limita a una majestad unitaria que emana solo el día del sufragio, para proporcionar validez a las decisiones. Él no debiera estar menos presente ni ser menos legitimador de las interpretaciones en el proceso constitucional: como partido político, como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano, cuya competencia para la interpretación constitucional es un derecho.⁶⁹

La meta sería que las prácticas de las constituciones históricas, como aquellas en las que los obligados y quienes obligaban eran partes distintas, se dejen atrás

de la Provincia de Mendoza», 04-05-1989. Entre los argumentos más interesantes, vale destacar los siguientes: «...nada hay de injusto en la exigencia de mayoría sobre el total de empadronados, pues la finalidad del sistema no es premiar a los que no asisten sino impulsar a los partidos políticos y a las autoridades constituidas a generar corrientes de opinión...»; no existe verdadera expresión de la soberanía popular «cuando menos de la mitad del padrón se pronuncia a favor de la necesidad de reforma»; «...la reforma constituyente podría ser decidida por un número insignificante de la población, en contradicción con el principio democrático que se asienta en la soberanía del pueblo...».

67 Esta controversia es preexistente a la Carta regente y su primer antecedente se remonta a la gobernación de Jacinto Álvarez. Para entonces la Constitución de 1895 exigía para aprobar la reforma el voto afirmativo de la mayoría del pueblo; así pues, en 1899 a pesar de que el voto afirmativo no superó el 22% de los empadronados, la reforma tuvo lugar. El otro antecedente, ya bajo la Constitución actual, tuvo lugar en ocasión de la reforma del año 1939 (sobre el art. 199, inc. 5) cuando los votos afirmativos no alcanzaron al 42,5% de los empadronados, pese a lo cual el gobernador demócrata, Corominas Segura, promulgó la enmienda expresando lo siguiente: «...La soberanía se manifiesta por el voto del pueblo, la abstención es un vicio y una violación de los deberes del ciudadano que no puede tomarse como manifestación de voluntad. Resultaría antijurídico considerar que la palabra «electores» se refiera tanto a los que votan... como a los que no lo hacen, violando de esa manera el deber constitucional... no cabe tomar en consideración el silencio que ni aprueba ni rechaza y constituye un temperamento incompatible con el espíritu del referéndum. Siendo el principio general la primacía de la mayoría de las voluntades expresamente manifestadas por medio del voto...» (Decreto 269-G, B.O. 30-04-1940).

68 Una crítica al fallo se encuentra en: Sagües, Néstor P. (1988). El concepto de elector en el art. 221 de la Constitución de Mendoza. *Jurisprudencia Argentina*, Nº 2, abril de 1988, p. 450.

69 Häberle, Peter (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 6, Nº 11 (p. 29-61), p. 48.

para dar lugar a una ley fundamental formulada, antes que por «Nos (o ellos) los representantes del pueblo», por «Nosotros el pueblo». La cuestión de la participación democrática en el cambio constitucional busca fundamentalmente determinar al verdadero soberano en la Constitución. Al contrario, el sistema de reforma representativo elimina las opciones de un paso a la gente, en la medida que el voto es una «herramienta torpe» para propiciar un vínculo entre los representantes y las matices de las pretensiones de los representados.⁷⁰ Pero, como se detalló *ut supra*, la política no debiera tratarse solo de una práctica estatal, de donde surge un sometimiento pasivo a la sociedad, que se limita a la recepción de una orden.⁷¹

Esta objeción consiste en que se impide la iniciativa del pueblo en materia de reforma, de modo tal que su participación se limita a convalidar las iniciativas de cambio provenientes de los órganos Legislativo y Ejecutivo (art. 220). Por las mismas razones suscriptas en los escritos federalistas—en especial por Madison—o en la Constitución Nacional, el poder constituyente del pueblo aquí también solo puede ser activado por los poderes constituidos. Finalmente, al igual que DL1, DL2 es menesteroso respecto a la deliberación, pero vigoroso en cuanto al factor democrático—con la salvedad señalada sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia—.

Para presentar el problema de DL3, cobra interés la metáfora de Jon Elster, quien ha argumentado que el proceso constitucional de reforma ideal debe ser en forma de «reloj de arena». Primero, con una etapa ampliamente abierta, anterior a la redacción, que se desarrolla mediante consultas populares; luego, con una pequeña cintura, correspondiente al momento de la escritura por parte de la Asamblea Constituyente, donde un número restringido de convencionales elaboran la modificación a puertas cerradas; y con una última fase, también de gran debate y apertura, que va desde terminada la redacción hasta la presentación del proyecto al referéndum ciudadano. Según Elster, así se mejoraría la calidad de la deliberación puesto que se obtendrían varias ventajas: la inmunidad ante las presiones, la invulnerabilidad a las manipulaciones y la prevención frente a las pasiones del público externo.⁷²

A la inversa, DL3 está caracterizado por ser profundamente deliberativo, pero democráticamente pobre. El experimento mendocino, a tenor de la visión deliberativa de la legitimidad, debería esforzarse por ampliar la cintura del «reloj de arena», evitando toda clase de exclusividad y opacidad, a fin de hacerlo más

70 Gargarella, Roberto (2009). «Piedras de papel» y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional. En Gargarella, Roberto (coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 74-76.

71 La obra häberlina alude a una interacción entre los intérpretes, a una comunicación libre y abierta, a un proceso público, como así también a la influencia y complemento entre el Estado, las instituciones y la sociedad al momento de interpretar la Constitución. Häberle, Peter, ob. cit., p. 29-61.

72 Elster, Jon (2012). The optimal design of a constituent assembly. En Landemore, Hélène y Elster, Jon (eds.). *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 148-172.

inclusivo, transparente y dialógico en todas sus partes. Entonces ¿cómo lograr que estas instituciones representativas se plieguen a los deberes que se imponen desde este enfoque deliberativo de la democracia? El principio de representación política podría entenderse como la dinámica en la cual los mandatarios permanezcan permeables a las opiniones construidas o defendidas en la esfera pública informal por la ciudadanía y a su vez estén dispuestos a dialogar con ella y a aceptar aquéllas, para luego sustentar en los foros públicos formales el resultado de dichas interacciones con iguales o reconfigurados argumentos, a fin de transformarlos en normas de derecho coercitivo.⁷³

De esta forma, los habitantes podrán hacer manifestas sus pretensiones, aportes, problemas e intereses para incidir en la formación institucionalizada de la voluntad de los legisladores y de los convencionales.⁷⁴ Así, las personas que participen del proceso, en pie de igualdad, no solo han de mejorar la información de los legisladores y los convencionales, sino que también facilitarán un mayor conocimiento de los asuntos públicos que aborda el Estado por parte de la sociedad civil—tal como lo manda el principio republicano relativo a la publicidad de los actos gubernamentales—, que es quien en última instancia debe aprobar el referendo citado. La misión, sobre todo, reside en que la modificación no sea una medida solamente del gobierno, sino del pueblo. Su voluntad, que merece respeto y consideración, ha de respaldar esa decisión antes que con coerción, con un extraordinario nivel de discusión, lo que, en definitiva, se traduce en legitimidad democrática deliberativa.

El objetivo radica en desplazar la visión de la política centrada exclusivamente en el Estado, a partir de comprender que la ciudadanía también es capaz de acción colectiva, y de fortalecer el vínculo entre ella y los funcionarios, en aras de desarrollar un elevado grado de debate respecto a un asunto colectivo, con el fin de que los órganos institucionales adopten decisiones con alta dosis de calidad en términos de contenido, información, racionalidad, intersubjetividad y consenso—al menos sobre algunos puntos mínimos.

Finalmente, no obstante las significativas previsiones en la Carta Local atinentes a la soberanía del pueblo y a la democracia, cuanto a la intervención de la comunidad en varios pasajes referidos a los aspectos ordinarios y de revisión constitucional, puede advertirse del mismo modo que en la Nacional,⁷⁵ una discordancia entre las posiciones políticas de los convencionales constituyentes. Ya que a más de las notables instancias populares reseñadas, tienen cabida otras que estarían dadas por la émula a la «sala de máquinas» de la Constitución argentina, junto con la ausencia de espacios de discusión y decisión a disposición de la

73 Greppi, Andrea (2012). *La democracia y su contrario: representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Trotta, p. 12.

74 Al respecto puede verse un documento elaborado en la Provincia de Mendoza con motivo de la recopilación de propuestas de la ciudadanía, en: Giuffré, C. Ignacio y Lara, Andrea (coords.) (2017). *Bases ciudadanas para la reforma constitucional de Mendoza*. Mendoza: Ed. Legislatura de Mendoza.

75 Gargarella, Roberto (2015). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.

ciudadanía en asuntos ordinarios de gobierno y de reforma constitucional. Esto también es producto de la desconfianza al debate público y a las mayorías. De eso se sigue que el tejido institucional de Mendoza está signado por notas conservadoras y por otras demo-republicanas: mientras que la intervención popular es propia de la tradición radical, la expulsión del pueblo de los espacios de deliberación y de gobierno es una nota eminentemente conservadora (art. 9).⁷⁶

En definitiva, a los efectos de materializar el ideal de autogobierno ciudadano en el proceso de reforma o en la redacción de la nueva Constitución, deben adoptarse los postulados normativos que surgen de una concepción deliberativa de la democracia. Para ello, es imprescindible comprender que votar, deliberar y opinar son acciones totalmente distintas.⁷⁷

VI. APRECIACIONES CONCLUSIVAS Y PROVISORIAS

Toda comunidad al momento de estatuir o modificar su Constitución se enfrenta a una cuestión de importancia, la relativa al modo de llevar adelante el procedimiento de reforma y a cómo regular ese aspecto en el nuevo texto normativo. Ante tal reto, surgen al menos dos alternativas: por un lado, llevar adelante y contemplar en la futura Constitución procesos democráticos, deliberativos y flexibles de alteración constitucional; por el otro, realizar y prever procesos de sustitución constitucional en clave rígida, contramayoritaria y en cabeza exclusiva del Estado.

En dicho marco específico, la meta central del presente trabajo radicó en reconstruir y examinar de manera crítica algunas discusiones canónicas, como la de James Madison con Thomas Jefferson, en torno al modo de instituir los procedimientos de reforma constitucional y al derecho de la sociedad de darse —o al menos discutir— sus propias normas, a fin de estar en mejores condiciones de analizar, desde el prisma crítico de la teoría discursiva y la democracia deliberativa, estos aspectos en la centenaria Carta Fundamental de la Provincia de Mendoza.

De cara a llevar adelante el objetivo descripto, el trabajo se organizó argumentativamente en cinco partes. Primero, se hizo referencia a las posturas tradicionales que han defendido la organización de procedimientos de reforma

76 Para una profundización acerca de las notas conservadoras, socialistas, liberales y radical-democráticas, puede verse: Egües, Carlos (1994). Las declaraciones de derechos en perspectiva ideológica. En: Egües, Carlos y Segovia, Juan Fernando. *Los derechos del hombre y la idea republicana*. 1ª ed. Mendoza: Depalma, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, p. 3-74; Gargarella, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, ob. cit.

77 Véase: Rosanvallon, Pierre (2007). *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Ediciones Manantial, p. 25. También: Rousseau, Jean-Jacques (2005). *El contrato social*. Azcoaga, Enrique (trad.). Madrid: EDAF, p. 175-76.

rígidos, contramayoritarios y con intervención exclusiva del Estado (I), a la vez que se describieron sus presupuestos y la derivada ingeniería constitucional (II). A continuación, se describió la visión contraria, esto es, la que sustenta la flexibilidad de los procesos de reforma y el derecho del pueblo a intervenir en tales tareas, junto con algunas experiencias auspiciosas en términos de participación y deliberación que han tenido cabida en otras latitudes (III). En tercera instancia y bajo el prisma teórico de la teoría del discurso, se efectuó un examen de ambas concepciones (IV). En cuarto lugar, se hizo un repaso de las características de los procesos de modificación contemplados en la Constitución de Mendoza en aras de evaluarlos desde una teoría deliberativa de la democracia (V).

En suma, el debate acerca de cómo llevar a cabo el proceso de reforma constitucional en Mendoza y cómo regular ese procedimiento en la futura Ley Suprema, lejos de hallarse concluido, se encuentra en su punto de partida. La tarea no es sencilla, pero si los legisladores y convencionales constituyentes procuran concretar e instituir procesos dotados de legitimidad democrática, deberán abandonar viejas concepciones afincadas en la cultura política vigente que, en lugar de profundizar la democracia, la han entorpecido. Entonces, tendrán que extremar su originalidad para organizar mecanismos capaces de canalizar una interacción dialógica entre las ramas del gobierno y la sociedad, porque la materialización de grandes cambios y el reconocimiento del derecho a la justificación de las decisiones colectivas⁷⁸ precisan de la acción cooperativa de toda la comunidad. En definitiva, la historia mira. Ojalá se sepa responder, sin dilaciones, subterfugios, inmovilismos conformistas o parálisis injustificadas, a los desafíos que ya están entre los habitantes de una democracia que pide ser ensanchada.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1991). *We the People I. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- ALBERDI, Juan Bautista (2004). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Rosario: Ulrica Ediciones.
- ALEXY, Robert (2012). *La construcción de los derechos fundamentales*. Clérigo, Laura y Sieckmann, Jan (trans.). 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2014). *Teoría de la argumentación jurídica*. Atienza, Manuel y Espejo, Isabel (trans.). 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁷⁸ Forst, Rainer (2015). *Justificación y crítica: Perspectiva de una teoría crítica de la política*. Buenos Aires: Katz Editores.

- ALTERIO, Ana Micaela (2017). La relación entre rigidez y supremacía constitucional: Un análisis a la luz de las reformas constitucionales en México. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Suprema Corte de Justicia, México, año 3, Nº 4.
- ARRIMADA, Lucas (2011). La democracia como precondition del constitucionalismo: prácticas democráticas y reforma constitucional. En Gargarella, Roberto (coord.). *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- BÖHRT IRAHOLA, Carlos (2013). El Proceso Constituyente Boliviano. En Böhr Irachola, Carlos y Way Reyes, Norman Wray (eds.). *Los Procesos Constituyentes Boliviano y Ecuatoriano: Análisis Comparativo y Prospectiva*. Stockholm: IDEA International.
- CAREY, John (2009). Does it matter how a Constitution is created? En Berany, Zoltan y Moser, Robert G. (eds.). *Is democracy exportable?* New York: Cambridge University Press.
- COLÓN-RÍOS, Joel I. (2013). Five Conceptions of Constituent Power. *Law Quarterly Review*, Nº 130, septiembre de 2013.
- CONTIADDES, Xenophon y FONTIADOU, Alkmene (2016). *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*. London y New York: Routledge.
- DAVIES, Bledwyn (2015). Popular Participation and Legitimacy in Constitutional Change: Finding the Sovereign. *Liverpool Law Review*, vol. 36, Nº 3.
- DINAN, John (2009). *The American State Constitutional Tradition*. Kansas: Kansas University Press.
- DRYZEK, John S. (2000). *Deliberative democracy and beyond: Liberals, critics, contestations*. UK: Oxford University Press.
- DWORKIN, Ronald (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- EGÜES, Carlos (1994). Las declaraciones de derechos en perspectiva ideológica. En Egües, Carlos y Segovia, Juan Fernando. *Los derechos del hombre y la idea republicana*. 1ª ed. Mendoza: Depalma, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.
- ELSTER, Jon (1998). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2012). The optimal design of a constituent assembly. En Landemore, Hélène y Elster, Jon (eds.). *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ELY, John (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- FORST, Rainer (2015). *Justificación y crítica: Perspectiva de una teoría crítica de la política*. Buenos Aires: Katz Editores.
- GARGARELLA, Roberto (1995). *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires: Miño y Dávila.

- (2006). El constitucionalismo según John Rawls. En Amador, Claudio (comp.). *Rawls post Rawls*. Buenos Aires: Prometeo, Universidad Nacional de Quilmes.
- (2009a). «Piedras de papel» y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional. En Gargarella, Roberto (coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2009b). Constitucionalismo versus democracia. En Gargarella, Roberto (coord.). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En: Gargarella, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica; El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- (2015). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- (2017). Reconstruyendo el constitucionalismo latinoamericano. Texto brindado en el Seminario de Teoría Constitucional: una mirada igualitaria del constitucionalismo, dictado por Roberto Gargarella. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, 9-11-2017.
- GINSBURG, Tom; Elkins, Zachary y Blount, Justin (2009). Does the process of constitution-making matter? *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5.
- GIUFFRÉ, C. Ignacio (2018). Reforma de la Constitución y pueblo: revisión crítica y alternativas deliberativas. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires (publicación en prensa).
- GIUFFRÉ, C. Ignacio y LARA, Andrea (coords.) (2017). *Bases ciudadanas para la Reforma Constitucional de Mendoza*. Mendoza: Ed. Legislatura de Mendoza.
- GREPPI, Andrea (2012). *La democracia y su contrario: representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Trotta.
- GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis F. (1998). *Democracy and disagreement*. Cambridge: Harvard University Press.
- HABERMAS, Jürgen (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John (2010). *El Federalista*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- HÄBERLE, Peter (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución. *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 6, nº 11.
- HOLMES, Stephen (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En Elster, Jon y Slagstad, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Honorable Convención Constituyente (1916). *Diario de Sesiones*. Mendoza: sin editorial.

- IBÁÑEZ ROSAZ, Víctor E. (2003). La reforma de la Constitución de Mendoza y la oportunidad del referéndum popular. *El Derecho*, suplemento de *Derecho Constitucional*, año XLI, 3 de noviembre de 2003.
- JEFFERSON, Thomas (1950). *The Papers of Thomas Jefferson*. Boyd, Julian P. (ed.). Princeton: Princeton University Press, vol. 1, cap. 2, doc. 23. Recuperado de: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>.
- LEGÓN, Faustino (1943). *Derecho Político Provincial*. Buenos Aires: Abeledo.
- LERNER, Hanna (2010). Constitution-writing in deeply divided societies: the incrementalist approach. *Nations and Nationalism*, vol. 16, Nº 1, p. 68-88.
- LINARES, Sebastián (2016). Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Universidad Torcuato di Tella, vol. 17, julio de 2016.
- MADISON, James (1962). *The Papers of James Madison*. Hutchinson, William T. (ed.) et al. Chicago: University of Chicago Press, vol. 1, cap. 2, doc. 24. Recuperado de: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s24.html>.
- MACCORMICK, Neil (1993). Constitutionalism and democracy. En Bellamy, Richard (ed.). *Theories and concepts of politics: An introduction*. Manchester: Manchester University Press.
- MARTÍ, José Luis (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Gargarella, Roberto y Moreso, José Juan (pról.). Madrid: Marcial Pons.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (1984). *Del Espíritu de las Leyes*. Libro I. Tierno Galván (pról.). Buenos Aires: Ediciones Orbis.
- MOSER, Robert G. (ed.) (2009). *Is democracy exportable?* New York: Cambridge University Press.
- NEGRETTO, Gabriel L. (2015a). Procesos constituyentes y refundación democrática: El caso de Chile en perspectiva comparada. *Rev. Cienc. Polít.* Santiago, vol. 35, Nº 1.
- (2015b). Los procesos constituyentes en América Latina. Una visión comparada. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 16. Universidad Torcuato di Tella, diciembre de 2015.
- (2016). El poder constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, Nº 3.
- NINO, Carlos Santiago (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa.
- OKLOPCIC, Zoran (2012). Constitutional (re) vision: sovereign peoples, new constituent powers, and the formation of constitutional orders in the Balkans. *Constellations*, vol. 19, Nº 1.
- PARKINSON, John y MANSBRIDGE, Jane (2012). *Deliberative systems: deliberative democracy at the large scale*. Cambridge: Cambridge University Press.
- RAJLAND, Beatriz y BENENTE, Mauro (coords.) (2016). *El derecho y el Estado: procesos políticos y constituyentes en nuestra América*. Buenos Aires: CLACSO.
- RAWLS, John (1995). *Liberalismo político*. México: UNAM.

- ROSANVALLON, Pierre (2007). *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Ediciones Manantial.
- ROSTBOLL, Christian F. (2008). *Deliberative freedom: deliberative democracy as critical theory*. NW: State University of New York Press.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2005). *El contrato social*. Azcoaga, Enrique (trad.). Madrid: EDAF.
- SAFFON, María Paula y URBINATI, Nadia (2013). Procedural democracy, the bulwark of equal liberty. *Political Theory*.
- SAGÜES, Néstor P. (1988). El concepto de elector en el art. 221 de la Constitución de Mendoza. *Jurisprudencia Argentina*, Nº 2, abril de 1988.
- SIEYÈS, Emmanuel (1973). *¿Qué es el Tercer Estado?* México: UNAM.
- SUNSTEIN, Cass R. (2009). *A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before?* Princeton: Princeton University Press.
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza (1989). Caso «Unión del Centro Democrático y Otros c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza», 4-05-1989.
- TIERNEY, Stephen (2012). *Constitutional Referendums: The theory and practice of republican deliberation*. London: Oxford University Press.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (2007). *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*. Cebeira, Ana, De Prada, Aurelio y Richart, Aurelia (trads.). Madrid: Dykinson.
- WALDRON, Jeremy (2005). *Derecho y Desacuerdos*. Gargarella, Roberto y Martí, José Luis (pról.). Madrid: Marcial Pons.

7

La reforma de la Constitución de Mendoza y los llamados «proyectos abiertos». Algo más sobre las atribuciones del Poder Constituyente derivado y la oportunidad del referéndum popular

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz

«Cada una de las grandes cuestiones resueltas entre nosotros por el Derecho constitucional ha sido un drama prolongado y palpitante, una pasión o un martirio a que estas soluciones responden y se ligan».
(Bartolomé Mitre, Arengas, p. 301)

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES

Antes de ingresar en el análisis del tema central del presente trabajo, creemos indispensable reparar en algunos conceptos y advertencias fundamentales que nos servirán de norte a la hora de manifestar nuestra opinión sobre el procedimiento y contenido de la todavía posible reforma de la Constitución de Mendoza.

Mucho se ha escrito sobre el concepto de constitución y muchas son las definiciones que los autores han dado; incluso autores como García Pelayo han elaborado una «Tipología de los conceptos de constitución».¹

¹ Cfr. García Pelayo, Manuel (1957). Derecho Constitucional comparado. *Revista de Occidente*, 4ª ed., p. 33-53. Madrid.

En este trabajo no pretendemos extendernos sobre el concepto de constitución, pero somos conscientes de que al menos debemos hacer referencia a cuál de ellos adscribimos cuando nos referimos a ésta.

En este sentido, recordando a Joaquín V. González, podemos decir que la Constitución

... es...un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir; que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra patria hasta entonces informe, y, que como se ama a la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía y el despotismo.²

Es que no nos cabe la menor duda de que la Constitución es un orden fundamental que resulta de combinar la historia, la realidad y la razón; y a nuestro juicio la Constitución no es solo una superley escrita que corona la cúspide del orden jurídico que deba conocerse e interpretarse con la «...sola mirada del abogado perito en códigos constitucionales y sentencias de la Suprema Corte...», tal como señala Segovia haciendo referencia a los derechos humanos;³ es mucho más que eso, es, como ha señalado Carlos Egües: «...la expresión normativa del proyecto político de una comunidad».⁴

En este sentido, y siguiendo al autor citado, coincidimos con él en que

... toda norma constitucional escrita supone, como antecedente necesario, un conjunto de ideas políticas que pretenden plasmarse o realizarse en la realidad a través de su contenido normativo. Sus autores –y esto vale tanto para una constitución sancionada como para un proyecto– intentan conformar la realidad política a través de sus disposiciones... consecuentemente, toda constitución es una trama de ideas políticas y normas... Más o menos claras, más o menos coherentes, sistemáticas o no, las ideas de los constituyentes se expresan en preferencias institucionales traducidas en preceptos jurídicos, de modo que en el conjunto de disposiciones que conforman una constitución está presente un contenido ideológico susceptible de ser aprehendido... en los procesos constituyentes se alcanza una conclusión transaccional... Ideas políticas, influencias normativas, intereses, todo se amalgama, se funde, en concretas disposiciones que conforman un contenido ideológico... la historia nos enseña que las constituciones exitosas, aquellas que mantuvieron su vigencia por un largo período, son un resultado transaccional...⁵

Cuando partimos de este concepto de Constitución no podemos olvidar que la perdurabilidad de una carta es indispensable para lograr la concreción de su vigencia, y que en general el medio más apropiado para adecuarla al dinamismo de la vida social reside en su interpretación a la luz de los valores y principios determinantes de su sanción.

Juan B. Alberdi resumía brillantemente este pensamiento cuando decía: «... El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo

2 González, Joaquín V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ángel Estrada y Cía. Editores, p. 13.

3 Segovia, Juan Fernando (2004). *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 12.

4 Egües, Carlos Alberto. La reforma de la Constitución de Mendoza, trabajo inédito.

5 Cfr. Egües, Carlos Alberto (1996). Las ideas políticas en el constitucionalismo argentino del siglo XIX. Un aporte metodológico. Apartado de la *Revista Historia del Derecho*, Nº 24, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública... Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución».⁶

II. LA NECESIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, cuando hablamos de reforma constitucional tenemos que tener presente que toda pretendida modificación constituye o trata de constituir un balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos del cambio.

Cuando se opta por una reforma constitucional también se está optando por colocar encima del texto vigente necesidades que la comunidad política valora más que el estado de cosas hasta entonces establecido.

Miguel Carbonell sostiene acertadamente que «La actividad de reforma constitucional es un ejercicio más de democracia... y no un ejercicio cualquiera, pues la actividad reformadora del texto constitucional siempre opera para afectar a decisiones que en algún tiempo anterior se han considerado fundamentales por los habitantes de un Estado...».⁷

Es por ello que una reforma constitucional nunca debe emprenderse para llevar al texto necesidades coyunturales o intereses meramente partidistas, aunque debemos tener presente que evitar la reforma constitucional cuando sea realmente necesaria puede producir consecuencias nefastas.

En este sentido, la Constitución de Mendoza contiene un concepto fundamental en su artículo 220 cuando dice: «... la ley que declare la necesidad de la reforma...».

Es que no es lo mismo necesidad que conveniencia y la pregunta que debemos formularnos es si se torna ineludible la reforma de la Constitución de Mendoza para poder continuar rigiendo a la comunidad. De lo contrario puede suceder que se produzca un divorcio entre el proceso político y el texto constitucional.

Nuestra Constitución histórica data de 1854, fue redactada por Juan Bautista Alberdi y sufrió reformas en 1894, 1900, 1910, 1916, 1948 (Constitución peronista) y 1965.

La Carta vigente, con ligeras modificaciones, data de 1916 y se le han introducido reformas por el mecanismo de la enmienda de un solo artículo con

6 Alberdi, Juan Bautista (2002). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina derivados de la ley que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud*. Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. XXXI, p. 183-184.

7 Carbonell, Miguel. Sobre la reforma constitucional y sus funciones. En *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional* en honor de Pablo Lucas Verdú, Raúl Modoro y Pedro de Vega (dirs.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, t. II, p. 852.

posterioridad al retorno de la democracia en el año 1983; a saber: art. 120 –elección directa de gobernador y vicegobernador–, 1985; art. 198 –elección directa de intendentes–, 1989; art. 1 –propiedad de la provincia sobre los yacimientos y fuentes de energía–, 1990; art. 150 –introducción del Consejo de la Magistratura–, 1997, y art. 151 –alcance del concepto de intangibilidad de la remuneración de los magistrados.

Somos conscientes de que la Carta provincial que se sancionó y que desde hace 101 años nos rige, por cierto de avanzada en lo que respecta a los derechos sociales o de segunda generación previstos en sus artículos 44 y 45 –debemos recordar que las constituciones de Querétaro del año 1917 y de Weimar del año 1919 son citadas como aquellas que dieron nacimiento al llamado «Constitucionalismo Social»–, está pensada para aquella provincia de 1916 y refleja en muchos de sus mecanismos institucionales el deterioro que produce el paso de los años y su inadecuación a las circunstancias actuales.⁸

Producto de los fallidos intentos de reforma, nuestra Constitución histórica ha quedado atrás si analizamos el contexto de las demás constituciones provinciales, que desde 1986 han sido reformadas poniéndose a tono con las nuevas necesidades políticas, sociales y económicas en el marco de una democracia ya no solo representativa sino también decididamente participativa.

Es por ello que creemos que hoy puede hablarse de la «necesidad» de la reforma de nuestra Carta provincial, pues podemos resumir nuestra forma de pensar en este tema recurriendo a Faustino Legón, quien, al elaborar el anteproyecto de reforma de la Constitución provincial en 1943, sostuvo: «... no hay que pagarse del engañoso espejismo de la perdurabilidad de las obras cumplidas... entre una inmutabilidad rígida y la variabilidad constante, existe un término medio conveniente que es la estabilidad razonable...».⁹

III. EL CONTEXTO Y LA ACTITUD

Puestos en camino, coincidimos con Juan F. Segovia en que: «Hablamos de reforma de la Constitución provincial en un contexto marcado por:

- ▶ un sostenido retroceso del Estado;
- ▶ un proceso de globalización económico y cultural;
- ▶ una inflación de los derechos constitucionales, como da cuenta el Derecho público provincial;
- ▶ una globalización y desterritorialización del Derecho y de los derechos, que se han producido especialmente a través de la incorporación de tratados

8 En este sentido, puede consultarse el trabajo de Carlos Alberto Egües en esta misma obra.

9 Legón, Faustino (1943). *Derecho Político Provincial*. Buenos Aires: Abeledo, p. 511.

y convenciones internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, incorporado por la reforma constitucional de 1994);

- y una desconstitucionalización de ciertos derechos que no alcanzan a preservar su vida en la letra constitucional...».¹⁰

Es por ello que un proceso reformador requiere fundamentalmente consenso social y acuerdo político dentro de las previsiones señaladas por el contexto descrito; y a los actores principales de este proceso reformador les formulamos dos advertencias:

- a) la nueva Constitución –al igual que la vigente– deberá ser parca, escueta. La parquedad hace a la Constitución operativa, facilitando su conocimiento y comprensión por parte del conjunto social, y
- b) es indispensable evitar hacer dogmatismo de lo que en realidad es instrumental pues resulta nocivo transformarse en adalides de la representación proporcional, del uni o bicameralismo o de cualquier otra cuestión, como si en estos temas se resolvieran trascendentes cuestiones filosóficas o morales siendo solo alternativas institucionales que servirán a la postre al modelo institucional a plasmar que resulta así el punto decisivo.¹¹

IV. MAYOR O MENOR EXTENSIÓN DE LA PRETENDIDA REFORMA Y SU VINCULACIÓN CON LOS LLAMADOS PROYECTOS «ABIERTOS»

Llamamos proyectos abiertos a aquellos que declaran la necesidad de la reforma total de la Constitución, sin indicar los temas sujetos a revisión. Quienes los propician se fundan en la letra de la norma en una clara actitud racionalista propia de otro siglo.

Para poder avanzar nuestra opinión sobre este punto debemos recordar el concepto de Poder Constituyente derivado, derivativo o reformador, sus límites y requisitos de ejercicio.¹²

Linares Quintana define el Poder Constituyente como:

... la facultad inherente a toda comunidad soberana a darse su ordenamiento jurídico político fundamental, originario, por medio de una constitución; y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario. En el primer caso el Poder Constituyente es originario, en el segundo es constituido, instituido o derivado.¹³

10 Segovia, Juan Fernando. Reforma constitucional en Mendoza. Los derechos constitucionales, algunas notas dispersas. Conferencia pronunciada en la H. Legislatura de Mendoza el día 2 de junio de 2000, como parte del ciclo dedicado a la Reforma de la Constitución provincial.

11 Esta idea la hemos tomado del pensamiento de Carlos Alberto Egües, expresado en La reforma de la Constitución de Mendoza, trabajo inédito.

12 Nos limitamos a señalar los conceptos fundamentales que sirvan al lector para comprender nuestro planteo y lo remitimos, en punto a la temática del Poder Constituyente, al excelente trabajo de Carlos Alberto Egües en esta misma obra.

13 Linares Quintana, Segundo V. (1981). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 3ª ed., t. II, p. 405.

El Poder Constituyente derivado encuentra un antecedente jurídico infranqueable: el procedimiento de reforma trazado por la propia Constitución.

A lo expuesto se suma que para el caso de las provincias debe hablarse del Poder Constituyente «condicionado», toda vez que es éste el que ejercen las provincias y que se encuentra signado por la relación de supra subordinación que crea el sistema federal. En virtud de esta relación, el ordenamiento jurídico y el gobierno federal son supremos respecto de los estados miembros.¹⁴

Esta subordinación –jurídica por cierto– se encuentra prevista en nuestra Constitución Nacional en sus artículos 5; 27; 28; 31; 75, inc. 22, 1ª parte; 75, inc. 22, 2ª parte; 75, inc. 24; 99, inc. 2º; 99, inc. 3º, y 123 (orden jurídico político de prelación y adecuación de normas).

Resulta entonces que para el caso de las provincias debe hablarse del Poder Constituyente «condicionado» por el artículo 5 de la Constitución Nacional, hoy necesariamente completado con el artículo 123, normas éstas que establecen requisitos a los que debe ajustarse la Constitución provincial a los fines de que el gobierno federal le garantice a la provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Sabido es que la ley que declara la necesidad de la reforma no puede ser vetada por el órgano ejecutivo provincial. El límite impuesto al Ejecutivo es propio de la naturaleza preconstituyente de la norma, toda vez que del texto de la misma surgirán los temas habilitados para su reforma por la Convención, ya que ésta es un poder que no puede desligarse del ordenamiento anterior de donde encuentra su legitimidad.¹⁵

Resulta entonces que la Convención reformadora no puede apartarse del temario fijado por la ley que declara la necesidad de la reforma, ya que, como señala Vanossi,

... la convención que así actuara estaría transformando su título o, mejor dicho, estaría dejando de ejercer las competencias propias del llamado poder constituyente derivado o de reforma para asumir –en ese acto– el ejercicio de funciones propias de un constituyente originario, es decir, que estaríamos frente a un acto de poder constituyente revolucionario.¹⁶

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en este sentido *in re* «Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional» (C. S., 1999/08/19).

La aclaración que realizamos nos permite ahora avanzar dos opiniones importantes, una vinculada a los llamados proyectos abiertos, y la otra referida a la pretendida soberanía de las Convenciones constituyentes.

14 Cfr. Castorina de Tarquini, María Celia (1990). La Provincia y la Nación. En Pérez Guilhou, D. y otros. *Derecho Público Provincial*. Mendoza: Ed. Martín Fierro. Distribuidor Depalma, 1ª ed., p. 197.

15 Cfr. Castorina de Tarquini, María Celia (1987). Límites formales y materiales en las reformas constitucionales en torno a la reforma mendocina. *Idearium*, nº 13-1987, p. 276. Mendoza: Ed. Idearium. En lo referente al límite de la Convención reformadora trazado por el temario que fija la ley que declara la necesidad de la reforma, puede verse Luna, Eduardo Fernando (1990). Poder Constituyente y Reforma Constitucional. En Pérez Guilhou, D. y otros. *Derecho Público Provincial*. Mendoza: Ed. Martín Fierro, Distribuidor Depalma, 1ª ed., p. 570/571.

16 Vanossi, Jorge Reinaldo (1975). *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, t. I, p. 397.

1. En primer lugar, si bien el artículo 219 de la Constitución mendocina establece: «Esta Constitución podrá ser reformada en cualquier tiempo, total o parcialmente...», resulta evidente que la palabra total aquí debe ser interpretada armónicamente; es decir, lo que la Constitución habilita es una reforma de mayor o menor envergadura, pero no existe posibilidad alguna de efectuar una «reforma total», toda vez que en ese supuesto ya no podría hablarse de reforma constitucional sino de «sustitución de una Constitución por otra».

Una ley que declarara la reforma total de la Constitución sin delimitar los temas habilitados implicaría que la Legislatura dejara de cumplir acabadamente su función preconstituyente limitativa de la actuación de la Convención Constituyente, a la vez que, en el caso mendocino, colocaría al pueblo en la necesidad de pronunciarse por el sí o por el no de una reforma sin contenido. Y en este sentido, coincidimos con Zavalía cuando dice: «Un pueblo al cual se le somete en último término la sanción de Constituciones y de leyes, debe tener necesariamente la capacidad suficiente para discernir y, sobre todo, para poder sustraerse a los mirajes engañosos de las cosas».¹⁷

2. En segundo lugar, recordamos que en alguna oportunidad las convenciones reformadoras han esgrimido una pretendida soberanía que atenta abiertamente contra los principios señalados.

En este sentido, cabe recordar que la reforma parcial de la Constitución mendocina del año 1965 reimplantó el mecanismo indirecto de elección de gobernador y vicegobernador.

En aquella oportunidad la ley que declaró la necesidad de la reforma no incluyó como tema habilitado el sistema de elección de gobernador y vicegobernador; no obstante, en la Convención reformadora se sostuvo que el poder constituyente era la más alta expresión, la más representativa, de la soberana voluntad del pueblo y que, en consecuencia, correspondía declarar soberana a la asamblea constituyente, la que debía ejercer sus facultades sin limitación alguna y, por ende, los temas incluidos en la ley de convocatoria debían considerarse como simplemente enunciativos.¹⁸

Salvador Dana Montaña, comentando el caso señalado, sostiene que:

El procedimiento, o intervención directa del electorado provincial en la gestación de la reforma, bajo la forma de un referéndum obligatorio, no puede olvidarse cuando se trata de determinar la naturaleza y extensión de los poderes de las convenciones, tanto reformadoras como constituyentes, porque asigna al pueblo de la Provincia, a través de la consulta, un papel decisivo en la realización o no de la reforma total o de la enmienda parcial de su Ley Fundamental...¹⁹

Pensamos que en las reformas llamadas «abiertas» la Convención Constituyente es soberana «de hecho», y esto nos lleva a pronunciarnos en contra de este tipo de reformas.

17 Zavalía, Clodomiro (1928). *Derecho Público Provincial y Municipal*. Buenos Aires, t. I, p. 175.

18 Cfr. Dana Montaña, Salvador. *Un pésimo antecedente: la declarada soberanía de la Convención Reformadora de la Constitución de Mendoza*. L.L., p. 121-785.

19 Dana Montaña, Salvador, ob. cit.

Para comprender lo que sostenemos resulta fundamental tener presente que la facultad de declarar la necesidad de la reforma de la Constitución acordada al Congreso Nacional por el artículo 30 de la Constitución Nacional, y a la Legislatura provincial por los artículos 219 y siguientes de la Carta mendocina, es de naturaleza diversa a la legislativa ya que importa un acto que conduce de manera directa a la reforma constitucional. En este sentido se advierten dos funciones realizadas por órganos distintos, a saber: la función preconstituyente realizada por el órgano legislativo cuando declara necesaria la reforma y habilita los temas que puede reformar la Convención Constituyente, y la función constituyente realizada por un órgano extraordinario.

Es que el ejercicio del poder constituyente derivado, constituido o reformador, tiene carácter excepcional. En este sentido, Sánchez Viamonte dice:

... el poder constituyente es la soberanía originaria extraordinaria, suprema y directa... extraordinaria, porque a diferencia de los poderes del gobierno, que son ordinarios y permanentes, el poder constituyente actúa solo cuando es necesario dictar una Constitución o reformarla y cesa cuando ha llenado su cometido...²⁰

Esta naturaleza excepcional y limitada también es reconocida por Recaséns Siches, quien sostiene que la facultad de reformar la Constitución: «...aunque tenga carácter extraordinario, es una competencia basada en el derecho constituido...».²¹

Es por ello que la llamada función preconstituyente –que significa que el proceso reformador se ha iniciado en el seno de la Legislatura– trae como consecuencia lógica que la ley que declara necesaria la reforma no pueda ser vetada por el Poder Ejecutivo.

V. EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

Puestos a analizar seriamente la temática de la mayor o menor envergadura de una posible reforma constitucional, teniendo presente la distinción entre reforma total y parcial que recepta nuestra Carta, podemos distinguir en el Derecho Público provincial comparado al menos cinco modalidades de tratamiento de la temática referida, a saber:

20 Sánchez Viamonte, Carlos (1958). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz, p. 92. En el mismo sentido, Segundo V. Linares Quintana, citando a Sánchez Viamonte sostiene que: «No basta reconocer que la reforma constitucional tiene carácter extraordinario, es indispensable reconocer que es función constituyente y que solo el poder constituyente puede ejercerla como titular» (Linares Quintana, Segundo V. [1978]. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, t. III, p. 205).

21 Recaséns Siches, Luis (1931). *El Poder Constituyente*. Madrid, p. 77.

- a) Constituciones que no receptan la distinción de reforma total y parcial y nada dicen sobre el temario de puntos habilitados ni sobre la supra-subordinación de la Convención Constituyente.

Es el caso de la Carta de la provincia de San Juan (art. 274 y ss.).

- b) Constituciones que receptan la distinción entre reforma total y parcial y nada dicen sobre el temario de puntos habilitados ni sobre la supra-subordinación de la Convención Constituyente.

Estas cartas son las de las provincias de Mendoza (arts. 219, 220, 221 y ss.), Misiones (art. 172 y cc.) y Tierra del Fuego (arts. 191, 192 y cc.). Respecto de esta última, nos parece valiosa la obligación que impone de publicar durante 30 días corridos en los medios masivos de comunicación de la provincia la declaración de necesidad de reforma, junto con la fecha en la que se elegirán los convencionales.

- c) Constituciones que receptan la distinción entre reforma total y parcial, exigiendo en este último caso un temario de puntos habilitados, y se pronuncian (algunas) sobre la supra-subordinación de la Convención Constituyente.

Ellas son las de las provincias de Buenos Aires (art. 206 y cc.); Catamarca (art. 281 y cc.) –aclarando la subordinación de la Convención al temario habilitado por la H. Legislatura y la supraordinación de aquélla a ésta al establecer que la Convención no estará obligada a modificar, suprimir o complementar las disposiciones de la Constitución cuya reforma hubiera sido declarada necesaria, cuando considere que no existe esa necesidad–; Corrientes (arts. 177, 178 y cc.) –aclarando la supra-subordinación de la Convención–; Chubut (art. 266 y cc.); Entre Ríos (art. 217 y cc.); Jujuy (art. 97 y cc.); Río Negro (art. 111 y cc.); Santa Fe (art. 114 y cc.); Santiago del Estero (art. 223 y cc.), y Tucumán (art. 127 y cc.). Esta última también exige, en caso de especificación de temas habilitados, y antes de convocarse al pueblo para la elección de los convencionales, la publicación de los mismos por espacio de 2 meses cuando menos en los principales periódicos de la provincia (art. 128).

- d) Constituciones que receptan la distinción entre reforma total y parcial, exigiendo expresamente temario de puntos habilitados en todos los casos y se pronuncian (algunas) sobre la supra-subordinación de la Convención Constituyente.

Ellas son las Cartas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 60 y cc.); Chaco (arts. 207, 210 y cc.); Formosa (art. 124 y cc.); La Pampa (art. 125 y cc.); La Rioja (art. 161 y cc.) –aclarando que la Convención no podrá incluir en la reforma otros puntos que los expresados en la Ley de Convocatoria, pero no está obligada a modificar, suprimir o complementar las disposiciones de la Constitución cuando considere que no existe necesidad o conveniencia de la reforma–; Salta (art. 184 y cc.) –estableciendo que son nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, subrogaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de las

materias habilitadas por el Poder Legislativo, en ejercicio de la facultad preconstituyente–, y San Luis (art. 281 y cc.).

- e) Constituciones que no receptan la distinción entre reforma total y parcial, pero aclaran sin excepción la necesidad del temario de puntos habilitados y la supra-subordinación de la Convención Constituyente.

Son las cartas de las provincias de Córdoba (art. 196 y cc.); Neuquén (art. 296 y cc.), y Santa Cruz (art. 155 y cc.) –estableciendo que precisados por la Cámara los puntos sobre los que versará la reforma, y antes de convocarse al pueblo para la elección de los Constituyentes que han de verificala, dichos puntos se publicarán durante 1 mes en los principales periódicos de la provincia.

De lo expresado surge que de veinte constituciones provinciales que distinguen entre reforma total y parcial, diez exigen temario de habilitación en el último caso, tres nada dicen y siete lo exigen tanto para los casos de reforma total como parcial.

Por otra parte, cuatro constituciones provinciales no receptan la distinción entre reforma total y parcial, de las cuales tres exigen temario de habilitación y una de ellas guarda silencio en este tema.

A nuestro juicio –fundados en lo expresado *supra* y teniendo presente el panorama del Derecho Público provincial–, no existe posibilidad de llevar adelante una reforma de nuestra Carta provincial de las llamadas «abiertas», máxime si tenemos presente que nuestro sistema de reforma prevé un referéndum popular obligatorio. En este sentido, recordamos a Karl Lowenstein cuando dice que:

La ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea el monopolio de un único detentador del poder, sino que debe estar lo más distribuida posible. Deben participar en ella el gobierno, el parlamento y el pueblo organizado como electorado.²²

Mal puede participar el pueblo, si debe pronunciarse sobre una pretendida reforma cuyo contenido desconoce por completo.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA Y EL REFERÉNDUM POPULAR

Para finalizar, creemos importante señalar algunas reflexiones que desde hace tiempo venimos formulando sobre la oportunidad del referéndum constitucional previsto en nuestra Constitución provincial.²³

22 Lowenstein, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Trad. de Alfredo Gallego, 2ª ed., p. 172.

23 En este sentido, puede verse Ibáñez Rosaz, Víctor E. (2003). La reforma de la Constitución de Mendoza y la oportunidad del referéndum popular. *Revista El Derecho*, Suplemento de *Derecho Constitucional*, año XLII, 3/11/2003, p. 11-14.

Sabemos que los dos últimos intentos de reforma parcial de la Constitución de Mendoza (únicos dos desde el retorno a la democracia) se frustraron en las urnas, toda vez que en ninguno de ellos se alcanzó la mayoría de votos requerida para convocar a la Convención Constituyente. Esto sucedió con las reformas cuya necesidad fuera declarada por leyes de los años 1987 y 2001.

Es que, a partir del fallo «Unión de Centro Democrático y otros c/Gobierno de la Provincia de Mendoza»,²⁴ la S.C.J.M. estableció la interpretación, hasta hoy sostenida, que corresponde darle a nuestra Carta provincial en lo atinente a la base de cómputo de los sufragios, así como la mayoría de votos requerida para convocar a la Convención Constituyente, atento a que la Constitución tanto en el artículo 221 (reforma parcial) como en el artículo 223 (reforma de un solo artículo), se limita a decir: «Si la mayoría de los electores de la Provincia votasen afirmativamente...».

El fallo señalado sentó la interpretación vigente hoy, al señalar en lo atinente a los puntos debatidos que:

- a) la mayoría de votos requerida es la de más de la mitad (considerando 5º);
- b) la palabra elector significa empadronado (considerando 5º);
- c) el texto constitucional exige para la reforma que la mayoría vote afirmativamente, por lo que es un caso en que el silencio es respuesta negativa (considerando 5º).

Nuestra Carta provincial establece en sus artículos 221 y 223 que la oportunidad –tanto en caso de reforma parcial como enmienda– del referéndum será «en la próxima elección de diputados».

No obstante estar convencidos de que debe mantenerse en nuestra Constitución el referéndum popular como garantía para evitar continuos intentos de reforma constitucional, creemos también que los sucesivos fracasos no tienen que ver ni con la base de cómputo de los sufragios ni con la mayoría exigida por aquella.

Para nosotros, la superposición en un solo acto del referéndum constitucional con los comicios que tienen por objeto la elección de quienes ocuparán cargos políticos, resulta negativa, toda vez que el citado referéndum forma parte inescindible del ejercicio del Poder Constituyente derivado y, como tal, participa de su naturaleza, la que difiere sustancialmente de la naturaleza del acto electoral.

Concluimos entonces que es necesario y conveniente separar el referéndum constitucional de toda otra fecha electoral, toda vez que debe existir, en un tema de tal trascendencia institucional, una clara conciencia de quienes sufragan si lo que se persigue es que el elector vote con madurez sustrayéndose a los mirajes engañosos de las cosas. De lo contrario, sucede que los partidos políticos utilizan la reforma constitucional como vehículo para acercar votos a sus candidatos y el pueblo se encuentra en el cuarto oscuro con un sinnúmero de boletas que

²⁴ Véase fallo *in re* «Unión de Centro Democrático y otros c/Gobierno de la Provincia de Mendoza», E.D., T. 133, p. 721/740.

le impide analizar a conciencia la necesidad o no de la reforma constitucional sometida a su voluntad.

Teniendo en cuenta las premisas señaladas, creemos que ha llegado el tiempo en el que debemos darnos cuenta de que una reforma de nuestra Constitución quizá no nos resuelva «todos» los problemas, pero no cabe duda de que nos permitirá a los mendocinos mejorar nuestro sistema institucional para que nuestra provincia siga siendo un ejemplo de cultura cívica para el país entero.

Apoya nuestro aserto César Enrique Romero cuando dice:

... La dinámica del proceso histórico-político ha producido un divorcio real y evidente entre la teoría y la praxis constitucional... Esta es la problemática institucional argentina desde hace años que todos reconocen, pero que nadie —o muy pocos— se esfuerzan en procurar darle solución o buscar las... técnicas que sirvan a una realidad que ha desbordado los esquemas formales. Es urgente, pues, ir a la Constitución real...».²⁵

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista (2002). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina derivados de la ley que preside al desarrollo de la civilización en la América del Sud*. Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. XXXI.
- CARBONELL, Miguel. Sobre la reforma constitucional y sus funciones. En *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, en honor de Pablo Lucas Verdú, Raúl Modoro y Pedro de Vega (dirs.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, t. II.
- CASTORINA DE TARQUINI, María Celia (1987). Límites formales y materiales en las reformas constitucionales en torno a la reforma mendocina. *Idearium*, Nº 13-1987. Mendoza: Ed. Idearium.
- (1990). La Provincia y la Nación. En Pérez Guilhou, D. y otros. *Derecho Público Provincial*. Mendoza: Ed. Martín Fierro. Distribuidor Depalma, 1ª ed.
- DANA MONTAÑO, Salvador. *Un pésimo antecedente: la declarada soberanía de la Convención Reformadora de la Constitución de Mendoza*. L.L.
- ECÜES, Carlos Alberto. La reforma de la Constitución de Mendoza, trabajo inédito.
- (1996). Las ideas políticas en el constitucionalismo argentino del siglo XIX. Un aporte metodológico. Apartado de la *Revista Historia del Derecho*, Nº 24. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1957). Derecho Constitucional comparado. *Revista de Occidente*, 4ª ed. Madrid.

²⁵ Romero, César Enrique (1976). *Estructuras reales de poder en la República Argentina*. Buenos Aires: Ed. Depalma, p. 50.

- GONZÁLEZ, Joaquín V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ángel Estrada y Cía. Editores.
- IBÁÑEZ ROSAZ, Víctor E. (2003). La reforma de la Constitución de Mendoza y la oportunidad del referéndum popular. *Revista El Derecho*, suplemento de *Derecho Constitucional*, año XLI, 3/11/2003, 11-14.
- LEGÓN, Faustino (1943). *Derecho Político Provincial*. Buenos Aires: Abeledo.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. (1978). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, t. III.
- (1981). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 3ª ed., t. II.
- LOEWENSTEIN, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona. Trad. de Alfredo Gallego, 2ª ed.
- LUNA, Eduardo Fernando (1990). Poder Constituyente y Reforma Constitucional. En Pérez Guilhou, D. y otros. *Derecho Público Provincial*. Mendoza: Ed. Martín Fierro. Distribuidor Depalma, 1ª ed.
- RECASÉNS SICHES, Luis (1931). *El Poder Constituyente*. Madrid.
- ROMERO, César Enrique (1976). *Estructuras reales de poder en la República Argentina*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos (1958). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz.
- SEGOVIA, Juan Fernando (2004). *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- VANOSI, Jorge Reinaldo (1975). *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, t. I.
- ZAVALÍA, Clodomiro (1928). *Derecho Público provincial y Municipal*. Buenos Aires, tomo I.



El ordenamiento territorial y la reforma constitucional en Mendoza

Andrea Juliana Lara

I. INTRODUCCIÓN. CONTEXTO

El proceso de consulta a los especialistas y a la ciudadanía sobre la reforma constitucional que se llevó a cabo desde la Legislatura de Mendoza durante todo el año 2016, arrojó como uno de sus resultados la necesidad de incorporar al texto constitucional disposiciones sobre la protección ambiental, de los recursos naturales¹ y el ordenamiento territorial. También se consideró la inclusión

¹ En efecto, se propuso contemplar una amplia tutela del medio ambiente, los recursos naturales, la función ambiental de la propiedad y una renta social y ambiental. Para ello, se manifestó la necesidad de incluir el desarrollo sustentable, deberes de preservación y de recomposición, derecho a un ambiente sano, la prohibición de comprometer las necesidades de generaciones futuras, el desarrollo humano, los principios ambientales, los deberes de las autoridades de proteger y velar por todo lo señalado, entre otros. Además, se sugirió incorporar una renta social ambiental que recaiga sobre proyectos ambientales tanto de particulares como del Estado. Cfr. Aldo Rodríguez Salas, Luis Escobar Blanco, Nelly Gray de Cerdán, Sandra Casabene y David Sosa, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016; C. Ignacio Giuffré, Jornada Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 18 de agosto de 2016; César Gutiérrez, Miriam Gallardo y Calle, Jornada Colegios y Consejos Profesionales: Reflexiones y aportes a una eventual reforma constitucional en Mendoza, Legislatura de Mendoza, 26 de septiembre de 2016; Diego Guida y Facundo Giner (Colegio de Agrimensura

al texto constitucional del concepto de función social de la propiedad, noción estrechamente vinculada a la función del Estado de ordenar el territorio.²

Enfocaremos este análisis en el ordenamiento territorial y en la necesidad de que un nuevo texto constitucional contenga una política de Estado indelegable en materia de ordenamiento territorial, que comprenda el planeamiento y la gestión del territorio integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural.³

II. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL

La función social de la propiedad está íntimamente vinculada con los procesos de ordenamiento territorial que el Estado lleva adelante, en la medida en que ese ordenamiento utiliza como herramienta para su realización la imposición de restricciones en interés público; es decir, de naturaleza administrativa.

La inclusión expresa de la función social de la propiedad⁴ en los textos constitucionales nacional y de las provincias ha tenido un derrotero que merece la pena destacar.

a. La inclusión a nivel nacional

La reforma constitucional nacional de 1949 incorporó expresamente la función social de la propiedad y el concepto de bien común como su principio rector.⁵

de Mendoza), aporte presentado en soporte papel en la Legislatura de Mendoza, octubre de 2016; Gustavo Castiñeira, aporte presentado por escrito en la Legislatura de Mendoza, octubre de 2016; Federación de Colegios de Abogados y Procuradores de Mendoza, aportes presentados a la Legislatura provincial, diciembre de 2016.

2 En cuanto no se puede concebir al dominio como derecho ilimitado, sino que su ejercicio debe ser regular, reglamentado y sujeto a limitaciones impuestas por el Estado en aras de compatibilizarlo con otros derechos y bienes colectivos, según lo ha sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional. C. Ignacio Giuffré, Jornada Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 9 de agosto de 2016. Además, conforme a las Constituciones de Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, Alemania, Holanda, Gran Bretaña y 14 provincias argentinas.

3 Nelly Gray de Cerdán y Aldo Rodríguez Salas, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016; Andrea Juliana Lara, Seminario de Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 15 de diciembre de 2016; Noelia Poblete, Mariano Grizzi y Esteban Pérez, Jornada Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 18 de agosto de 2016; Gisela Amorós y Rubén Capdevila, Jornada Concejales y Reforma, Legislatura de Mendoza, 30 de junio de 2016; Diego Guida y Facundo Giner (Colegio de Agrimensura de Mendoza), aporte presentado en soporte papel en la Legislatura de Mendoza, octubre de 2016. Incluso se mencionó la necesidad de que la regulación del ordenamiento territorial debía estar a cargo de un organismo estatal con jerarquía constitucional.

4 Y no implícito como el que se desprende del artículo 14 de la Constitución Nacional.

5 «Capítulo IV. La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica. Art. 38 — La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones

Esta fórmula, no obstante su posterior derogación, fue replicada en varios textos constitucionales provinciales.

Luego, la reforma de 1994 introdujo una serie de normas que, lejos de acercar el texto constitucional a una posición liberal, posibilita expresamente una intervención mayor del Estado en la economía. Estas normas no solo están contenidas en diversos artículos del texto constitucional, sino también en los tratados internacionales que han adquirido jerarquía constitucional en virtud de las previsiones del artículo 75 de la c. n.⁶

En efecto, la protección del derecho de propiedad ha sido consagrada con distinto alcance en los tratados a los que nos referimos. Así, la Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXIII que toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre consagra no solo el derecho a la propiedad individual y colectivamente sino también la prohibición de que se prive de ella arbitrariamente, aunque sin hacer mayores especificaciones (art. 17).⁷

Es la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que prevé expresamente en su artículo 21 que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. También, que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

De esta manera, a partir de la reforma constitucional de 1994, el concepto de función social de la propiedad explícitamente consagrado en el artículo 21 de la Convención, ha sido incorporado expresamente a nuestro diseño constitucional.⁸

que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación argentina. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempo de paz».

6 Ellos son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura, la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia. No derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

7 «Artículo 17. 1) Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2) Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.»

8 Debe, no obstante, tenerse presente la reserva argentina a dicho artículo, según la cual: «El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo

Tal normativa es el fundamento suficiente de las limitaciones y restricciones impuestas en interés privado y público, respectivamente.

A la luz del artículo 21, es necesario que tales limitaciones estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. Por su parte, la proporcionalidad en la imposición radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las limitaciones en particular y las restricciones, deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.⁹

De esta manera, el Sistema Internacional de Derechos Humanos, que goza entre nosotros de jerarquía constitucional, nos muestra en este punto su plena vigencia y operatividad para fundar la constitucionalidad de la función social de la propiedad.

Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no incluyó en la versión sancionada el artículo 15 del Título preliminar contenido en los proyectos preliminares, que establecía que

... las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código. La propiedad tiene una función social y, en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establece la ley con fines de bien común.

Muchas voces se alzaron en contra de esta exclusión de último momento, incluso algunas que vieron en ello una amenaza a los procesos de ordenamiento territorial en cuanto entendían que con la exclusión se privaba al Estado de competencias para regular el uso del recurso suelo.

b. La inclusión en el constitucionalismo provincial y Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Las provincias argentinas han ido incorporando sistemáticamente, a lo largo de varias décadas, la función social de la propiedad a sus propias constituciones,¹⁰ llegando a veces a incluir un concepto amplio de interés público refiriendo expresamente la potestad de expropiar o de imponer otras restricciones.¹¹

que los Tribunales nacionales determinen como causas de «utilidad pública» e «interés social», ni lo que estos entiendan por «indemnización justa».

9 Párrafo 145; cfr. (*mutatis mutandi*) Caso Ricardo Canese, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C Nº 111; Caso Herrera Ulloa, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C Nº 107, y Caso Ivcher Bronstein, sentencia 6 de febrero de 2001, serie C Nº 74.

10 Es el caso de más de 10 provincias argentinas.

11 Es el caso de la Constitución del Chaco que declara la expropiación procedente por causa de utilidad pública y también por el interés social (art. 40), al igual que la de San Juan (art. 21). La de La Pampa reemplaza el concepto de utilidad pública por interés social (art. 33) y Santa Fe se refiere al interés general (art. 15).

A los efectos del ordenamiento territorial, es relevante que los textos constitucionales locales consagren la función social de la propiedad, y aún más que lo haga el texto constitucional nacional o el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Y esto es así a nuestro entender toda vez que la función social de la propiedad es el fundamento de las restricciones impuestas en interés público, cuyo poder de imposición es local.

En definitiva, el debate sobre la función social de la propiedad no es ajeno al constitucionalismo local, que ha buscado y encontrado sus propias respuestas. Lo mismo debería hacer la provincia de Mendoza pensando en el ordenamiento territorial.

III. LA VISIÓN DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL ARGENTINO Y DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

El constitucionalismo provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha abordado la temática del ordenamiento territorial de diversas maneras; las clasificamos del modo siguiente: 1) como declaración, derecho o garantía del ciudadano y obligación del Estado, 2) como política pública o de Estado y 3) como competencia.

a. Como declaración, derecho o garantía del ciudadano y obligación del Estado

La Constitución de Corrientes regula el ordenamiento territorial de manera específica, y lo consagra como un «Derecho», incorporado como tal en el capítulo de derechos, declaraciones y garantías.¹²

Establece las pautas que ese ordenamiento debe cumplir para ser un ordenamiento legítimo: debe ajustarse a una planificación democrática y participativa, y la utilización del suelo no debe afectar el interés general. También refiere el cumplimiento de los fines sociales de la actividad urbanística mediante la intervención en el mercado de tierras y la captación del incremento del Valor Agregado por planes u obras del Estado, y las funciones fundamentales que deben cumplir las áreas urbanas.

Chaco, con menos detalle, también consagra el derecho social a la fijación de políticas de reordenamiento territorial, de suelo urbano y salud ambiental.¹³

12 Capítulo XII Del Ordenamiento Territorial Ambiental, art. 61 y sigs.

13 Consagra como un derecho social el derecho a la fijación de políticas de reordenamiento territorial, desarrollo urbano y salud ambiental con la participación del municipio y entidades intermedias (art. 38, inc. 7).

San Juan consagra el ordenamiento territorial como una obligación del Estado de actuar en determinado sentido, ordenando el espacio, como contrapartida del derecho de los habitantes a un ambiente urbano saludable.¹⁴

b. Como política pública o de Estado

La otra forma de abordar el tema del ordenamiento es como política pública. Esta técnica ajena a nuestro diseño constitucional provincial se fue incorporando a varias constituciones provinciales en los sucesivos procesos de reforma constitucional, sobre todo a partir de 1994.

Es el caso de Río Negro, que establece pautas para la política pública de ordenamiento territorial; son muy similares a las que consagra la provincia de Corrientes, aunque el abordaje que ésta hace es como derecho. Esto muestra que hay una suerte de aprendizaje en materia de ordenamiento territorial en el constitucionalismo provincial.¹⁵

Chubut establece que debe haber una política de ordenamiento territorial con miras al uso racional del suelo y lo vincula a la vivienda.¹⁶

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires consagra la obligación concreta de instrumentar como política de Estado de la ciudad un proceso de «Ordenamiento Territorial y Ambiental Participativo y Permanente».¹⁷

Disposiciones similares contiene la Constitución de Entre Ríos.¹⁸

14 Establece el derecho de los habitantes a un ambiente humano de vida salubre y ecológicamente equilibrado y del deber de conservarlo; el Estado tiene el deber de ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados (art. 58).

15 En el capítulo de políticas sobre recursos naturales encontramos las pautas para el OT (art. 74).

1. La utilización del suelo debe ser compatible con las necesidades generales de la comunidad.

2. La ocupación del territorio debe ajustarse a proyectos que respondan a los objetivos, políticas y estrategias de la planificación democrática y participativa de la comunidad, en el marco de la integración regional y patagónica.

3. Las funciones fundamentales que deben cumplir las áreas urbanas para una mejor calidad de vida determinan la intensidad del uso y ocupación del suelo, distribución de la edificación, reglamentación de la subdivisión y determinación de las áreas libres.

4. El cumplimiento de los fines sociales de la actividad urbanística mediante la intervención en el mercado de tierras y la captación del incremento del valor originado por planes u obras del Estado.

16 Vinculada con la política de Estado en materia de vivienda (art. 77), dispone que:

La política respectiva provee al ordenamiento territorial con miras al uso racional del suelo, al interés público y a las características de las diversas comunidades.

17 En el capítulo cuarto referido al ambiente que refiere tanto derecho y garantías como políticas especiales. Sostiene que la ciudad instrumenta un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente (arts. 27 y ss.).

18 Establece en el artículo 84 que un ente tendrá a su cargo el diseño y la política ambiental, siendo uno de sus instrumentos el ordenamiento territorial.

c. Como competencia

El tercer modo de abordar el ordenamiento territorial en las constituciones provinciales es como competencia de alguno de los órganos del Estado, contenida por tanto en la parte orgánica, ya sea atribuyéndola al Legislativo, al jefe de gobierno, en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o a los municipios.

La función de ordenar el territorio como competencia específica existe en las Constituciones de Entre Ríos,¹⁹ la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²⁰ y Córdoba.²¹

Entendemos que abordar el ordenamiento territorial como competencia propia de cada poder hace correr el riesgo de perder de vista la necesaria articulación que debe existir entre los distintos actores del ordenamiento territorial para que dicha función cumpla los resultados esperados y las finalidades previstas.

Por eso, la visión del ordenamiento territorial como política pública, más allá de la competencia de dictar una ley o de hacerla cumplir, nos parece superadora para poner el acento en la gestión del territorio y en sus resultados, siempre vinculados al desarrollo humano.

IV. EL TEXTO CONSTITUCIONAL MENDOCINO Y LOS INTENTOS DE REFORMA

La Constitución mendocina no contiene la palabra «ambiente», «rural», «urbano» y, obviamente, no contiene mención alguna al ordenamiento territorial. Tiene más de cien años, y a lo largo de su vigencia, la única incorporación que se ha podido hacer es la vinculada con la propiedad de los recursos naturales, que fuera efectuada mediante el procedimiento constitucional de enmienda del artículo 1º.²²

19 Art. 240.

20 Art. 104.

21 Art. 104.

22 La Provincia de Mendoza es parte integrante e inseparable de la Nación Argentina y la Constitución Nacional es su Ley Suprema.

Su autonomía es de la esencia de su gobierno y lo organiza bajo la forma republicana representativa, manteniendo en su integridad todos los poderes no conferidos por la Constitución Federal al Gobierno de la Nación.

Sus yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, como así también toda otra fuente natural de energía sólida, líquida o gaseosa, situada en subsuelo y suelo, pertenecen al patrimonio exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado Provincial. Su explotación debe ser preservada en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

La Provincia podrá acordar con otras y con el Gobierno Nacional sistemas regionales o federales de explotación.

Texto según ley 5557.

Conviene referir que la Constitución mendocina se puede modificar de dos maneras: por un proceso de reforma total o parcial a los términos de los artículos 219,²³ siguientes y concordantes, y por un procedimiento de enmienda a los términos del artículo 223.²⁴

Haciendo un repaso a los intentos de reforma por enmienda de los últimos años se verifica que ningún proyecto legislativo se ha ocupado de la protección del ambiente en sentido amplio o del ordenamiento territorial.²⁵

Por el contrario, cuando se analizan los intentos de reforma parcial promovidos por el Poder Ejecutivo,²⁶ sucedidos en poco menos de 20 años, no solo se advierte una preocupación constante por la protección del ambiente previendo en los proyectos de leyes que declaran la necesidad de la reforma, la incorporación de normas de protección específicas, sino que además este es uno de los puntos de consenso mayoritario.²⁷

Cuando buscamos referencias al ordenamiento territorial, solo las encontramos en el proyecto de ley que declara la necesidad de la reforma que tramitara en el expediente Nº 0000062874, que contempla la incorporación del tratamiento del recurso suelo en el capítulo de Derechos y Garantías; y, en ese sentido, habilita la incorporación de una cláusula que reconozca al suelo como un recurso natural y permanente de trabajo, producción y desarrollo, fomentando su preservación y recuperación, procurando evitar la pérdida de fertilidad, degradación y erosión, regulando el empleo de las tecnologías de aplicación para un adecuado cumplimiento de su función social, ambiental y económica.

También habilita el dictado de una ley que determine que la utilización del suelo no puede afectar el interés general; Que el ordenamiento territorial deba ajustarse a proyectos que respondan a objetivos, políticas y estrategias de planificación democrática y participativa de la comunidad; Que las funciones fundamentales que deben cumplir las áreas urbanas para una mejor calidad de vida determinen la intensidad de los usos y ocupaciones del suelo, distribución de

23 Esta Constitución podrá ser reformada en cualquier tiempo, total o parcialmente, en la forma que ella misma determina.

24 La necesidad de enmienda o de reforma de un solo artículo de esta Constitución, podrá ser declarada y sancionada también por dos tercios de los miembros que componen cada Cámara. Una vez dictada la ley que sancione la enmienda o reforma, se someterá al pueblo para que en la próxima elección de diputados se vote en todas las secciones electorales, en pro o en contra de la reforma sancionada.

Si la mayoría de los electores de la Provincia votase afirmativamente, la enmienda quedará aprobada por el pueblo y deberá ser promulgada por el Poder Ejecutivo e incorporada al texto de esta Constitución.

25 El análisis comparativo de los proyectos de enmienda originarios de la Cámara de Diputados y de la de Senadores se puede consultar en http://www.legislaturamendoza.gov.ar/?page_id=16937.

26 El análisis comparativo de los proyectos de reforma parcial propuestos por el Poder Ejecutivo se pueden consultar en http://www.legislaturamendoza.gov.ar/?page_id=16937.

27 Consideramos que hay consenso mayoritario a los efectos de este análisis cuando de tres proyectos, al menos dos se expresan en sentido similar. También hay consenso respecto a la necesidad de «reformular» normas referidas a los recursos naturales. Entendemos que el uso del verbo «reformular» no es el más adecuado; por el contrario, nos parece que los verbos adecuados son «ampliar» o «proteger», ya que la idea de «reformular» puede ser equívoca al logro de los objetivos que proponen aquellas acciones.

la edificación, reglamentación de la subdivisión y determinación de las áreas libres; Que fije el cumplimiento de los fines sociales de la actividad urbanística mediante la intervención en el mercado de tierras y la captación del incremento del valor agregado por planes u obras del Estado; Que establezca las condiciones del manejo de la tierra como recurso renovable, y a través de políticas adecuadas desaliente su explotación irracional y su tenencia libre de mejoras; Que el régimen de división, adjudicación y administración de las tierras fiscales contemple su finalidad de fomento, desarrollo y producción, la explotación directa y racional por el adjudicatario y la entrega y adjudicación preferencial a sus ocupantes, a pequeños productores y sus descendientes, y a personas jurídicas de organización cooperativa u otras formas asociativas; Que organice lo relativo a la titularidad catastral y dominial, situación de posesión o tenencia.²⁸

V. LA CONTRADICCIÓN: MENDOZA Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO DE AVANZADA EN MATERIA DE AMBIENTE Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL

A pesar de lo inespecífico de nuestro texto constitucional, Mendoza ha logrado sancionar leyes de avanzada en materia ambiental, siendo de las primeras en tener una Ley de Protección del Ambiente y en dictar y aplicar una Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo Nº 8051, de características únicas en nuestro país.

Nuestra ley 8051 ha definido al ordenamiento territorial como una política de Estado²⁹ con diversos caracteres: preventivo, prospectivo, de corto, mediano y largo plazo. También ha establecido cuáles son sus finalidades, entre las que destacamos las de detener, estabilizar y reorientar los procesos de intervención espontánea y el crecimiento urbano descontrolado; orientar los planes de inversión pública; mejorar la toma de decisiones y asegurar el proceso continuo de planificación para la gestión.

Como primer paso y por mandato de la ley, se elaboró el Plan Estratégico para Mendoza 2030, que luego fue elevado a la Legislatura, tal cual lo prevé la ley Nº 8051, y establece doce (12) ejes para el desarrollo futuro de Mendoza a largo plazo. En tal sentido, refiere la necesidad de consolidar un Estado fuerte, federal, eficaz, que sea transparente y regulador, potenciando la atribución y capacidad del Estado de planificar y de actuar articuladamente, de regular, controlar y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, vinculando la gestión del Estado y también la necesidad de desarrollar el territorio de manera

²⁸ El proyecto contenido en el expediente Nº 0000062874 se puede consultar en: http://www.legislaturamendoza.gov.ar/?page_id=16937.

²⁹ Artículo 1º, ley Nº 8051.

equilibrada, equitativa y sustentable. Se refiere a propender en el ordenamiento territorial a la igualdad y calidad de vida, planificar el desarrollo de los oasis, impulsar el desarrollo sustentable de las tierras no regadas, etc.

Será el Plan Provincial de Ordenamiento Territorial el que realice estos objetivos y principios, y que encuentra su fundamento en todos estos antecedentes y en el mismo mandato de la ley 8051. Pretende resolver los problemas estructurales para lograr el desarrollo territorial de Mendoza, y establece una metodología para gestionar la resolución de esas problemáticas en el corto, mediano y largo plazo, con una proyección de 30 años.

Resaltar esta normativa específica en materia de ordenamiento territorial tiene por finalidad poner en evidencia que, si bien es cierto que nuestra Constitución no menciona el «ambiente», ni lo «rural», ni lo «urbano», creemos que subyace en todo nuestro sistema legal una gran preocupación por el ambiente y el ordenamiento territorial que ha quedado plasmada en una legislación de avanzada, no obstante nuestro marco constitucional inespecífico.

VI. NUESTRAS CONCLUSIONES

Mendoza es una de las pocas provincias cuyo texto constitucional no contiene referencias a conceptos como «ambiente» u «ordenamiento territorial»; sin embargo, posee una ley de usos del suelo y ordenamiento territorial que refleja las visiones de las constituciones más avanzadas. En el caso mendocino, parece que hay una relación inversamente proporcional entre la mención constitucional y el desarrollo legislativo.

Esto demuestra que la propuesta de nuestros especialistas y de nuestra sociedad en el marco de las consultas, efectuadas durante todo el año 2016, es consistente con la conciencia generalizada sobre la importancia de regular el orden territorial para un mayor y mejor desarrollo, y con las tendencias más modernas del constitucionalismo provincial, que fue el primero que incorporó los derechos sociales.

Algunos podrán sentirse tentados a afirmar que no tiene sentido incorporar a las constituciones provinciales una extensa nómina de derechos, garantías o declaraciones que están, de alguna manera, consagrados en los tratados internacionales o en la Constitución Nacional.

Sin embargo, debe recordarse que las provincias han conservado las competencias no delegadas expresamente a la nación, y es con respecto a esas competencias que pueden establecer una caracterización más específica de los derechos o de su ejercicio particular y de las obligaciones que el Estado provincial tiene a su cargo para asegurar su efectiva vigencia. Y hablamos nada más y nada menos que de salud, de educación, de régimen electoral, de ambiente, de recursos naturales, de vivienda, de hábitat y también de ordenamiento territorial.

Por eso nos parece pertinente consagrar en el texto constitucional las pautas para el cumplimiento de ciertas obligaciones, o para el ejercicio de determinadas funciones, así como también los derechos y garantías concretos que los ciudadanos poseen como contracara de aquéllas, juntamente con las políticas públicas vinculadas a esas temáticas.

Por ello sostenemos que una reforma constitucional en Mendoza no debería dejar de plasmar en su texto los lineamientos para el desarrollo del ordenamiento territorial participativo a largo plazo, que trascienda las voluntades políticas coyunturales y las urgencias. Se trata, en definitiva, de constitucionalizar una realidad y una conciencia que ya existe entre nosotros, dándole la normatividad y estabilidad que permita avanzar sin improvisaciones en el camino hacia un desarrollo humano sostenible.

9

Los ciclos constituyentes provinciales en la Argentina^{*}

Pablo Luis Manili

INTRODUCCIÓN

Voy a hablar de un tema que es una especie de marco teórico respecto de lo que se está gestando en esta provincia. Digo marco teórico porque el tema asignado es los distintos momentos constitucionales que hubo en el constitucionalismo provincial argentino; es decir, sería una especie de presupuesto de trabajo de lo que puede ocurrir en esta hermosa provincia.

Como es sabido, la Constitución Nacional es de 1853, y contiene un marco normativo dentro del cual se deben desarrollar las constituciones provinciales; o sea, que cada provincia no es plenamente soberana cuando se da su Constitución, sino que tiene limitaciones que vienen impuestas por la Constitución Nacional.

^{*}«Los ciclos constituyentes provinciales en la Argentina», desgrabación de la conferencia dictada por el Dr. Pablo Luis Manili en el marco del Seminario sobre la Reforma de la Constitución de la Provincia de Mendoza, en la Legislatura de Mendoza, el 7 de diciembre de 2016.

- El artículo 5 de la Constitución Nacional le impone a las provincias la obligación de garantizar la educación primaria, la administración de justicia y el régimen municipal.
- El artículo 123, incorporado en la reforma constitucional de 1994, le impone a las provincias la obligación de respetar las autonomías provinciales.
- A la vez, todos los derechos y garantías que están contemplados en la Constitución Nacional también actúan como límites para las constituciones provinciales, dado que éstas no podrían desconocer los derechos que la Constitución Nacional garantiza.

Entonces, lo primero que tenemos que entender frente a una reforma de la constitución provincial, es que estamos dentro de un marco limitado; limitado por la carta magna federal. Esa carta ha ido atravesando los tiempos; ha ido atravesando nuestra historia. Desde 1853 hasta la última reforma de 1994 se ha ido adaptando a los tiempos de una manera gradual, teniendo en cuenta lo que fue la accidentada historia política argentina. Ello es así por los golpes de Estado, por todos los problemas económicos y sociales que tuvimos, etc. Dentro de todo, la Constitución Nacional tuvo pocas reformas. Hay países de Latinoamérica donde, entre reformas y enmiendas, durante el siglo **xx** tuvieron más de noventa; por ejemplo, México, lo que, dicho con todo respeto, no es serio. La constitución se hace para los tiempos; la constitución se hace para el porvenir; se hace para otras generaciones, no se hace para la coyuntura; no se hace para solucionar un problema del día de hoy, ni un problema del día de mañana, se hace para los tiempos.

I. PRIMER CICLO

Entonces, para ir entrando en tema: Lo primero que tenemos que señalar es que hubo muchas provincias que se dieron sus propias constituciones antes de que se dictara la Constitución Nacional. Entonces, es ahí donde encontramos las dos primeras etapas del constitucionalismo provincial. Ambas, las dos primeras, son previas a 1853.

Tenemos una primera etapa dentro de éstas, que funcionó desde 1819 hasta aproximadamente 1822, apenas después de la declaración de la independencia que fue en 1816. Por ejemplo, la provincia de Santa Fe sancionó su primera constitución en el año 1819, cuando en el sistema federal apenas si teníamos el Estatuto Provisorio de 1815; es decir, un avance bastante importante por parte de la provincia de Santa Fe.

Hubo en este período tres experiencias confederadas, bastante peculiares: 1) una fue la que se desarrolló con las provincias de Tucumán, Catamarca y Santiago del Estero, en 1820. Esas tres provincias se dieron una Constitución, conjuntamente las tres, y en ella manifestaron que venían a crear la República Federal de

Tucumán, que era una unión de tres provincias. II) Lo mismo ocurrió con Mendoza, San Juan y San Luis en 1821, donde crearon una especie de confederación que se llamaba «Los pueblos unidos de Cuyo», que tenía sus tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. III) Y otro tanto hicieron Salta y Jujuy en 1821, también se dictaron conjuntamente una constitución donde tenían una forma precaria (pero forma al fin) de división de poderes.

Dentro de este período, también se dieron sus constituciones, ya no confederadamente sino individualmente: Córdoba en 1821, que se declaró independiente en esa constitución. Corrientes, en 1821 también, y Entre Ríos en 1822, repitiendo la fórmula cordobesa de declararse independiente.

¿Cómo hay que entender este período de las constituciones provinciales? Frente a la anarquía que había a nivel nacional, está muy bien que las provincias, de por sí, o de a dos, o de a tres, como vimos, se empezaran a dar su forma de organización. El país era una anarquía; recién con la dictadura criminal de Rosas empezó a organizarse un poco esa anarquía, de la peor manera (es decir, con violencia). Después de la caída del tirano Rosas en 1852, pudimos tener una constitución. Así que todo este período, de 1816 hasta la Constitución de 1853, está caracterizado por la anarquía; anarquía en la cual los caudillos provinciales guerreaban entre sí para ver quién era más poderoso y para ver quién manejaba el dinero, es decir: el puerto, la aduana.

Entonces, frente a ese panorama institucional tan pobre en la nación, fue muy bueno, sobre todo para el federalismo argentino, que las provincias empezaran a darse este tipo de organización volcada en un documento escrito.

II. SEGUNDO CICLO

Hay una segunda etapa dentro de este período previo a la Constitución Nacional, que se da cuando se produce el desmembramiento de esas tres confederaciones que mencionamos. Por ejemplo:

- a) Catamarca se separa de Tucumán y se da su constitución en 1823;
- b) San Juan se separa de Mendoza y se dicta su constitución en 1825;
- c) Santiago del Estero se separa también de Tucumán y se da su carta en 1830;
- d) San Luis se separa de Mendoza y de San Juan y en 1832 dicta la suya, y
- e) Jujuy hizo lo propio en 1830.

Con la separación de estas confederaciones se produce un segundo período constitucional, aunque muchos autores lo incluyen dentro del primero; pero me parece que tiene características distintas porque el primer período era un intento de empezar a no vivir aisladamente, sino de vivir confederadamente. Lamentablemente el sistema de colonización que utilizaron los españoles, que fue el sistema de colonización por ciudades, generó muchos regionalismos y muchas ciudades aisladas, desparramadas en un territorio inmenso; eso generó

los localismos que después generaron los caudillismos, que después generó el presidencialismo y que después degeneró en el híper presidencialismo.

III. TERCER CICLO

Llegamos así a 1853, ya con dos etapas del constitucionalismo provincial, y recién en esa fecha empieza a regir la Constitución Nacional. ¿Pero qué pasó? La Constitución Nacional, como todos saben, fue hecha sin la provincia de Buenos Aires. Recién cuando ésta pierde la batalla de Cepeda en 1859, firma con la confederación el Pacto de San José de Flores, a través del cual se incorpora a ella, reservándose el derecho de revisarla. Ahí se produce la primera reforma de la Constitución Nacional, en 1860: yo dije «reforma», pero esto no es del todo correcto, ¿por qué? Porque la Constitución Nacional decía que por 10 años no se iba a poder reformar; es decir, de 1853 a 1863. Entonces no se debería haber reformado, pero por este problema de que Buenos Aires se había quedado afuera, fue necesario hacer la reforma de 1860. Luego vinieron autores, como Bidart Campos, que explicaron esto diciendo que, en realidad, había un poder constituyente abierto desde 1853 y que se terminó de cerrar en 1860 con la incorporación de Buenos Aires, porque, si no, tendríamos que reconocer que la reforma de 1860 era una violación de la constitución histórica.

¿Qué se hizo en 1860? Esto es muy importante en relación al tema de las constituciones provinciales: lo que se hizo fue incrementar el federalismo, aumentar las autonomías provinciales; la reforma de 1860 tuvo esa tónica bajo la influencia de Buenos Aires. Se incorporaron en la Constitución Nacional varias normas para el mayor desarrollo de las provincias y de los poderes provinciales. Por ejemplo: I) las constituciones provinciales ya no tenían que ser sometidas al Congreso de la Nación para ser aprobadas por éste, que era algo retrógrado (la Constitución de 1853 decía que las provincias, cuando sancionaban su constitución, la tenían que someter al Congreso Nacional para que éste las apruebe; eso en 1860 fue eliminado). II) También se suprimió la posibilidad de que el Congreso Nacional le hiciera juicio político a los gobernadores. Imaginar que el Congreso Nacional pudiera remover un gobernador de provincia es un absurdo. III) También se prohibió al Congreso Nacional establecer límites a la libertad de expresión o imponer sobre ella la jurisdicción federal (art. 32). Esta norma fue violada por la Ley de Medios que se sancionó en 2009. IV) Asimismo, se agregó en el artículo 75, inciso 12, C.N., la aclaración de que el hecho que el Congreso Nacional sancione los códigos de fondo no altera las jurisdicciones locales; es decir, las provincias se reservaron para sí la aplicación de los códigos de fondo, las leyes van a ser nacionales, pero su aplicación va a estar en cabeza de los poderes judiciales de las distintas provincias.

Entonces, a partir de 1853 comienza otra etapa del constitucionalismo provincial. A partir de ese año empiezan a dictarse sus constituciones varias provincias, copiando básicamente el modelo nacional, sin mucha novedad, en su contenido: la novedad era que se organizaban y que se dictaban su constitución, pero básicamente seguían el molde del constitucionalismo clásico o liberal que había inspirado a la Constitución Nacional, con amplias declaraciones de derechos, con la consagración de derechos de tipo civil y de tipo político. Consagraron una especie de lo que yo llamo «derecho constitucional negativo»; es decir, todo aquello que el Estado no debe hacer o no puede hacer para que el individuo pueda desarrollarse, pues esta etapa del siglo **xix** tuvo esa característica: las constituciones tienen más bien normas de prohibición hacia el Estado, para que el Estado no se meta en la vida de la gente, le respete la libertad de circulación, le respete la intimidad, le respete la propiedad, le respete la libertad de expresión, pero no se establecen obligaciones positivas en cabeza del Estado.

IV. CUARTO CICLO

Hay una cuarta etapa que se da en el siglo **xx**: comienza con la Constitución de Tucumán de 1907. Es la etapa del constitucionalismo social, ¿qué significó constitucionalismo social? Fue una corriente que comienza con la Constitución de México de 1917 sancionada en Querétaro, y se perfecciona con la Constitución de Weimar de Alemania de 1919; se caracterizó por lo contrario que describíamos en la etapa anterior; es decir, en el constitucionalismo social se le imponen al Estado no ya obligaciones de respeto o de abstención como antes, sino obligaciones activas. Se habla del Estado Benefactor, del *Welfare State*. Se habla del Estado «prestacional». El Estado tiene que dar prestaciones a la gente, garantizarle un estado mínimo de bienestar, facilitarle la posibilidad de conseguir trabajo, brindar prestaciones efectivas de asistencia social para desocupados, para discapacitados, para familias numerosas. Ya no es ese Estado pasivo del constitucionalismo clásico, sino un Estado activo, un Estado que sale a la calle y que interviene activamente en el conflicto social; conflicto éste que se había generado por la revolución industrial, la hiper-población de las ciudades, el nacimiento de las industrias y fábricas; en definitiva, el conflicto entre el capital y el trabajo.

Entonces, las constituciones, a partir de la mexicana de 1917, empiezan a incluir los derechos económicos, sociales y culturales; empiezan a incluir normas sobre jornadas limitadas de trabajo, salario digno, participación de los obreros en las ganancias de las empresas, acceso a la cultura, vivienda digna, etc. Son constituciones que ven al ser humano en sociedad, no lo ven como un individuo aislado, como ocurría en el período anterior.

En Argentina tenemos el orgullo de decir que muchas constituciones provinciales dictadas durante este período se anticiparon a las dos constituciones que en todo el mundo se estudian como las primeras del constitucionalismo social, que son las dos que referí recién: la Constitución de Querétaro de 1917 y la de Weimar de 1919 (México y Alemania, respectivamente).

¿Por qué digo esto? Porque:

- a) En la Constitución de la provincia de Tucumán de 1907 ya encontramos normas referidas al trabajo de mujeres y de niños;
- b) En la Constitución de Mendoza de 1910, y en la de 1916, que es la que aún nos rige, también encontramos normas referidas a estos temas, y a la remuneración. Por ejemplo, el artículo 44 de esa Constitución establece:

La Legislatura dictará una ley de amparo y reglamentaria del trabajo de mujeres y niños menores de 18 años, en las fábricas, talleres, casas de comercio y demás establecimientos industriales, asegurando en general para el obrero las condiciones de salubridad en el trabajo y la habitación. También se dictará la reglamentación de la jornada de trabajo, respecto de las obras o servicios públicos en establecimientos del Estado, quedan fijadas las jornadas de ocho horas con las excepciones que establezca la Ley.

Tenemos que tener el orgullo en la Argentina de decir que hubo tres constituciones, la de Tucumán de 1917 y las dos de Mendoza de 1910 y 1916, que se anticiparon a las constituciones más avanzadas del mundo y que introdujeron el constitucionalismo social. Es falso que el constitucionalismo social entró en la Argentina con la Constitución de 1949; el constitucionalismo social entró en la República Argentina a través del constitucionalismo provincial porque, a estas constituciones que mencioné, le siguieron: la de Santa Fe de 1921; la de San Juan de 1927; la de Salta de 1929; la de Entre Ríos de 1933, y la de Santiago del Estero de 1939. Todas ellas contienen normas muy similares a las mencionadas, protegiendo al trabajador y tomando partido por la parte más débil en el conflicto que surgió después del nacimiento de la era industrial.

Esta sería la caracterización de este tercer período del constitucionalismo provincial en las primeras décadas del siglo ~~xx~~ anticipándose al constitucionalismo social en el resto del mundo.

V. QUINTO CICLO

El siguiente período del constitucionalismo provincial se dio en la década de 1950, porque, en la ley 14408 del año 1955, se crearon nuevas provincias que antes eran territorios nacionales; es decir, territorios que estaban sometidos en forma directa al gobierno nacional. Así nacieron: Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz. En esta ley 14408, sancionada por el Congreso Nacional poco tiempo antes del golpe de septiembre de 1955, se establece que el Poder Ejecutivo nacional

iba a convocar a convenciones constituyentes; ello es así porque todavía no eran provincias, no tenían ni constitución, ni autoridades; se estaban provincializando. Por tanto, era el Poder Ejecutivo nacional el que convocaba a elecciones para que estas provincias se dieran sus constituciones y luego organizaran, con base en ellas, sus poderes políticos.

Hay un dato de color en esta época: la constitución de 1949 contenía un artículo por el cual se autorizaba –reitero la palabra– «se autorizaba» a las legislaturas provinciales a modificar sus constituciones para poder incluir en ella los derechos sociales. Ello es absurdo puesto que las provincias no necesitan autorización alguna, dado que, por el artículo 5 C.N., tienen la facultad de dictarse su propia constitución, en ejercicio de la autonomía provincial.

Luego de esta etapa de la década del 50, viene todo un período en la historia argentina signado por golpes de Estado, gobiernos débiles, gobiernos breves, nuevos golpes de Estado, gobiernos breves, nuevos golpes de Estado, etc. Cuando recuperamos la democracia, el 10 de diciembre de 1983, ahí comenzó una nueva corriente del constitucionalismo provincial.

VI. SEXTO CICLO

Entre 1983 y 1990, es decir, en la década de la recuperación de la democracia en la Argentina, hubo nueve provincias que reformaron su constitución, nueve sobre un total de veintidós (porque Tierra del Fuego aún no era provincia y Buenos Aires no era autónoma); es decir, casi un 50%.

En el año 1986 la reformaron: Jujuy, La Rioja, San Juan, Salta y Santiago del Estero.

En el año 1987: Córdoba y San Luis. Y en el año 1988: Río Negro y Catamarca.

Este período del constitucionalismo provincial también tiene una característica bastante peculiar: se adelantó a la Constitución Nacional en muchos temas, principalmente en lo que es la incorporación de los derechos de incidencia colectiva, sobre todo del medio ambiente.

La otra gran novedad es la incorporación al texto de las constituciones de las acciones de garantía de los derechos, es decir: del amparo, del hábeas corpus, etc., que hasta esta época solamente tenían rango legal, no tenían rango constitucional. En estos dos temas las constituciones provinciales se adelantaron a la Constitución Nacional.

Lamentablemente, debo decirlo, en algunos casos se aprovechó la ocasión de la reforma para introducir la reelección del gobernador, maquillada debajo de la introducción de nuevos derechos y nuevas garantías. Es así que, en algunas de estas provincias, hay o hubo gobernantes o familias gobernantes que se perpetuaron en el poder.

VII. SÉPTIMO CICLO

La década de 1990 trajo la reforma de la Constitución Nacional; y esa reforma produjo un «efecto dominó»: la reforma de varias constituciones locales. Hubo doce constituciones que se reformaron en este período: en 1990, Tucumán; en 1991, Formosa y Tierra del Fuego; en 1993, Corrientes; en 1994, junto con la Nacional, se reformaron las de: Buenos Aires, La Pampa, Chubut, Chaco y Santa Cruz. En 1997, Santiago del Estero, y en 1998, Santa Cruz y La Rioja.

Aquí, de alguna manera, repitieron el modelo de la década de 1980: las que no le habían agregado los derechos de incidencia colectiva, los agregaron; las que no le habían agregado las garantías, las agregaron; las que no habían podido introducir la reelección del gobernador, la incluyeron (por ejemplo, Buenos Aires).

En esta etapa empezaron a aparecer los Consejos de la Magistratura en las constituciones provinciales y, en pocas de ellas, algunos órganos de control del poder.

VIII. OCTAVO CICLO

El último período es el de la década del año 2000, en la cual nueve constituciones provinciales fueron reformadas sin que se adviertan características comunes a esas reformas: Córdoba, en 2001; Formosa y Salta, en 2003; Santiago del Estero, en 2005; Neuquén y Tucumán, en 2006; Corrientes y La Rioja, en 2007, y Entre Ríos, en 2009.

IX. REFLEXIONES FINALES

Este es el marco histórico en el cual hoy se haría una reforma de una constitución provincial. El derecho público provincial, el derecho constitucional de las provincias argentinas, como queda demostrado con lo que les acabo de transmitir, ha sido muy rico y muy avanzado; se ha adelantado a otras constituciones del mundo, a otras corrientes que surgieron en el resto del mundo, y se ha adelantado a la Constitución Nacional.

Por lo tanto, desde la doctrina, los estudiosos de esta materia siempre esperamos mucho de las constituciones provinciales; siempre se genera una gran expectativa cada vez que nos enteramos que hay alguna convención sesionando en alguna provincia.

No quiero terminar este artículo de una manera puramente teórica. Me gustaría agregar algunas ideas, algunas propuestas. No son consejos porque yo no soy quién para darle consejos a nadie, sino que simplemente, a los que dedicamos nuestra vida a estudiar Derecho constitucional, de vez en cuando se nos ocurre alguna idea; entonces quiero compartirla con ustedes. Insisto, no son consejos, son ideas.

- a) Lo primero que yo haría sería aclarar que, si se reforma la Constitución, esa reforma va a entrar en vigor el 10 de diciembre de 2019. Es decir, no hay que reformar una Constitución para lo coyuntural, como dije al principio, nunca se escribe una constitución para el hoy. Hagamos política arquitectónica, no hagamos política agonal; construyamos, entre todas las fuerzas políticas, la mejor constitución posible para tener la mejor provincia posible; no para el actual gobernador, ni para los actuales jueces, ni para los actuales legisladores, ni para nadie que esté hoy en el poder; hagamos la mejor constitución posible para los tiempos. Por lo tanto, me parece que lo más sano será establecer que la nueva Constitución empiece a regir el 10 de diciembre de 2019, el día que cambian las autoridades.
- b) Otra idea que me parece saludable exponer es no caer en el error de pensar que hay que repetir en la Constitución provincial todo lo que ya está en la Constitución Nacional. Si ya está en la Constitución Nacional, ya es norma provincial también; si ya está en un tratado internacional de derechos humanos, tenga o no tenga ese tratado jerarquía constitucional, ya es norma provincial también. Es decir, no hace falta repetir en las constituciones provinciales aquello que ya está en la Constitución Nacional, o en un tratado internacional, porque si es norma nacional o federal, ya es norma local también. Sabemos que es atractivo incluir en las constituciones todos los derechos que se pueda, sabemos que es «lindo» ponerle todas las garantías que se pueda; tampoco se nos escapa que, cuanto más diga la Constitución, más vamos a mejorar la cultura constitucional del pueblo (y cuando digo la cultura constitucional del pueblo me refiero a todos los actores, desde las autoridades hasta la gente que camina por la calle, pasando por los jueces, a los cuales les ayuda a tomar conciencia de la existencia de normas superiores a los códigos). Pero, desde un punto de vista estrictamente teórico, no sería necesario repetir nada de lo que ya está en la Constitución Nacional porque –repito– si es norma federal, ya es norma provincial. Ahora bien, si lo queremos hacer, hagámoslo de modo tal que la norma provincial mejore a la nacional: en todo aquello que la norma federal ya dice algo, hagamos que la norma provincial diga algo un poco mejor, haga una protección más amplia de ese derecho, o haga una protección más efectiva de esa garantía. Pero repetir por repetir no tiene mucho sentido.
- c) Sería bueno también agregar algunos organismos de control, como el defensor del pueblo, que tan bien funciona en tantas provincias; como una auditoría o una contaduría, o un tribunal de cuentas, o como se le

quiera llamar, en lo posible en manos de la oposición, porque si ese tipo de órganos queda en manos del oficialismo, no tienen mucho sentido.

- d) Estuve estudiando cómo funciona el bicameralismo aquí y he visto que el Senado y la Cámara de Diputados prácticamente representan lo mismo, y me parece que si representan lo mismo no tiene mucho sentido tener un sistema bicameral. Lo ideal sería que el Senado representara otra cosa y, ya que la provincia tiene 18 departamentos, se podrían elegir tres senadores por cada departamento; por ejemplo, dos por la mayoría y uno por la minoría (es solo una idea, obviamente basada en el modelo nacional, donde cada provincia envía tres senadores, dos por la mayoría y uno por la minoría). Así se deja a la Cámara de Diputados como representante del pueblo en general, a simple pluralidad de sufragios.
- e) También sería bueno darle alguna función distintiva al Senado, en relación con las funciones que ejerce la Cámara de Diputados, para que también tenga razón de ser la división en dos Cámaras.

Reitero: no quiero dar consejos; estas son simplemente algunas ideas en borrador para que se tengan en cuenta y se vayan trabajando.

Agradezco mucho haber sido convocado para exponer mis ideas.

10

Aportes y sugerencias en torno a la reforma de la Constitución de Mendoza

Alberto Montbrun

I. LA REFORMA DEL CAPÍTULO RÉGIMEN ELECTORAL

Introducción

El Capítulo de Régimen Electoral involucra temas significativos que deben ser resueltos en forma prioritaria al tratamiento de los tres poderes del Estado, ya que incluye lo relativo a las condiciones del sufragio, los partidos políticos, los mecanismos de participación ciudadana y la autoridad electoral de la provincia, todos temas que reclaman modificaciones y actualización con respecto al actual texto de la Constitución. Mencionaremos brevemente algunos de ellos y su posible abordaje.

Naturaleza del sufragio

Hay cierta coincidencia en la doctrina que el sufragio, además de ser un derecho de los ciudadanos y ciudadanas, es una obligación legal cuyo incumplimiento es materia objeto de una sanción. También se señala que es una función pública

a través de la cual ciudadanos y ciudadanas integran los poderes del Estado. La realidad indica que la propia legislación reglamentaria de este instituto contempla múltiples casos en los que su ejercicio es voluntario (jóvenes de 16 y 17 años, personas mayores de 70, ausentes, enfermos). Pensamos que un instituto jurídico no puede ser al mismo tiempo cosas tan dispares como un «derecho» y una «obligación legal», y que debería priorizarse la primera interpretación con un régimen de amplitud y permisividad mayor al actual.

Por otra parte el Pacto de San José de Costa Rica menciona al sufragio como un derecho al señalar que «todos los ciudadanos» deben tener la posibilidad de «votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores». Al mismo tiempo señala que «La ley puede reglamentar el ejercicio *exclusivamente* por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal» (art. 23), lo que excluye la obligatoriedad del voto como algo que se pueda establecer. Se dirá que la propia Constitución Nacional establece la obligatoriedad, pero, insistimos, su reglamentación puede ser más permisiva a su no ejercicio. No se puede obligar a una persona a ejercer un derecho, es una prerrogativa personal que cada ciudadana o ciudadano debe ejercer según su albedrío y libertad.

Voto a los 16 años

El voto opcional para los jóvenes de 16 y 17 años es reconocido por la ley nacional de ciudadanía. Es indispensable consagrar este derecho ciudadano en la propia Constitución provincial ya que en 2013 y 2015 en Mendoza fue vulnerado por una pésima interpretación del concepto de federalismo. La ley nacional de ciudadanía es superior a la legislación local y las provincias no pueden soslayar ese «piso» de derechos sino solo reglamentar su implementación. La excusa de que la Constitución provincial lo prevé a partir de los 18 años es inaceptable desde la perspectiva de los artículos 8, 14 y 31 de la Constitución Nacional. No obstante, conviene reconocerlo constitucionalmente para evitar nuevos malentendidos.

Voto de extranjeros

Si bien todas las provincias contemplan la posibilidad del sufragio de extranjeros en el nivel municipal, la nueva Constitución debe receptar la posibilidad de que los extranjeros y extranjeras que acrediten una residencia de un determinado tiempo en la provincia puedan registrarse para votar en las elecciones de todos los cargos municipales y provinciales de manera normal y habitual. Ya hay por lo menos dos jurisdicciones argentinas que así lo establecen y configura una efectiva ampliación de derechos. A nivel nacional, se han presentado varios

proyectos sobre el tema y si alguno se aprobara nos enfrentaríamos a situaciones similares a las que atravesó el voto a los 16 años si no lo tuviéramos contemplado.

Selección de candidatos y candidatas

El proceso de selección de candidatos y candidatas a los cargos electivos tuvo en las últimas décadas una evolución positiva. De los viejos «acuerdos de cúpulas», propios de las primeras épocas de la democracia, se avanzó a una cierta generalización de las elecciones internas de los partidos y luego a las elecciones internas abiertas en las que pudieron participar ciudadanos y ciudadanas independientes. La reciente utilización de las primarias abiertas simultáneas y obligatorias (PASO) a nivel nacional, provincial y municipal ha significado un punto importante de inflexión en el tema y un real avance a la democratización del proceso de selección. La pregunta es ¿conviene dejarlas en la ley electoral o es pertinente incorporarlas al plexo constitucional? A nuestro juicio, la Constitución debe prever la necesidad de las PASO, pero no con un exagerado detallismo ya que el sistema aún admite modificaciones y correcciones, pero sí juzgamos que debe estar contemplado.

Separación de elecciones y fijación de fechas predeterminadas. Separación de boletas

Parece indudable que la separación de las elecciones nacionales de las provinciales y municipales facilita la posibilidad de que los electores y electoras visualicen con claridad niveles de candidaturas que, cuando las elecciones son todas juntas, quedan subsumidos por la nacional. El voto sábana, el voto arrastre, la falta de una cultura efectiva de corte de boletas y la falta de un establecimiento de fechas fijas para las elecciones hace que la materia quede muchas veces supeditada a la decisión discrecional del gobernador, que normalmente decide en base a sus intereses concretos de cada momento. Por ello sugerimos que la separación de las elecciones provinciales de las nacionales y municipales debería estar establecida en la Constitución así como también el establecimiento, si no de una fecha fija, por lo menos de un espacio temporal concreto para hacerlas.

Otra opción interesante para evitar el «arrastre», preservando la totalidad de la elección en una sola jornada, consistiría en garantizar que en el cuarto oscuro las boletas a cargos nacionales, provinciales y municipales estén en lugares separados entre sí.

Posibilidad de candidaturas de ciudadanos y ciudadanas independientes

Se debe problematizar el monopolio partidario de las candidaturas a cargos públicos. Consagrado casi por la totalidad de las constituciones provinciales, es un elemento clave del poder cerrado, lo que Dardo Pérez Guilhou caracterizaba como la «partidocracia», esa pequeña oligarquía montada en la cúpula de los partidos políticos y que absorbe todas las decisiones.

Los partidos aparecen crecientemente aislados de la sociedad que los mira con desconfianza. Ningún estudio de opinión pública de las últimas décadas les otorga más de un 20% de población que confía en ellos. Alejados de la sociedad, se percibe que tienden a conformar una suerte de oligarquía clasista, sectaria y excluyente. Por ello, el monopolio de las candidaturas dejando fuera del sistema a ciudadanos y ciudadanas independientes les resulta esencial. Por ello nos parecería altamente inconveniente consagrar dicho monopolio en la nueva Constitución. Somos conscientes de que hace 50 o 60 años los partidos representaban «ideologías» y «programas de gobierno» concretos y diferenciados, pero esta situación no puede sostenerse válidamente hoy en ningún lugar del planeta. Hoy la inmensa mayoría de las personas se identifica con personas y con valores, pero no con sistemas ideológicos rígidos, prescriptivos y programáticos. Añorar el pasado y suponerlo mejor no nos parece aceptable. Respecto al formato constitucional de las candidaturas independientes, se trata de contemplarlo limitado a ciudadanos y ciudadanas que no pertenezcan a un partido político y que acompañen las candidaturas con un programa de objetivos y un número mínimo de avales.

La incorporación de las candidaturas de ciudadanos y ciudadanas independientes, junto a las «banecas por sorteo» que mencionamos en el punto referido al Poder Legislativo, configurarán mecanismos efectivos de ampliación de la representatividad de los cuerpos deliberativos.

Juzgamiento de las elecciones

El juzgamiento de las elecciones está hoy en manos de una Junta Electoral conformada por los miembros de la Corte y los presidentes de ambas cámaras legislativas. Esa composición eminentemente política hace que, cuando se juegan intereses corporativos, estos primen; como cuando se resolvió la imposibilidad de llevar la boleta del «Sí» en las boletas partidarias en oportunidad del referéndum constitucional de reforma del artículo 151, cuando era algo que se había hecho habitualmente desde 1990. Claro que por una cuestión de separación de poderes sería inconveniente ponerlo totalmente en manos de la justicia. Una respuesta posible al tema podría ser la creación de un Tribunal Electoral *ad hoc* para cada elección integrado por jueces y representantes del poder político seleccionados por sorteo.

A todo evento la Constitución debe aclarar que el juzgamiento de los títulos por parte de los órganos legislativos debe encuadrarse en las pautas del caso «Bussi» para evitar arbitrariedades que pueden ser ocasionadas por una mayoría circunstancial. Recuérdese, en tal sentido, el caso de varios concejales que fueron excluidos de los cuerpos municipales, a pesar de haber sido elegidos con toda legitimidad, por razones burdas relacionadas con temas de domicilio o antecedentes de conducta que no significaron condenas penales. Este tema es importante tanto para el Poder Legislativo como para los Concejos Deliberantes.

Mecanismos de democracia semidirecta

Es precisamente en el Capítulo de Régimen Electoral de la Constitución donde debe contemplarse la incorporación de este tipo de mecanismos en el que puede contraponerse un exhaustivo discurso doctrinario y recepción normativa en todas las provincias con una escasísima utilización concreta. En ese sentido, si bien los mecanismos son siempre los mismos, se debería cuidar de que sean realmente efectivos en su incorporación a la Constitución.

Iniciativa popular: La posibilidad de que un porcentaje determinado del padrón presente proyectos de ley a la Legislatura y que estos deban ser *obligatoriamente considerados, tratados y votados*. Será oportuno incluir en la Constitución que si el proyecto no es tratado o no es rechazado por una mayoría calificada, *deberá ser sometido a referéndum popular* para que sea el conjunto del electorado el que en definitiva opine.

Referéndum popular: Es un mecanismo que permite que el electorado se exprese a favor o en contra de determinadas medidas de gobierno y cuyo resultado es mandatorio. Actualmente se encuentra en el artículo 221 de la Constitución para ratificar o rechazar reformas o enmiendas de la Constitución. Sería importante diseñarlo previendo que las mayorías se computen sobre los votos válidos emitidos.

Consulta popular: Más allá de que, en la experiencia argentina, la consulta popular se ha usado más para avalar decisiones del poder que como herramienta real de participación ciudadana en la posibilidad de opinar sobre determinados temas, es importante que la Constitución incorpore este mecanismo.

Audiencias públicas: Se trata de un mecanismo esencial de participación que debería ser obligatorio en *cualquier proceso de producción legislativa estatal o municipal* anterior a cerrar los dictámenes de Comisión y llevarlos al plenario de la Cámara. También deberían ser obligatorias para determinadas decisiones del Ejecutivo provincial o municipal.

Revocatoria popular de mandatos: Aunque de difícil aplicación práctica, es importante que la nueva Constitución permita que desde el propio colectivo social se pueda promover la revocación de mandatos de cargos electivos o políticos en casos de desempeño deficiente o de faltas notorias a promesas electorales. Debe perverse de tal manera que su ejercicio sea sencillo y práctico.

II. LA REFORMA DEL PODER LEGISLATIVO DE MENDOZA

El sistema bicameral no tiene mayor sentido

El primer tema que debe afrontar el convencional constituyente ante la posible reformulación del Poder Legislativo en la Constitución provincial es ¿conviene mantener un sistema tan pesado, lento, anacrónico y caro como el bicameral u optar por un sistema unicameral?

Para una parte importante de la doctrina política, el sistema bicameral solo se justifica cuando se trata de «enfriar» a la cámara del pueblo que es la de diputados o representantes. La idea de «frenar» ímpetus o excesos prima en esta consideración. Por ello, Xifra Heras ha dicho «El bicameralismo es defendido por partidos conservadores y de derechas».

El sistema bicameral no existe prácticamente —en el nivel estadual o provincial— en ninguna democracia importante. En Alemania, los 16 estados tienen un sistema unicameral, solo Baviera tuvo entre 1946 y 1999 una Cámara de Senadores. En España la totalidad de las comunidades autónomas adopta el sistema unicameral. En Brasil los 26 estados de la federación adoptan el sistema unicameral.

El sistema bicameral a nivel estatal solo prevalece en los Estados Unidos y de ahí su influencia en Argentina, donde mucha gente mira al norte y define cómo pensar. Sin embargo, en ese país las legislaturas provinciales tienen un perfil y una dinámica absolutamente distintos a las del nuestro. En primer lugar, funcionan solo por un acotado y reducido período anual y, en segundo lugar, no es un cargo *full time* ni rentado; es decir, los legisladores no «viven» de la política ni están todo el tiempo legislando y las retribuciones son solo en carácter de viático o *per diem*.

Se argumenta que el sistema bicameral permite articular una doble base de representación —poblacional y territorial— como lo hace el Congreso Nacional, donde la Cámara de Diputados representa al pueblo acorde a la población de cada provincia y el Senado representa en forma igualitaria a todas. Eso es correcto para el nivel nacional. No podría concebirse un Estado federal sin una cámara igualadora de las provincias autónomas. Pero esta argumentación no es extrapolable al nivel provincial donde el territorio está conformado por comunas, municipios, departamentos o secciones electorales. Claro que sería importante garantizar la presencia de todos los actuales o futuros departamentos en la Legislatura, pero eso solo no justifica el sistema bicameral ya que muchas provincias combinan en una sola cámara la representación poblacional y la territorial, garantizando además la presencia de las minorías.

Articulan una doble base de representación política, con una cámara de diputados que representa al pueblo y una cámara de senadores que representa al territorio, seis de las ocho provincias que receptan este sistema (Santa Fe, Entre Ríos, San Luis, Catamarca, Misiones y Salta). El problema en estas provincias es

que, al ser uninominal el Senado, la mayoría se ve normalmente *sobrerrepresentada* y las minorías aparecen normalmente *subrepresentadas*.

Los debates en las convenciones constituyentes provinciales sobreabundan aburridamente en viejos y trillados argumentos, siendo los mismos en las tres convenciones constituyentes recientes donde el tema se discutió con cierta intensidad: Córdoba (1987, 2001) y Tucumán (1991) —que pasaron finalmente al sistema unicameral— y San Luis (1987) que creó un senado. Es interesante el análisis en la Convención de Córdoba, que se caracterizó por una elevada presencia de constitucionalistas y politólogos, como Antonio M. Hernández, Alberto Zarza Mensaque, Juan Carlos Maqueda, Ricardo del Barco, José Cafferata Nores, Jorge Gentile, entre otros. Entre los argumentos a favor del sistema bicameral suelen mencionarse:

- 1) La doble instancia legislativa sirve como un freno contra la legislación apresurada e irreflexiva. Una segunda cámara constituida de manera diferente a la anterior, tiende a frenar tales tendencias y permite una consideración serena y cuidadosa de los proyectos legislativos. Este argumento resulta bastante difícil de verificar empíricamente y es particularmente absurdo; primero, porque las cámaras tienden a conformarse ambas de manera similar en términos de mayorías y minorías partidarias y, por tanto, obran en general de la misma manera; en segundo lugar, porque lo que se le reprocha al Poder Legislativo es su lentitud y no su celeridad.
- 2) Se repite una y otra vez que la cámara única no solo es incapaz de asegurar una legislación acertada y prudente sino que necesariamente lleva en sí el germen de la tiranía parlamentaria, que es la más terrible por ser la más irresponsable y poderosa. De nuevo, el argumento carece de respuesta en el bicameralismo ya que, si ambas cámaras representan lo mismo, actúan ambas de la misma manera. El análisis del Congreso Nacional en épocas de mayorías hegemónicas indica eso.
- 3) La existencia de dos cámaras permite a la segunda, una competencia técnica o de representación de intereses particulares. Este argumento sería interesante si no fuera peligroso. En ese caso, observamos que si una cámara representa «al pueblo» y la otra, intereses técnicos y particulares —o territoriales— y tienen posiciones distintas, ¿cuál debería prevalecer?
- 4) Se señala que el sistema bicameral brinda seguridad jurídica ya que garantiza un mayor estudio de los proyectos por el doble debate, posibilitando el dictado de normas correctas y adecuadas. Este argumento resulta difícil de aceptar ya que nuevamente se da el hecho de que las cámaras reproducen la misma composición de mayoría y minoría, con lo cual no hay una efectiva revisión.
- 5) La doble cámara trae aparejado el control interórgano; la existencia de dos cuerpos legislativos evita los abusos y excesos a que uno solo puede abandonarse; la cámara revisora puede siempre servir de freno y control a la iniciadora. Nuevamente, nos hallamos ante la imposibilidad de una verificación empírica. Mendoza tiene doble cámara y entre 2015 y 2017 la

primera minoría estuvo en manos de la oposición y, sin embargo, eso no pudo impedir el endeudamiento de la provincia.

En cuanto a los fundamentos esgrimidos a favor de los sistemas unicamerales, podemos citar los siguientes:

1. La cámara única permite una mayor eficiencia y celeridad al posibilitar la sanción de normas con mayor agilidad, permitiendo al legislador adecuar su gestión a los requerimientos del gobierno.
2. Rechazando el argumento de que la bicameralidad impide las tiranías parlamentarias, se sostiene que en la actualidad el monopolio de la representación política la tienen los partidos organizados que actúan con férrea disciplina. Los legisladores se ven compelidos así a sostener las posturas de las fuerzas que representan, más allá de eventuales diferencias personales.
3. Los constantes reenvíos de una cámara a otra, en el procedimiento de formación y sanción de las leyes, trae aparejada una manifiesta lentitud.
4. La necesidad de un cuerpo colegiado poderoso que esté en condiciones de controlar al Ejecutivo y que no sea un simple acompañante tardío de las decisiones tomadas por éste.
5. La necesidad de dotar a la legislatura de una mejor organización técnica eficiente, sin dobles estructuras, ninguna de las cuales es eficaz.
6. Muchos sistemas unicamerales de la Argentina (San Juan, Córdoba, Río Negro, etc.) permiten articular una representación poblacional con una territorial en una sola cámara.
7. El menor costo operativo y de aparataje burocrático no es un dato menor como ventaja del unicameralismo.

En el país, decíamos, solo ocho provincias tienen sistema bicameral; Buenos Aires y Mendoza son las otras dos aparte de las mencionadas, pero en ninguna se puede decir que tengan un sistema político «mejor», o «más representativo», o más «legítimo» o más «eficaz» que en las unicamerales.

Por otro lado—aunque resulte paradójico—, cierta experiencia empírica parece indicar que en el sistema bicameral hay menos debate ya que es usual que los legisladores de una cámara, aun sabiendo las deficiencias de un proyecto concreto, lo aprueben ya que hay otra cámara que lo corregirá y modificará. Por ello sugerimos que Mendoza podría funcionar igual o mejor con una sola cámara legislativa que garantice una adecuada representación de la población, el territorio, las mayorías y las minorías y el cupo femenino.

En Mendoza, la izquierda sostuvo el unicameralismo en 1915 a través del Partido Socialista, y en 1948 a través del Partido Comunista. La partidocracia tradicional (PJ, UCR y PD) ha sostenido el bicameralismo, lo cual es entendible porque crea más puestos altamente rentados para más gente.

Redefinición de las secciones electorales con perfil sociológico

Solo a modo de ejemplo proponemos una Legislatura unicameral con una posible redefinición de los distritos electorales con criterio sociológico, una representación uninominal e igualitaria de los departamentos—que debería elegirse en las elecciones de medio término cuando no se elige gobernador ni intendentes—y una banca por sección electoral «por sorteo», que es, desde que lo enseñaron y aplicaron los griegos, el sistema más democrático de acceso a los cargos. Este sorteo debería ser ampliamente disponible para todos los empadronados y empadronadas que no pertenecen a un partido político.

Cuando hablamos de «criterio sociológico» en la redefinición de los distritos queremos expresar que se trata de departamentos con perfiles similares (Cueto y Giunta, 1991): así, la primera sección es propiamente urbana más allá de la parte de Las Heras de alta montaña; Guaymallén, Maipú y Luján integran un municipio de tipo «cinturón agroindustrial» con viñas, bodegas, industrias y producción agrícola; el este integra la tercera sección; el noroeste semidesértico, la cuarta; el Valle de Uco, la quinta, y el sur, la sexta. La actual división por secciones es solo un amontonamiento de departamentos cuya realidad sociológica es muy dispersa y donde la coexistencia de departamentos muy poblados con otros muy despoblados opera procesos de expropiación de representación muy notorios ya que las listas de todos los partidos tienden a conformarse con candidatos de los departamentos más poblados en los primeros lugares.

Una Legislatura unicameral posible

Sección Electoral	Departamentos	Uninominales por Departamento	Proporcionales	Por sorteo
Primera	Capital Godoy Cruz, Las Heras	3	6	1
Segunda	Guaymallén, Luján, Maipú	3	7	1
Tercera	San Martín, Rivadavia, Junín	3	5	1
Cuarta	La Paz, Santa Rosa, Lavalle	3	3	1
Quinta	Tunuyán, Tupungato, San Carlos	3	4	1
Sexta	San Rafael, Malargüe, General Alvear	3	5	1
TOTAL		18	30	6

En suma, sugerimos una sola cámara que combine territorio y población, la presencia garantizada de las minorías, el cupo, la posibilidad de candidaturas

de ciudadanos y ciudadanas independientes a la que nos hemos referido en el texto sobre Régimen Electoral.

A ello se agrega que la posible creación de nuevos departamentos (típicamente Uspallata y Palmira) podría ser adecuadamente absorbida por el sistema.

Inmunidades parlamentarias

A nuestro juicio, este tema está muy bien regulado en la actual Constitución. La inmunidad de opinión y la de arresto buscan garantizar la independencia del legislador frente a otros poderes y no las modificaría. Es muy interesante el tratamiento de la inmunidad de proceso en los artículos 167 y 168, que permite a la cámara el levantamiento del fuero para un caso concreto o la suspensión lisa y llana en el cargo. Se trata de una solución interesante y creativa de los constituyentes de 1915 que solo merecería revisarse en sus aspectos terminológicos, pero no en el fondo de la cuestión.

Proceso de formación y sanción de las leyes

Aquí es importante incorporar la iniciativa popular en materia legislativa con la posibilidad de someter directamente el proyecto a referéndum popular si la cámara no lo trata en un período determinado. Pero también resulta indispensable regular los procesos de publicación y reglamentación, ya que no han sido pocos los casos en que el Poder Ejecutivo ha demorado por años estas cuestiones sin que la Legislatura pudiera hacer nada. Respecto a los procesos de aprobación ficta o tácita, urgente o muy urgente tratamiento y DNU, tenemos profundos reparos; pero sí parecería interesante, teniendo una sola cámara, la introducción del proceso de «doble examen» o «doble lectura», debiendo decidir si es para todos los proyectos o solo para algunos. El Derecho Público provincial presenta las dos opciones (véanse las Constituciones de CABA, Córdoba y Río Negro). Este proceso permite que en un lapso breve (normalmente 15 días) la cámara apruebe un proyecto, lo comunique y difunda y luego lo trate y apruebe en forma definitiva o bien lo corrija.

Votación de acuerdos: ¿pública o secreta?

Para el pensamiento políticamente correcto y sostenedor de la partidocracia, el voto secreto en los acuerdos debe ser cambiado por uno público ya que ello asegura a los líderes partidarios el «control» del voto de sus legisladores. Entonces hay todo un discurso de «actuar frente a la gente con transparencia y cristalinidad», votar «de cara al pueblo» y otra serie de tonterías discursivas. El argumento parece sensato e inobjetable. No obstante, conviene recordar que el voto secreto

es un «voto de conciencia» que permite que las personas que hemos elegido para representarnos en la Legislatura decidan sin presiones externas. Por ello, pensamos que el tema debe analizarse con rigor antes de decidir.

Extensión de las sesiones ordinarias

La tendencia general en el Derecho Público es a su ampliación. Parece obvio extender las ordinarias de marzo a noviembre, pero aquí lo importante es mantener la autoconvocatoria de la cámara a sesiones extraordinarias y evitar el debate desgastante que ha habido a nivel nacional y que se volvió a reiterar en diciembre de 2015 al asumir el nuevo gobierno nacional.

III. LA REFORMA DEL RÉGIMEN MUNICIPAL

Con la colaboración de Ezequiel Cánepa

El verdadero problema de los municipios de Mendoza

Mendoza tiene un problema municipal de base: la total y absoluta falta de gobierno propio en las ciudades, pueblos y villas que no son cabecera departamental y que son gobernadas a distancia por intendentes que residen, en general, a muchos kilómetros. En Argentina existen dos modelos básicos para ordenar la cuestión municipal. El más generalizado es el llamado «municipio urbano o sociológico». En este modelo, se reconoce la posibilidad de una unidad de gobierno municipal *a cada ciudad, pueblo o villa que tenga una determinada cantidad de habitantes en relaciones de vecindad*. El mínimo de habitantes oscila entre 500 y 2.000 según la provincia. El modelo de «municipio urbano» se acompaña de la «categorización» según la población, ya que de esa variable dependen todas las otras. Así, el gobierno de cada comunidad local variará en estructura y envergadura según la cantidad de habitantes. Pero lo importante en estas provincias es que *todas, absolutamente todas las comunidades locales, tienen un gobierno elegido por sus propios vecinos y vecinas*.

Cuatro provincias, Mendoza, Buenos Aires, La Rioja y San Juan, adoptan el denominado «municipio departamento» o «municipio partido». Este sistema, introducido en el Río de la Plata por Bernardino Rivadavia en 1825 para la provincia de Buenos Aires y la Banda Oriental, tiene como característica principal que consiste en una vasta extensión territorial arbitrariamente establecida y demarcada, con muchas comunidades locales en su interior. Las autoridades municipales residen en la «villa cabecera», que es usualmente la ciudad más importante, y desde allí proyectan su poder a todo el territorio departamental.

Si se observa el siguiente Cuadro de Unidades de gobierno local por provincia, se puede advertir una tremenda diferencia en la cantidad de unidades en Mendoza, La Rioja, San Juan y Buenos Aires, cuando se las compara con las restantes provincias, donde la autonomía local está mucho más desarrollada.

Unidades de gobierno local en las provincias argentinas

Provincia	Unidades*	Provincia	Unidades*
Buenos Aires	134	Misiones	75
Catamarca	34	Neuquén	50
Córdoba	428	Río Negro	38
Corrientes	66	Salta	59
Chaco	68	San Juan	19
Chubut	45	San Luis	64
Entre Ríos	67	Santa Cruz	14
Formosa	37	Santa Fe	363
Jujuy	60	S. del Estero	71
La Pampa	79	T. del Fuego	3
La Rioja	18	Tucumán	112
Mendoza	18		

* Involucra municipios de 1ª, 2ª y 3ª categoría y comunas o juntas vecinales.

Fuente: IFAM, Nuevas Visiones para los Municipios, Ministerio del Interior, 1994.

Se trata de un tema esencialmente relacionado con el autogobierno y con el más elemental principio de democracia, que implica, precisamente, gobierno propio. Pero las personas que residen en Chacras de Coria, Chilecito, Monte Comán, Villa 25 de mayo, Palmira, Bowen, Eugenio Bustos, Drummond, Lunlunta, San Roque, Gutiérrez, Uspallata, o cualquier otra localidad mendocina que no sea cabecera, aunque sean ciudadanos y ciudadanas preocupados, que pagan sus impuestos y se interesan por su comunidad, carecen absolutamente de cualquier injerencia en las decisiones políticas que los afectan porque éstas son tomadas a muchos kilómetros de distancia.

Por supuesto, el intendente tiene sus propios «ojos y oídos» en la localidad, que es el delegado municipal, pero éste es un empleado que responde a los intereses del intendente y no a los de la propia localidad dado que el modelo departamental está inexorablemente ligado a una concepción paternalista de la democracia y a un modelo delegativo y centralizado del poder.

Uno de los problemas más significativos relacionados con el «municipio departamento» es que en cada uno de ellos la población está normalmente muy descompensada, y entonces el peso electoral de las villas cabeceras, salvo alguna excepción, hace que las prioridades de gobierno sean para estas ciudades, en detrimento de las más pequeñas. Esto explica por qué, a lo largo de nuestra historia, las villas cabeceras tuvieron antes los beneficios de calidad de vida como pavimento, redes de agua corriente y cloacas, gas natural o iluminación pública,

mientras las otras comunidades debieron esperar años o décadas para acceder a ellos, y muchas aún no lo hacen. Es natural que sea así porque obviamente los votos están más agrupados en las zonas más pobladas, pero es un sistema injusto y discriminador dado que todas las personas son iguales ante la ley y deberían por ello tener los mismos derechos.

La partidocracia de Mendoza habla mucho de autonomía municipal, pero soslaya y omite un dato crítico: *la autonomía municipal es un concepto que se corresponde con un concreto presupuesto sociológico que es la comunidad local*; es decir, la convivencia basada en relaciones de vecindad. No es al «departamento» sino a la «comunidad local» a la que corresponde reconocerle la autonomía. La autonomía es inherente a la comunidad local dado que ésta es un conjunto de personas viviendo y evolucionando en relación de vecindad, como comunidad política, con características comunes y, a la vez, diferenciadas de otras comunidades. La resistencia al cambio del actual sistema se debe a que éste otorga muchísimo poder a los intendentes municipales que son una suerte de gobernadores a escala reducida, gobernando y administrando una amplísima extensión territorial y poblacional. Si a ello se agrega la posibilidad de su reelección indefinida, la calidad de la democracia se ve seriamente afectada.

Frente a la necesidad de cambiar, se suele argumentar que el sistema de municipio urbano sería muy complicado, o que no se ha implementado nunca (lo cual es falso, Uruguay, a partir de la llegada de la izquierda democrática al poder en 2010, lo implementó), o que a la gente no le interesa porque tiene problemas más urgentes. Sugerimos que se trata de argumentos precarios que no resisten un análisis serio y solo están encaminados a mantener el *statu quo* actual. Además, ninguna argumentación autoriza, a nuestro juicio, a privar a los habitantes de cualquier poblado, por pequeño que sea, del derecho a gobernarse por sí mismos, sobre todo si se tiene en cuenta que el municipio urbano es absolutamente usual en nuestro país y en el resto del mundo.

Con el sistema actual, todos los días se toman decisiones cruciales sin participación alguna de los involucrados directos. Como respuesta, hay quienes sugieren la elección popular de los delegados distritales para resolver el problema, lo cual no es pertinente ya que, elegido por el pueblo o no, estos solo tienen el poder que les delega el intendente. Por ello, impulsamos una reforma más profunda, encaminada a dotar de autonomía a las ciudades, pueblos y villas. Se trata de asegurar a los vecinos y vecinas de cada rincón de la provincia las herramientas necesarias para participar de las decisiones de gobierno que afectan directamente la calidad de su vida cotidiana. No se trata de crear más burocracia sino autogobiernos pequeños, económicos y flexibles, pero sobre todo más representativos, eficaces y próximos. No nos engañemos: cambiar la Constitución de Mendoza para consagrar la autonomía municipal *de los actuales municipios departamentales* sería profundizar aún más el paternalismo y la centralización del poder. Solo pueden entenderse la autonomía municipal y la democracia desde una verdadera perspectiva de distribución del poder hacia las comunidades y hacia la gente.

La creación de comunas

Basado en la tesis doctoral de Gabriela Ábalos (2006), sugerimos la creación de un nuevo nivel de gobierno local autónomo que es el de las «comunas». Se establece una población base de 3.000 habitantes, que es ligeramente superior a la base normal del Derecho municipal argentino para la creación de municipios (en general es de 2.000), pero sugerimos un piso superior en virtud de ser una experiencia que recién se iniciará con esta reforma y que no hay poblaciones de menos de 3.000 habitantes con perfiles autónomos definidos. Consideramos que sería riesgoso remitir a la ley la determinación de esta base por lo azaroso y coyuntural de cualquier mayoría ocasional.

Aspectos de democracia local

La reforma debe garantizar elementales principios de democracia local para los municipios departamentales y las comunas, como son la elección directa de todas las autoridades: departamento ejecutivo, departamento deliberativo, comisión de vecinos y vecinas. Asimismo, se requiere una intencionalidad concreta de conformación de una comuna con una exigencia de solicitud de la misma por parte de un 20% del padrón electoral del distrito. La exigencia del 20% de electores que soliciten la constitución de una comuna se basa en un doble principio:

1. Es necesario que un mínimo de habitantes manifiesten efectivamente el deseo de avanzar hacia la autonomía; esto demostrará iniciativa, compromiso y deseos reales de buscar una calidad democrática superior.
2. Esta decisión no puede ser sometida a ratificación popular porque la autonomía municipal es una prerrogativa de la comunidad local reconocida por el artículo 123 de la Constitución Nacional, y ahora por la Constitución provincial, y por tanto no puede ser renunciada. Por eso la iniciativa no se vota.

La reforma debe permitir la constitución de una comuna sobre la base de más de un distrito siempre que así lo decida la mayoría de los habitantes de los mismos.

La cuestión de los recursos municipales

La reforma debe contemplar la sanción de una ley de coparticipación municipal de impuestos que garantice la distribución automática de fondos hacia los municipios y comunas con criterios objetivos de reparto que involucren tamaño, equidad, solidaridad y eficacia. Hoy los municipios de Mendoza tienen un nivel de autonomía financiera importante por la última modificación de la ley 6395, que aumentó la coparticipación primaria de varios impuestos del 14 al 18,8%. No es el objetivo de la enmienda aumentar esa base sino establecer un régimen que se adecue a criterios objetivos y flexibles como lo propone también la

propia Constitución Nacional (art. 75, inc. 2). En cuanto a los recursos propios de las comunas, entendemos que la cláusula de garantía económico-financiera es suficiente, así como el régimen actual de la ley 1079 y las que le sucedan.

Lineamientos de la reforma propuesta

Disponer que *el gobierno* y la administración de los intereses y servicios locales de la capital, de los departamentos de la provincia y *de las comunidades distritales autónomas* estarán a cargo de municipios y comunas con arreglo a las prescripciones de esta Constitución, de las Cartas Orgánicas y la Ley Orgánica de Municipalidades y Comunas en su caso.

- ▶ Los municipios departamentales gozan de autonomía institucional, política, administrativa y económico-financiera.
- ▶ Los municipios estarán gobernados por un Departamento Ejecutivo y otro Deliberativo, cuyos miembros serán elegidos directamente por el pueblo y durarán cuatro años en el ejercicio de sus funciones, renovándose el Departamento Deliberativo por mitades cada dos años. Todas las autoridades del Departamento Ejecutivo y Deliberativo pueden ser reelectas una sola vez en forma inmediata.
- ▶ El Departamento Deliberativo podrá convocar a elección de convencionales constituyentes para el dictado de la carta orgánica del municipio. La Convención Constituyente Municipal estará conformada por un número igual al doble de concejales departamentales y se elegirá con la ley electoral de la provincia y con el sistema de elección de concejales.
- ▶ La Carta Orgánica Municipal *no podrá afectar el derecho de las comunidades de más de 3.000 habitantes* a optar por gobernarse a sí mismas.
- ▶ En los distritos que tengan una población superior a los 3.000 habitantes podrán constituirse comunas para su gobierno y administración. Las comunas gozan de autonomía política, administrativa y económico-financiera.
- ▶ La decisión de constitución de una comuna se hará a partir de la solicitud de un porcentaje de no menos del 20% del padrón electoral del distrito y tramitará directamente ante el Poder Ejecutivo provincial, que solo se limitará a verificar la viabilidad del pedido y será el encargado de su implementación.
- ▶ Las comunas estarán gobernadas por una Comisión de vecinos y vecinas, *integradas por cinco miembros*, elegidos directamente por el pueblo con el mismo sistema que los concejales. Duran cuatro años en sus funciones. Pueden ser reelegidos por una sola vez y se renuevan parcialmente cada dos años. Eligen anualmente un(a) presidente que representa a la comuna.
- ▶ La extensión territorial de las comunas se determinará a partir de los actuales distritos municipales. La Ley Orgánica de Municipalidades y Comunas reglamentará la posibilidad de la creación de una sola comuna en el territorio de dos o más distritos si así lo aceptare la mayoría de las poblaciones de los respectivos distritos en consulta popular.

- ▶ En el territorio de la comuna no habrá otro poder local que el de la Comisión de vecinos y vecinas.
- ▶ La coparticipación de recursos a los municipios y las comunas se determinará en base a criterios objetivos de reparto que involucren tamaño, equidad, solidaridad y eficacia.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁBALOS, María Gabriela (2006). *Municipio y participación política*. Mendoza: EDIUNC.
- (2007). *Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho Tributario nacional, provincial y municipal*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Córdoba, Convención Constituyente de la Provincia de Córdoba (1988). *Diario de Sesiones*.
- CUETO, Walter y GIUNTA, María Luisa (1991). *La reforma legislativa de Mendoza. Una propuesta de diseño constitucional*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo (1977). *La partitocracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GENTILE, Jorge Horacio (1997). *Derecho Parlamentario Argentino*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.
- HERNÁNDEZ, Antonio María (2003). *Derecho municipal. Parte General*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2009). *Federalismo y Constitucionalismo provincial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- LECÓN, Faustino (1943). *Ante-proyecto de Constitución de la provincia de Mendoza. (Redactado por encargo del gobierno de la provincia de Mendoza.)* Buenos Aires: Talleres Gráficos Rodríguez Giles y Cía., S.R.L.
- MONTBRUN, Alberto (1992). Algunas consideraciones en torno a la cuestión territorial en el Derecho Municipal argentino. *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año VIII, Nº 76, agosto de 1992.
- (1995). El funcionamiento del sistema electoral de Mendoza y algunos lineamientos para su reforma legal. *Cuadernos del Senado*, año III, Nº 12, Mendoza.
- (2001). La Constitución de Mendoza en el jardín de los senderos que se bifurcan. En *La reforma de la Constitución provincial*. Mendoza: H. Cámara de Diputados.
- (2003a). Introducción al Derecho Público Provincial. En *Derecho Público Provincial*, t. I, 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: La Ley, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.
- (2003b). Recursos municipales. En *Derecho Público Provincial*, t. I, 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: La Ley, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.

- (2006). Bases de representación legislativa y sistemas electorales en el Derecho Público Provincial. En *Derecho Público Provincial*, t. III, 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: La Ley, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.
- (2010). Política y paradigmas científicos. *Revista La Nave*, Nº 1, diciembre 2010-enero 2011. Mendoza.
- XIFRA HERAS, Jorge (1968). *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Bosch.
- ZARZA MENSAQUE, Alberto (2011). El Poder Legislativo Provincial. En Hernández, Antonio María y Barrera Buteler, Guillermo (coords.). *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Una reforma deliberativa del sistema constitucional*

Nicolás Emanuel Olivares

I. INTRODUCCIÓN

La incógnita acerca del tipo de relación normativa existente entre los conceptos de *constitucionalismo* y *democracia* ha sido objeto de estudio de numerosas investigaciones teóricas (Gargarella, 2010, p. 23-32; Holmes, 1999, p. 217-219). En respuesta a dicho interrogante se han planteado al menos tres tipos de conexiones entre ambos ideales.

En primer lugar, ciertos autores defienden la tesis de que existe una tensión irresoluble entre las ideas de constitución y democracia. En este sentido, a los fines de resolver dicha tensión, se han ofrecido al menos tres tipos de soluciones. En primer lugar, se ha señalado que los derechos constitucionales deben prevalecer por sobre el proceso (R. Dworkin, 1986). En segundo lugar, se ha defendido la tesis de que el proceso democrático no puede subordinarse a estándares normativos fijos como son los derechos constitucionales, sino que estos últimos son legítimos únicamente si resultan de aquel proceso (J. Waldron, 1999).

*Agradezco a: A. Rossetti, J. L. Martí, M. Benente y C. I. Giuffré por las lúcidas observaciones formuladas a una versión preliminar de este trabajo.

Finalmente, en tercer lugar, algunos teóricos defienden la idea de que ambos estándares normativos (proceso democrático y derechos constitucionales) son co-origenarios o equi-primordiales (J. Rawls, 1996; J. Habermas, 1998).

En segundo lugar, otros niegan la existencia de una necesaria tensión entre los ideales de democracia y constitución, y afirman que entre ambas ideas normativas media una relación armónica. En este sentido: a) algunos sostienen que el constitucionalismo es una precondition para la democracia (N. McCormick, 1989); b) otros afirman que la democracia es precondition del constitucionalismo (L. Arrimada, 2011), y c) existen quienes defienden la tesis de que ambos ideales se condicionan mutuamente (S. Holmes, 1999).

En tercer lugar, ciertos teóricos sostienen que existe un mutuo condicionamiento entre los ideales de democracia y constitución, y que si bien existe aquella tensión, su profundidad depende de la concepción de constitución y de democracia que se adopte. De este modo, la mayor o menor tensión entre ideales es contingente a las interpretaciones que se den a dichos ideales normativos. En este sentido, existen quienes defienden la tesis de que la adopción de una concepción deliberativa de democracia y una concepción dialógica de constitucionalismo permite reducir tal tensión (C. S. Nino, 1992; R. Gargarella, 2010). Consideramos que esta tercera postura es la más adecuada.

Sin embargo, esta compleja tarea de clarificación conceptual nos lleva a un segundo interrogante, ya que cabe preguntarse: ¿cuáles son las implicancias normativas de asumir una concepción deliberativa de la democracia en relación a la teoría constitucional?

Desde un enfoque general, el *concepto* de democracia deliberativa puede ser definido como aquel ideal regulativo conforme al cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, en el que intervienen todos los potencialmente afectados por la misma.¹

No obstante, desde un enfoque restringido el concepto de democracia deliberativa puede asumir distintas *concepciones*, las cuales pueden ser clasificadas en: liberales, republicanas y éticas discursivas. Entre quienes defienden una concepción deliberativa liberal destacan las teorizaciones de: J. Rawls (1996), C. S. Nino (1997), A. Gutmann y D. Thompson (1996, 2004), J. Parkinson y J. Mansbridge (2012). Al interior de la concepción deliberativa republicana cabe resaltar la postura republicana clásica asumida por F. Ovejero (2008) y la republicana cívica defendida por J. L. Martí (2006). Finalmente, entre las teorías deliberativas éticas discursivas debe mencionarse a los siguientes autores: J. Habermas (1998), J. Dryzek (2000) y C. Rostbøll (2008).

1 Esta definición estándar del concepto de democracia deliberativa está respaldada por las teorizaciones efectuadas en los siguientes trabajos: Martí, 2006; Gargarella, 1995; Gutmann y Thompson, 1996, 2004; Mansbridge, 2009; Mansbridge y otros, 2010; J. Rawls, 1996; C. S. Nino, 1997; J. Parkinson, J. Mansbridge, 2012; J. Habermas, 2005; J. Dryzek, 2000, y C. Rostbøll, 2008, entre otros.

Estas tres concepciones deliberativas (liberal, republicana y ética discursiva), coinciden en tres tesis normativas generales: 1) el principio político de toma de decisiones más adecuado no es el de voto o negociación, sino el de argumentación; 2) la democracia no se sustenta únicamente en el principio mayoritario, sino también en el principio de justificación política, y 3) la democracia no debe justificarse solo en argumentos procedimentales ni solo en argumentos sustantivos, sino en ambos tipos de argumentos.

El criterio clasificatorio sobre el cual está sustentada esta distinción entre teorías deliberativas liberales, republicanas y críticas, es el concepto de *libertad política* por ellas asumido. En primer lugar, los deliberativistas liberales parten de un concepto negativo de libertad política, entendida como no interferencia en los planes de vida de los ciudadanos. En segundo lugar, los deliberativistas republicanos asumen dos conceptos diferentes de libertad política, dependiendo del tipo de republicanismo defendido. Por un lado, los republicanos clásicos adoptan un concepto positivo de libertad política entendido como participación activa de los ciudadanos en la vida pública, de modo que las virtudes cívicas poseen valor moral intrínseco. Por otro lado, los republicanos cívicos adoptan un concepto negativo de libertad política entendido como no dominación. La deseada no dominación puede ser pública; es decir, busca evitar que el Estado someta a los particulares; o bien privada, cuando procura evitar que un ciudadano haga lo propio sobre otro ciudadano. Los republicanos cívicos sostienen que las virtudes cívicas poseen valor moral instrumental siendo la libertad política el fin último. Finalmente, en tercer lugar, los deliberativistas éticos discursivos defienden un concepto positivo de libertad política entendida como emancipación, en tanto superación de aquellas condiciones empíricas y normativas que les impiden a los ciudadanos ser sujetos políticos autónomos.

En este trabajo, adoptamos como fuente de criterios normativos de evaluación del constitucionalismo democrático, una particular concepción deliberativa republicana, la cual será aquí denominada *concepción deliberativa neorrepublicana participativa*. Esta postura ha sido defendida por renombrados filósofos políticos de la talla de J. L. Martí (2006a, 2006b, 2007) y F. Ovejero Lucas (2008, 2016).

Partiendo de esta *concepción deliberativa neorrepublicana participativa* explicaremos un concepto particular de democracia deliberativa compuesto de tres tesis normativas específicas, sobre las siguientes nociones políticas: ideal regulativo, sujeto y proceso.² Dichas tesis específicas, a su vez, imponen determinadas limitaciones a toda teoría constitucional. Veamos con algo más de detalle a qué nos referimos.

E1) *Ideal regulativo (qué)*: Primeramente, el concepto de democracia deliberativa refiere a un particular ideal acerca de lo que la democracia debe ser, el cual se

2 Los elementos aquí estipulados constituyen el contenido de la que puede considerarse una definición estándar del concepto de democracia deliberativa. En respaldo a la inclusión de dichos elementos, pueden citarse los siguientes trabajos: J. L. Martí, 2006a; A. Gutmann y D. Thompson, 1996 y 2004; J. Rawls, 1996; C. S. Nino, 1997, entre otros.

opone al ideal democrático agregativo. Por un lado, el ideal democrático agregativo considera que el método político debe ser el de negociación y voto mediante los cuales se produce la acomodación de las preferencias de los ciudadanos. Por el otro, el ideal democrático deliberativo sostiene que el método político debe ser el de argumentación, mediante el cual se produce la transformación de las preferencias de los ciudadanos. Es decir, que las normas y medidas políticas son democráticamente legítimas, si y solo si, resultan de la deliberación pública entre ciudadanos y representantes, y están justificadas en aquellas razones públicas que resultan aceptables para los deliberantes.

El ideal democrático deliberativo promueve tanto la corrección procedimental como la sustantiva, tanto la legitimidad política como la justicia social. La legitimidad política requiere la mutua justificación pública de las medidas jurídicas en un proceso democrático deliberativo abierto. La justicia social exige respeto a los derechos y libertades individuales de todos y cada uno de los ciudadanos, debiendo tratárselos como personas libres e iguales, persiguiendo la obtención de resultados sustantivamente correctos (Lafont, 2007, p. 128-130). Ello lo diferencia marcadamente de aquellos ideales normativos de democracia que defienden solo uno de dichos principios y que los entienden como necesariamente enfrentados (Lafont, 2007, p. 125-130). En otras palabras, la legitimidad política y la justicia social están conectadas internamente en la idea de democracia deliberativa (Habermas, 2004; Lafont, 2007; Martí, 2006a, 2006b).

E2) *Sujeto (quiénes)*: Este elemento refiere a cuáles debieran ser los sujetos de la deliberación. Aquí el interrogante es si debieran deliberar solo los representantes políticos, o solo los representados, o bien ambos, o algunos representantes o algunos representados, o bien ambos. La democracia deliberativa postula que todos los ciudadanos deben tratarse como agentes morales y epistémicamente capacitados para intervenir en el debate público y tomar decisiones políticas, razón por la cual durante el proceso deliberativo deben escucharse, respetarse y discutirse los argumentos de todos los posibles afectados por la norma o medida política en cuestión. El proceso deliberativo debe aspirar a cumplir con los principios políticos de inclusión, igualdad e imparcialidad. El ideal democrático deliberativo no se satisface mediante la puesta en funcionamiento de los clásicos mecanismos pluralistas liberales agregativos representativos, ni tampoco con los más modernos mecanismos de democracia semidirecta meramente consultivos, agregativos, reactivos y limitados a situaciones concretas y excepcionales. La democracia deliberativa promueve la igualdad de influencia y control político efectivo de los ciudadanos afectados sobre el proceso argumentativo y la decisión final. Para que dichos mecanismos semidirectos sean funcionales al ideal regulativo deliberativo deben resignificarse y adoptarse como parte de un sistema que cuente con otros mecanismos directos (Martí, 2007, p. 155-158; Steiner, 2012, p. 32-33).

E3) *Proceso (cómo)*: Dicho ideal regulativo es puesto en práctica por ciertos sujetos mediante la implementación de un proceso de discusión y decisión política. El ideal democrático deliberativo adopta un criterio epistémico intersubjetivo de validación de los resultados alcanzados. En dicho marco, el proceso democrático deliberativo es entendido como un proceso auto-correctivo, cuyos resultados son moralmente provisionales siendo que están sometidos a continua revisión. De este modo, a diferencia de las concepciones democráticas agregacionistas, la democracia deliberativa no toma a las preferencias de los individuos como estáticas, sino que permite, y en ciertos casos promueve, la transformación de las mismas. El ideal democrático deliberativo tiene por objetivos centrales: promover el respeto mutuo entre ciudadanos así como facilitar la resolución de aquellos desacuerdos políticos-morales existentes al interior de una determinada sociedad.

II. ¿POR QUÉ ADOPTAR UNA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA?

En el apartado anterior hemos identificado cuáles son los elementos normativos que integran el concepto de democracia deliberativa, y explicitado la particular concepción normativa desde la cual interpretamos dicho concepto. Sin embargo, resta justificar por qué debiera concebirse a tal *concepción deliberativa neorrepública participativa* como un ideal regulativo *atractivo*. Es decir, debemos brindar razones de peso que justifiquen la adopción de un ideal democrático deliberativo, en general, y una concepción deliberativa liberal amplia, en particular.

Entre dichas *razones generales* pueden señalarse las siguientes: a) tutela adecuadamente el principio de igual consideración y respeto de todos los ciudadanos; b) nos permite avizorar alternativas políticas disímiles a las ya contempladas y establecidas; c) nos posibilita corregir errores lógicos y empíricos; d) nos obliga a revisar, moderar y/o eliminar prejuicios valorativos; e) posibilita la comprensión y entendimiento entre ciudadanos que defienden posturas contrapuestas o disímiles; f) nos obliga a dar razones mediante las cuales justificar nuestras posturas; g) posibilita la existencia de un genuino proceso colectivo de aprendizaje político, y h) promueve el respeto mutuo entre ciudadanos.³

Por su parte Gutmann y Thompson esgrimen cuatro *razones generales* en defensa de la superioridad normativa de la concepción democrática deliberativa por sobre sus concepciones rivales (Gutmann y Thompson, 1996, p. 41). Dichas razones son: 1) promueve la legitimidad de las decisiones colectivas; 2) favorece la proliferación en el debate de perspectivas discursivas que resaltan

3 Al respecto de otras razones mediante las cuales justificar la adopción de una concepción democrática deliberativa por sobre otras concepciones democráticas rivales, véase: Gargarella, 2010, p. 39-40; y Martí, 2006, p. 194-195.

los factores públicos por sobre los privados; 3) promueve un proceso de toma de decisiones en el que reina el respeto mutuo entre los ciudadanos deliberantes; 4) corrige aquellos errores inevitables cometidos por los ciudadanos o sus representantes en el marco de acciones colectivas (Gutmann y Thompson, 1996, p. 39-44; 2004, p. 10-12).

En síntesis, la *concepción democrática deliberativa en general*, protege y promueve mejor que los restantes ideales democráticos el valor *autogobierno democrático*, atento a que: 1) sostiene que los ciudadanos deben ser tratados como agentes autónomos racionales, libres e iguales, capaces de definir intersubjetivamente cuándo un procedimiento político es legítimo o ilegítimo; 2) establece que deben considerarse y respetarse los argumentos de todos los ciudadanos afectados por la institución, norma o medida en cuestión; 3) tiene por meta garantizar la igual influencia política de los deliberantes en el procedimiento de toma de decisiones; 4) promueve el aprendizaje político-moral entre ciudadanos, lo cual no solo eleva la calidad epistémica de los resultados, sino que principalmente empodera a los agentes políticos como verdaderos soberanos políticos, y 5) posibilita y fomenta la existencia de una cultura política conforme la cual ante desacuerdos profundos, persistentes e inerradicables debemos respetarnos mutuamente.⁴

En cuanto a la *concepción deliberativa neorrepblicana participativa* en particular, la misma es justificada por J. L. Martí (2006a, 2006b, 2007) mediante *dos argumentos específicos*.

Por un lado, se considera que la democracia es deseable debido a su valor epistémico, atento constituye el procedimiento de discusión y decisión política más confiable para alcanzar resultados políticos legítimos y justos (*argumento epistémico*). Al respecto, J. L. Martí señala que el proceso de deliberación, el cual se guía por el principio argumentativo de decisión, posee al menos cuatro efectos epistémicos positivos: 1) el intercambio de información (Martí, 2006a, p. 194); 2) la detección de errores fácticos y lógicos (Martí, 2006a, p. 194); 3) el control de las emociones y la exclusión de las preferencias irracionales, y 4) dificulta la manipulación de las preferencias y agendas políticas (Martí, 2006, p. 195).

Por otro lado, se señala que la democracia es deseable debido a su valor sustantivo, atento constituye el procedimiento de discusión y decisión política que mejor respeta determinados principios políticos últimos, tales como autogobierno (autonomía civil) y libertad (no dominación). Este argumento normativo parte de una valoración positiva de la participación política ciudadana, adoptando así una perspectiva diametralmente opuesta al elitismo democrático (Martí, 2006, p. 238-244).⁵

4 Las razones aquí explicitadas abrevan de las teorizaciones vertidas en: Nino, C. S., 1992, 1997; Gargarella, R., 1995; Gutmann, A. y Thompson, D., 1996; Gutmann, A. y Thompson, D., 2004; Rawls, J., 1996, y Rostbøll, C. F., 2008.

5 J. L. Martí distingue dos versiones del modelo democrático deliberativo mismo: una elitista y otra republicana (Martí, 2006, p. 238). La primera de ellas está asociada a las teorizaciones de E. Burke y a la tesis de la independencia de la representación. La segunda se vincula con las ideas de J. S. Mill, y responde a la tesis de la dependencia de la representación. La concepción elitista, al adherir a la tesis de la independencia casi absoluta, promueve escasos y débiles, por no decir

III. UN CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO

Dado que la democracia deliberativa propone una relación entre los ciudadanos y los poderes constituidos cooperativa y dialógica, devienen necesarios mecanismos institucionales de dicho tipo. El diseño constitucional debe posibilitar una relación de cooperación recíproca, de mutualidad entre representados y representantes. En primer lugar, es importante evitar un sistema agonal de enfrentamiento permanente, que sea independiente de la calidad de los argumentos. Un segundo rechazo es necesario a aquel diseño institucional donde no exista ningún tipo de relación entre los poderes constituidos y entre estos y la ciudadanía, por ir en contra de todo proceso de comunicación y diálogo. Esta última característica es la que predominó en los procesos populistas radicales (Revolución Francesa de 1789, Constitución Jacobina de 1793), donde se buscó proteger el libre desenvolvimiento de la Asamblea Popular con el fin de evitar que el Poder Ejecutivo o el Judicial actuaran de forma contramayoritaria. Sin embargo, los argumentos en los que se sustentaban son denostables y lógicamente contradictorios. A saber: a) infalibilidad del pueblo; y b) homologación o yuxtaposición entre la voluntad del pueblo y la voluntad de la Asamblea.

Por un lado, el modelo de la *separación estricta* propone que cada rama del poder se ocupe exclusivamente de sus propias tareas, sin injerencias sobre las tareas de las demás. Este modelo se vincula con una particular concepción de la democracia, de tipo populista radical (Gargarella, 2014a, p. 129). Por otro lado, el *modelo de frenos y contrapesos* propone el control e injerencia mutua entre poderes constituidos, y desestima la posibilidad de que sea la ciudadanía quien ejerza dicho control. Este modelo se vincula a una concepción de democracia restrictiva, negativa, mínima, agonal, de tipo agregativa-mayoritarista (Gargarella, 2014a, p. 131).

El modelo de frenos y contrapesos puede ser criticado por las siguientes razones: a) desalienta la intervención de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas; b) aísla a los representantes de los representados, y c) no tutela adecuadamente los intereses de las minorías políticas (Gargarella, 2011, p. 143-144). El modelo de estricta separación de poderes puede ser objetado por los siguientes argumentos: a) presupone la identidad entre voluntad de la legislatura y voluntad de la ciudadanía, lo cual es falso; b) considera que la opinión de la ciudadanía mayoritaria es infalible en términos morales y epistémicos, y c) no tutela adecuadamente los intereses de las minorías políticas (Gargarella, 2014, p. 129-131).

nulos, controles ciudadanos sobre las acciones de sus funcionarios. Mientras que la concepción republicana, conforme su defensa de la igual capacidad moral de los ciudadanos, y de su necesaria participación pública, defiende un modelo democrático deliberativo en el que los representantes no solo deben someterse a las instrucciones y juicios de sus representados, sino que deben rendir cuentas y son pasibles de severas sanciones políticas por su irresponsabilidad en la acción representativa (Martí, 2006, p. 242).

La *primera lección* entonces señala que la evaluación normativa de las instituciones políticas debe partir de los criterios de corrección y evaluación propios de una concepción democrática dialógica, argumentativa, discursiva. En este trabajo hemos definido a la misma bajo una concepción democrática deliberativa neorrepblicana participativa.

La *segunda lección* parte donde termina la primera, y va a más al señalar que tras la aplicación de estándares deliberativos neorrepblicanos resulta necesario implementar un régimen atenuado, moderado, intermedio, que puede ser concebido como mixto o híbrido, o bien como un nuevo régimen, que sea superador de los defectos de diseño hiperejecutivo y hiperparlamentario. Este régimen equilibrado, o mixto, debería atender necesariamente al particular contexto político en el cual se desea implementar dicha nueva forma de gobierno. Esto implica que, en materia de diseño institucional, resulta imperioso atender a la historia y práctica constitucional.

Cabe señalar que en la actualidad ningún régimen de gobierno ha adoptado explícitamente una concepción democrática deliberativa, lo cual vuelve a nuestra propuesta de diseño institucional una versión *sui generis* del constitucionalismo. Habitualmente, los sistemas constitucionales son diseñados, interpretados y/o reformados partiendo de concepciones democráticas decisionistas, libertarias o bien mayoritaristas, pero no así deliberativas. Muchos analistas confunden la democracia deliberativa con alguna forma más o menos razonable de constitucionalismo liberal con mecanismos de democracia semidirecta. No obstante, huelga advertir que la inserción al interior de los sistemas constitucionales de mecanismos de democracia semidirecta, no acerca en nada a dichos sistemas al cumplimiento de los estándares de corrección deliberativos neorrepblicanos aquí propuestos. Dichas innovaciones en la ingeniería constitucional de los sistemas de gobierno, en vez de resolver las objeciones aquí planteadas a la versión constitucional decisionista o libertarista, acentúan sus caracteres de tipo plebiscitario y agregativo, en detrimento de una forma de gobierno de tipo dialógica, genuinamente argumentativa, participativa y transformativa. Al respecto de un posible diseño institucional decisionista con mecanismos de democracia semidirecta, véanse los artículos 39 y 40 de la Constitución Nacional argentina actual (tras la reforma constitucional de 1994), los que instituyen como herramientas plebiscitarias a la «iniciativa popular» y la «consulta popular».

De este modo, consideramos, pueden esgrimirse *dos tipos de argumentos generales* en defensa de una concepción deliberativa del sistema constitucional, a saber: 1) un argumento normativo-epistémico, relativo a que asume la mejor concepción democrática posible; y 2) un argumento normativo-contextual relativo a que promueve el diseño institucional más legítimo y estable. Ambos argumentos contribuyen a nuestra hipótesis más general, de que el sistema deliberativo constitucional constituye un diseño institucional hipotéticamente *aceptable* y *sustentable* para las sociedades democráticas del siglo *XXI*.

En cuanto al *primer tipo de argumento*, pueden esgrimirse al menos siete (7) razones en defensa de una concepción deliberativa del sistema constitucional,

a saber: a) tutela adecuadamente el principio de igual consideración y respeto de todos los ciudadanos; b) permite avizorar alternativas políticas disímiles a las ya contempladas y establecidas; c) posibilita corregir errores lógicos y empíricos; d) obliga a revisar, moderar y/o eliminar prejuicios valorativos; e) promueve la comprensión y entendimiento entre ciudadanos que defienden posturas contrapuestas o disímiles; f) conmina a dar razones mediante las cuales justificar nuestras posturas; g) fomenta la existencia de un genuino proceso colectivo de aprendizaje político, y h) promueve el respeto mutuo entre ciudadanos (Gutmann y Thompson, 1996; Martí, 2006; Gargarella, 2014).

En lo atinente al *segundo tipo de argumento*, consideramos que el diseño institucional promovido por la concepción deliberativa del sistema constitucional posee ciertas ventajas en términos de legitimidad democrática, entre las cuales destacan las siguientes: I) al otorgar facultades más restringidas al Poder Ejecutivo, evita que dicho jefe de Estado y de gobierno arrase con los Poderes Legislativo y Judicial, vulnerando con ello la división de poderes, en tanto garantiza última de la forma republicana de gobierno; II) al otorgar mayor poder de decisión y control a los ciudadanos, garantiza una mayor legitimidad política de las medidas, normas e instituciones adoptadas por los representantes, y III) al tener por objetivos políticos primordiales procurar el respeto mutuo entre ciudadanos, y resolver de manera equitativa los desacuerdos, permite que las medidas, normas e instituciones de gobierno adoptadas gocen de mayor estabilidad política.

A mayor abundamiento, consideramos que la implementación de un diseño deliberativo republicano del sistema democrático constitucional permitiría superar o bien matizar fuertemente los *defectos normativos* propios de un diseño pluralista del mismo, a los cuales refiere C. S. Nino, a saber: 1) dispersión de soberanía; 2) deficiente procesamiento del consenso colectivo; 3) mediación imperfecta; 4) apatía política, y 5) empobrecimiento del debate público (Nino, 1992, p. 577).

En otras palabras, el sistema constitucional, tras adoptar un diseño institucional deliberativo neorepublicano participativo, tendrá las siguientes *cinco ventajas normativas*: 1) la soberanía seguirá dispersa en el plano espacial por motivos de descentralización política, pero no así en el plano temporal y funcional; 2) el consenso colectivo será procesado más adecuadamente; 3) la mediación efectuada por los representantes seguirá siendo perfectible, pero estará orientada a continuar la deliberación en los foros institucionales en los cuales se desempeñen; 4) la apatía política se verá reducida atento los mayores incentivos cooperativos que ofrece este diseño para representantes y representados, y 5) el debate público se verá claramente enriquecido por las deliberaciones existentes en los foros formales e informales (Nino, 1992, p. 577-617).

IV. UN PARTICULAR DISEÑO INSTITUCIONAL

Atento lo señalado, deviene necesario explicitar cuál es el diseño institucional, o bien los mecanismos constitucionales, que debiera poseer todo sistema constitucional que desee satisfacer plenamente o bien satisfactoriamente los estándares de corrección y evaluación de la democracia deliberativa neorrepblicana.

En este marco, consideramos apropiado ofrecer una serie de medidas y mecanismos en base a lo expuesto anteriormente:

1. Diferenciación entre Jefatura de Estado y Jefatura de Gobierno. Posibilidad de ajustar su elección a consideraciones extrapartidarias y de *cursus honorum*.
2. Descentralización de los espacios de discusión política en ámbitos municipales y/o locales.
3. Revocatoria de mandatos, en tanto mecanismo de control ciudadano, sobre las medidas adoptadas por sus representantes políticos.
4. Creación de un cuarto poder constitucional *autónomo* (no solamente autárquico, ni un órgano extrapoderes). Éste debería llevar el nombre de «Poder Ciudadano», garantizando de esta manera: a) concentrar en un órgano autónomo el control y la dirección del poder electoral y del funcionamiento de los órganos extra-poderes (Defensor del Pueblo, Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, Auditoría General de la Nación). Esta versión es la que implementan las Constituciones de Bolivia 2009, Ecuador 2008 y Venezuela 1999, absolutamente vigente. Cabe destacar que los órganos extrapoderes son independientes, pero no autónomos; b) una segunda opción, alternativa a la anterior, implicaría erigir un verdadero Cuarto Poder Constitucional, integrado por ciudadanos comunes, seleccionados en parte por sorteo y en parte por concurso público de antecedentes. Este nuevo poder desarrollaría las cuatro funciones habitualmente desarrolladas por los cuatro órganos extrapoderes, pero a cambio no pertenecerían a la órbita de ninguno de los tres poderes constituidos. En esta segunda versión, los miembros del Poder Ciudadano son autónomos de los tres poderes públicos tradicionales, pero son dependientes del Poder Ciudadano en su conjunto.
5. Periodicidad y renovación en el ejercicio de la función pública, lo que implica la no reelección inmediata, inclusión del mecanismo de sorteo y el concurso público de antecedentes.
6. Inclusión de una Corte Constitucional, específicamente abocada al control de constitucionalidad de las normas inferiores, formadas por magistrados o por jurados ciudadanos, reforzando el control ciudadano sobre los poderes públicos.
7. El procedimiento formal de discusión y sanción de las leyes debe ser un resorte propio de la Asamblea Legislativa (evitar los vetos presidenciales) y estar comunicado con el proceso de deliberación y decisión ciudadana en foros informales. Siendo de su exclusiva necesidad los casos de: urgencia,

necesidad, emergencia, gravedad institucional, intervenciones federales y estado de sitio.

8. Designación mediante sufragio directo popular de los magistrados inferiores con una posible extensión al caso de los jueces de la Corte Suprema de Justicia, así como la modificación de la duración de los mandatos a períodos de tiempo no vitalicios. A su vez, incorporación de un mecanismo mediante el cual se los destituya por actuación indebida en el ejercicio de sus funciones o mal desempeño en sus cargos.
9. Incorporación de un mecanismo de democracia semidirecta de tipo *Bottom-top* que posibilite que la ciudadanía se exprese ante circunstancias de trascendencia política e institucional.
10. La Asamblea Legislativa debiera ser unicameral, compuesta por un número de representantes igual por cada provincia (3 o 5 por cada una). Entre las ventajas de esta composición podemos enumerar las siguientes: a) posibilita la igualdad política entre las reparticiones geopolíticas que conforman la nación; b) mayor coordinación entre las legislaturas provinciales y los representantes nacionales de cada provincia; c) las medidas de excepción o emergencia serán discutidas con profundidad y no serán decididas por la discrecionalidad de una persona. De esta manera, será equitativa la discusión previa al dictado de la medida, y d) previo al dictado de una norma, le correrá vista al Poder Ciudadano y a la Corte Constitucional para que se expida en dictamen no vinculante.
11. Reformas en el marco de la comunidad municipal y local para promover una adecuada democracia deliberativa que a) le otorgue un lugar preponderante como actores principales del sistema político, b) posibilite una genuina participación de la ciudadanía en general. A su vez, implicaría que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo estén en manos de una Asamblea Ciudadana, en este caso tanto los Poderes Ejecutivo, Legislativo como Ciudadano estarían fusionados. Por último, como órgano de control de reaseguro republicano, se debe garantizar la absoluta independencia del Poder Judicial.

Estas 11 medidas tienden, aislada o conjuntamente, a respetar las lecciones, requisitos o implicancias normativas de la adopción de una concepción neorrepublicana participativa del concepto de democracia deliberativa.

Entre estas reformas, cabe detenerse en el diseño e implementación de aquel denominado cuarto poder constituido, o bien poder ciudadano deliberativo.

Al respecto, consideramos que el cumplimiento acabado de las funciones de control y sanción desempeñadas por los representantes políticos de los Poderes Legislativo y Judicial, deberá ser fiscalizado por un órgano de control ciudadano. Este último debe estar integrado por un conjunto de 100 ciudadanos. Sus integrantes deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) no estar afiliado a un partido político alguno ni haber participado de las últimas dos elecciones presidenciales; b) estar inscripto en un padrón oficial confeccionado al efecto con

aquellos ciudadanos que deseen inscribirse voluntariamente; c) aprobar un curso de capacitación breve acerca de la normativa constitucional e infraconstitucional vigente; d) ser ciudadanos argentinos o naturalizados, con residencia en el país no menor a 10 años, y e) ser elegidos por sorteo público nacional realizado por ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En cuanto a las actuaciones del Poder Legislativo, el tribunal ciudadano deberá evaluar el proceder de los miembros del congreso federal en materia de denuncia, sanción y remoción de los miembros del Poder Ejecutivo, siendo el dictamen ciudadano de carácter previo y vinculante para el congreso. En relación a las actuaciones de los magistrados que conforman el Poder Judicial, corresponde al ciudadano fiscalizar sus actuaciones en materia de control de constitucionalidad, y en materia de denuncia, sanción de los miembros del Poder Legislativo. Finalmente, como puede apreciarse, este cuarto poder constituido o poder ciudadano deliberativo incorpora y resignifica a los órganos extrapoderes creados a nivel nacional en 1994 (defensor del pueblo, ministerio público, auditoría general de la nación, consejo de la magistratura y jurado de enjuiciamiento).

Finalmente, consideramos que nuestras propuestas de diseño institucional satisfacen las definiciones más exigentes del elemento *proceso* del concepto de democracia deliberativa. Al respecto de cuáles son los criterios de corrección que debe cumplir el proceso democrático deliberativo, J. Fishkin enuncia *cinco condiciones* que debiera cumplir todo proceso argumentativo político que desee satisfacer adecuadamente el ideal democrático deliberativo (Fishkin, 2011, p. 33-34).

Nuestras propuestas de diseño institucional cumplirían con dichas cinco condiciones: a) *información*: los deliberantes que integran las instituciones deliberativas aquí propuestas tendrían acceso a una adecuada y proporcionada cantidad de información sobre el tema sujeto a discusión; b) *equilibrio sustantivo*: son tenidos en cuenta seriamente los argumentos y aristas relevantes de cada postura argumentativa, ello porque nuestros diseños institucionales respetarían una concepción inclusiva de la idea de razón pública; c) *diversidad*: las posiciones o perspectivas políticas ciudadanas más importantes hallan representación entre quienes participan del debate político, ello estaría garantizado en nuestros diseños deliberativos mediante la modalidad de selección por sorteo de un grupo representativo de ciudadanos; d) *concientización*: los participantes sope-san seriamente los méritos y calidad epistémica de los argumentos esgrimidos por sus contrincantes argumentativos, labor para la cual cuentan en nuestras propuestas con el asesoramiento permanente de una comisión de expertos en asuntos constitucionales, y e) *igual consideración*: los argumentos de todos y cada uno de los deliberantes son escuchados y analizados con igual consideración y respeto, ya que nuestras propuestas promoverían la igual influencia política de sus miembros (Fishkin, 2011, p. 34).

V. CUATRO CRITERIOS NORMATIVOS EVALUATIVOS

Una vez explicitado el *concepto normativo estándar* de democracia deliberativa, así como la *concepción neorrepblicana participativa* del mismo, y tras defender un particular diseño institucional dialógico del sistema constitucional, podrá el lector preguntarse cómo evaluar si el sistema constitucional resultante produce la legitimidad democrática y justicia social deseadas. Para ello, ofreceremos *cuatro criterios normativos evaluativos*.

Por *criterios evaluativos* entendemos aquí aquellos criterios normativos que tienen un alcance limitado en cuanto al momento de su intervención; es decir, intervienen únicamente *ex post* a la formulación de una respuesta o diseño institucional deliberativo específico emitido ante la incógnita planteada. En contraposición, los *criterios normativos de corrección* tienen un alcance amplio; es decir, intervienen *ex ante* y *ex post* a la formulación de una respuesta o diseño institucional deliberativo específico. De este modo, al ser meramente evaluativos, nuestros criterios normativos poseen dos fuertes atractivos: a) proveen de estándares útiles para analizar el mayor o menor grado de adecuación de dichas respuestas al ideal democrático deliberativo; y b) respetan considerablemente las distintas concepciones que puede asumir dicho ideal.

Los criterios normativos evaluativos aquí propuestos son los cuatro siguientes: c1) una *concepción participativa* de los sujetos deliberantes; c2) una *perspectiva contextualista* de los diseños institucionales; c3) una *modalidad deliberativa epistémica* de interacción entre poderes constituidos, y c4) un *enfoque sistémico*, en tanto enfoque de gran escala del desempeño democrático deliberativo de las instituciones de gobierno.

¿Por qué debiéramos emplear estos criterios normativos evaluativos y no otros? Consideramos que un adecuado análisis de la incógnita acerca de la legitimidad democrática deliberativa del sistema constitucional, efectuado desde un enfoque sistémico, debe emplear dichos criterios evaluativos, los cuales, si bien son necesarios, no necesariamente son exhaustivos o suficientes.

Siendo que ya nos hemos referido al concepto estándar del ideal democrático deliberativo, queda aún por dilucidar a qué nos referimos con enfoque sistémico de la democracia deliberativa. Al respecto, cabe señalar que, en los últimos 10 años, se ha dado un profuso debate acerca de cuál es el enfoque normativo más adecuado a adoptar al interior de la teoría democrática deliberativa. Entre dichos enfoques, el denominado *sistémico* es el más reciente de todos. Su origen se remonta a una serie de conferencias brindadas entre 2009 y 2012 por especialistas en teoría democrática deliberativa.⁶

6 Más específicamente, en septiembre de 2012, mediante la publicación de numerosas conferencias en la obra *Deliberative Systems*, es que aquel enfoque surgió claramente como un *enfoque normativo alternativo*.

Sus principales defensores señalan que, en las últimas décadas, los teóricos deliberativos se han abocado a analizar la implementación de foros individuales de discusión, sin prestar atención al sistema general que los incluye. En oposición a esta estrategia de investigación reduccionista, quienes adhieren al enfoque sistémico deliberativo defienden *un enfoque de gran escala* que entiende a la democracia deliberativa como un gran sistema complejo, compuesto de varios engranajes; es decir, de instituciones, asociaciones y foros políticos de tipo deliberativo y no deliberativo, los cuales interactúan como componentes o partes de un todo orgánico (Parkinson, Mansbridge y otros, 2012, p. 1-2).

¿Qué funciones normativas generales cumple el sistema deliberativo? J. Parkinson y J. Mansbridge sostienen que la evaluación del desempeño de las instituciones habidas al interior del sistema deliberativo se efectúa atendiendo a cuán bien cumplen aquellas funciones que resultan necesarias para la promoción de las metas del sistema como un todo. Según dichos autores, las tres funciones generales de todo sistema deliberativo serían las siguientes: a) epistémica; b) ética, y c) democrática (Parkinson, Mansbridge y otros, 2012, p. 11).

La *función epistémica* de un sistema deliberativo consiste en producir preferencias, opiniones y decisiones debidamente informadas por los hechos y la lógica, y que son resultado de una evaluación sustantiva profunda de las razones esgrimidas durante el debate. La *función ética* primaria del sistema implica promover el respeto mutuo entre los ciudadanos. Finalmente, los autores identifican al interior del sistema deliberativo una tercera función, a la que denominan *función democrática*. La misma no está completamente separada de las primeras dos, y consiste en promover un proceso político inclusivo en términos de igualdad y equidad, que incorpore efectivamente las voces de todos los afectados por la medida en cuestión. A estas funciones explícitamente definidas por los defensores del novel enfoque sistémico deliberativo, consideramos debe añadirse una cuarta, la cual se halla formulada de forma implícita o tácita en sus teorizaciones. Nos referimos a la *función sistémica*, de tipo instrumental, contextual, conforme la cual la legitimidad de cada engranaje o foro deliberativo micro, depende de su contribución a aumentar la calidad epistémica del procedimiento y de los resultados obtenidos mediante dicho sistema.

Consideramos que teniendo por objeto de estudio el sistema democrático constitucional, de dichas *cuatro funciones normativas generales* podemos derivar los *cuatro criterios evaluativos específicos* ya mencionados. A continuación analizaremos con detenimiento cada criterio evaluativo.

C1. El primer criterio evaluativo sugiere que es preferible que los *sujetos deliberativos principales sean los ciudadanos* y no meramente sus representantes. En este sentido, lo deseable es alcanzar el *mayor grado posible de participación política efectiva de los ciudadanos* sin por ello suprimir las necesarias instancias deliberativas de sus representantes. La efectiva participación ciudadana ofrece no solo la ventaja de otorgar mayor legitimidad política a las medidas, normas e instituciones resultantes del proceso deliberativo, sino también de contribuir al aprendizaje político de los ciudadanos, fomentando con ello un mayor desarrollo

de sus virtudes cívicas (Gutmann y Thompson, 2004, p. 30-31). Así también la efectiva participación ciudadana garantiza una mayor estabilidad política de las instituciones democráticas, ya que los ciudadanos creen que sus representantes y las medidas de gobierno son razonables y aceptables.

C2. El segundo criterio sugiere la adopción de una *concepción contextualista epistémica* de los diseños institucionales. Esta concepción considera que la legitimidad política de un determinado diseño institucional debe ser evaluada atendiendo a: I) los principios políticos normativos contenidos en el ideal democrático deliberativo; y II) las particulares condiciones normativas y empíricas no ideales propias del sistema jurídico y sociedad democrática en la cual dicho diseño se inserta.

Al respecto de la *concepción contextualista* de los diseños institucionales, la misma se opone a una concepción universalista. La concepción universalista sostiene que partiendo de un ideal normativo específico puede identificarse un diseño institucional universalmente correcto, apto para ser aplicado en todo contexto político. De este modo, la evaluación de los diseños institucionales debe atender solamente a criterios de corrección intrínsecos, o bien corresponderse con el plano normativo ideal explicitado. En contraposición, la concepción contextualista sostiene que la evaluación de los diseños institucionales requiere atender tanto a la faz normativa ideal como a la faz normativa no ideal. Ello se debe a que el grado de abstracción normativa propio de dicha tarea evaluativa es de tipo intermedio (Zurn, 2011). Este carácter de meridiana normatividad se debe a que los diseños institucionales constituyen estructuras de relación entre sujetos políticos, unidos por reglas que responden a un ideal normativo, siendo implementadas dichas estructuras en un contexto político determinado. De este modo, para evaluar la calidad de los diseños institucionales debe analizarse tanto la correspondencia, coherencia o consistencia de dicha estructura de relación específica para con dicho ideal normativo, como para con aquel contexto político concreto.⁷

C3. El tercer criterio defiende una *concepción deliberativa epistémica* de la interacción entre poderes constituidos y poderes constituyentes, la cual sugiere una relación dialógica cooperativa entre ellos, por oposición a las concepciones de estricta separación de poderes, que propone una relación neutral, y la de frenos y contrapesos, que postula una lógica agónica de interacción entre poderes. La concepción democrática deliberativa sostiene que tanto el principio de frenos y contrapesos, adoptado por la concepción democrática agregativa mayoritarista, como el de estricta separación de poderes receptado por la concepción populista radical, resultan objetables. La *concepción deliberativa* de interacción entre poderes constituidos coincide con el presupuesto democrático deliberativo que señala la necesidad de *validación intersubjetiva de los resultados alcanzados*, así como

7 Además de C. F. Zurn (2007, 2011), pueden mencionarse otros tres grandes exponentes de la concepción contextualista en filosofía política, a saber: Dahl, 1997, p. 192; Rawls, 1996, p. 235, nota 21; Nino, 1997, p. 250.

aquel que indica que siendo el proceso deliberativo eminentemente colectivo, público, argumentativo, de reflexión dialógica, debe ser considerado *abierto y auto-correctivo*. De este modo, tal diseño institucional posibilita con mayor grado de probabilidad (aunque no garantiza) que los resultados de tal control de constitucionalidad dialógico sean *epistémicamente superiores* a los obtenidos mediante otros diseños (Nino, 1997, p. 154, 160-162, 166-198).

C4. El cuarto criterio evaluativo es el atinente a la adopción de una *concepción sistémica* de la democracia deliberativa como criterio normativo de evaluación del diseño institucional del control de constitucionalidad. Aquí, por concepción deliberativa sistémica nos referimos a aquella teoría que desarrolla o especifica las implicancias normativas particulares propias de incorporar al enfoque deliberativo sistémico aquella *cuarta función general* a la que denominamos *sistémica*. Entre dichas implicancias destacan las siguientes: I) la legitimidad de las decisiones políticas debe ser evaluada, tomando en cuenta no solo la calidad epistémica y procedimental de cada institución aisladamente considerada, sino la contribución de dicha institución a la calidad del sistema deliberativo considerado como un todo (Parkinson, Mansbridge, 2012, p. 1-2); y II) el sistema deliberativo incluye foros políticos de tipo deliberativo y no deliberativo, los que interactúan como componentes o partes de un todo (Parkinson, Mansbridge, 2012, p. 1-2).

VI. UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MULTISITUADO

En el apartado anterior hemos identificado *cuatro criterios evaluativos*, que consideramos pueden ser empleados como estándares normativos mediante los cuales evaluar qué diseños institucionales promueven adecuadamente los valores propios de una concepción neorrepública participativa de la democracia deliberativa.

En el marco institucional reformista diseñado, hemos promovido como mecanismos principales de nuestra propuesta de sistema deliberativo constitucional un control ciudadano de constitucionalidad de las leyes. En este apartado procederemos a: I) explicitar ciertas directrices normativas acerca de cómo debiera ser un mecanismo de control de constitucionalidad deliberativo; y II) ensayar un posible diseño institucional de control deliberativo de constitucionalidad.

En relación a las *directrices generales* acerca de cómo implementar adecuadamente un control deliberativo de constitucionalidad, pueden derivarse de aquellos cinco criterios normativos de evaluación identificados (participatividad, contextualidad, dialogicidad, sistematicidad y razonabilidad inclusiva).

En otras palabras, consideramos que todo mecanismo de control de constitucionalidad que desee satisfacer plenamente el ideal democrático deliberativo, debiera seguir las siguientes pautas genéricas: a) posibilitar la participación directa, real, constante, organizada y transparente de un número representativo

de ciudadanos afectados; b) atender adecuadamente a las particulares características de la práctica constitucional vigente en aquella sociedad democrática donde desea implementarse; c) desarrollarse en un marco político dialógico y cooperativo entre poderes constituidos de gobierno e instancias formales e informales de deliberación ciudadana; d) equilibrar, balancear, sopesar, compensar, las tareas de control de constitucionalidad desempeñadas por una unidad política o nodo deliberativo individual, con las llevadas adelante por las restantes instancias ciudadanas que desempeñan un idéntico, análogo o similar rol revisor, y e) permitir el ingreso al proceso democrático deliberativo de control de constitucionalidad de aquellas razones políticas que pueden ser consideradas públicas o no públicas, siempre y cuando sus oferentes den argumentos acerca de por qué deben incluirse, que sean razonables y aceptables por la generalidad de los ciudadanos afectados.

Entendemos que estas pautas no conllevan necesariamente la adopción de un único diseño institucional universalmente válido, sino que son compatibles con distintos diseños, todos ellos legítimos desde una concepción democrática deliberativa. Sin embargo, consideramos valioso, en términos didácticos, explorar cómo podrían ser algunas de dichas posibles versiones.

En cuanto al *diseño institucional* de control de constitucionalidad que podría adoptarse desde un enfoque normativo de *lege ferenda*, resulta recomendable la implementación de un mecanismo de *control de constitucionalidad ciudadano multisituado*,⁸ el cual debiera llevarse a cabo mediante *órganos extrapoderes*,⁹ los que tendrían por función principal *controlar la constitucionalidad* de las normas decididas (o no decididas, inconstitucionalidad por omisión) e implementadas por dichos poderes constituidos.

8 Con el calificativo de *multisituado* nos referimos aquí a la posibilidad de que el control deliberativo de constitucionalidad no se dé únicamente en una de las unidades de decisión del sistema democrático deliberativo, sino en varias de ellas. Esta redistribución de la tarea del control de constitucionalidad responde a dos enfoques normativos complementarios: a) un *enfoque sistémico* de la democracia deliberativa, conforme el cual debe evaluarse el efectivo cumplimiento de una meta política, analizando el funcionamiento integrado de todos los engranajes (unidades de decisión) que integran dicho sistema democrático deliberativo, y no de uno solo de ellos; y b) un *enfoque epistémico* de la democracia deliberativa, conforme el cual a mayor cantidad de ciudadanos que puedan intervenir en el proceso de deliberación y decisión democrático, mayor razonabilidad tendrá el producto de dicho proceso.

9 La necesidad de incorporar *órganos extrapoderes* ha sido percibida por quienes desean sustraer de las manos de los poderes constituidos ciertos tipos de funciones políticas que habitualmente se desarrollan con bajos o nulos niveles de transparencia. Los órganos se denominan *extrapoderes* debido a que no integran la escala jerárquica y vertical de distribución de funciones desempeñada al interior de cada uno de los poderes políticos constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial). Siendo sobreexigente un escenario político donde se obliga a todos los ciudadanos, en calidad de poder constituyente derivado, a deliberar sobre la constitucionalidad de todas y cada una de las normas legales, surge como razonable la instrumentación de unidades de deliberación y decisión ciudadanas representativas de la población general, las cuales se aboquen a tal tarea de control. La instrumentación de órganos ciudadanos extrapoderes de control de constitucionalidad debe ubicarse en un plano intermedio, entre los órganos políticos fijos (poderes constituidos) y las asambleas ciudadanas deliberativas generales autoconvocadas. Los órganos ciudadanos extrapoderes responden adecuadamente a las exigencias propias de un sistema democrático representativo y de un sistema democrático directo.

A su vez, proponemos la incorporación explícita en el texto constitucional de una cláusula donde se establezca como obligatoria una *dinámica de interacción entre poderes constituidos de tipo dialógica*, en reemplazo de la existente lógica agonista, propia del denominado sistema de frenos y contrapesos. Dicha lógica dialógica promovería la existencia de continuas y genuinas deliberaciones entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, todo ello bajo la atenta mirada de aquellos órganos ciudadanos extrapoderes.

De este modo, desde un enfoque normativo de *lege ferenda*, estos dos arreglos constitucionales generales (control ciudadano e interacción dialógica) coadyuvarían a la adopción de un diseño del mecanismo de control de constitucionalidad que garantice el cumplimiento acabado del ideal regulativo impuesto desde la democracia deliberativa.

El carácter multisituado de dicho tipo de control podría implicar desde un enfoque normativo reformista, o de *lege ferenda*, la adopción de *tres tipos de controles ciudadanos* (de las leyes, de las sentencias, de los decretos), cada uno de ellos dirigido a revisar las actuaciones de uno de los poderes constituidos (Legislativo, Judicial y Ejecutivo).

En relación con el *control de constitucionalidad ciudadano de las leyes*, consideramos que podría efectuarse por una comisión permanente especial constituida en el seno del Poder Legislativo, la cual podría denominarse *Comisión Ciudadana Constitucional* (ccc). Los integrantes de la comisión ciudadana serían elegidos periódicamente por sorteo.¹⁰

En cuanto al *control de constitucionalidad ciudadano de las sentencias judiciales*, sostenemos que el mismo podría efectuarse por un *tribunal ciudadano*, el que reemplazaría al modelo de c.j.c. El mismo estaría compuesto por jurados; es decir, ciudadanos, que se elegirían por sorteo de una lista de inscriptos voluntarios.¹¹

En lo atinente al *control de constitucionalidad ciudadano de los decretos ejecutivos*, el mismo podría efectuarse de forma previa y posterior a la sanción de todo decreto emanado del Poder Ejecutivo que pretenda sentar una regla o norma general,

10 Este sorteo sería realizado y controlado por un órgano extrapoder (independiente y autónomo) instituido en el seno del *Poder Legislativo*. Los ciudadanos habilitados para concursar por el cargo debieran inscribirse en una lista de interesados, para lo que deberán cumplir ciertos requisitos de mínima. La ccc contaría con el apoyo constante de una comisión permanente de expertos en asuntos constitucionales, cuyos integrantes serían elegidos también periódicamente por sorteo de una lista de interesados. Aquí los ciudadanos que pueden anotarse deberían ser reconocidos académicos en las áreas de las ciencias jurídicas, políticas, sociales y humanas.

11 Este sorteo sería realizado y controlado por un órgano extrapoder (independiente y autónomo) instituido en el seno del *Poder Judicial*. Los jurados, una vez elegidos, deberían recibir el trato y decoro que se da a las autoridades judiciales, tanto en sus aspectos morales, económicos y de seguridad, exceptuando el carácter permanente de su nombramiento. En este sentido, los jurados no durarían en el cargo lo que dure su buena conducta, sino que serán constituidos para cada caso concreto *ad hoc* mediante el proceso de selección mencionado, siendo por ello sus funciones de tipo transitorias. Sin embargo, los jurados para justificar sus sentencias deberían tener por vinculantes (aunque no de obligatorio acatamiento) a los precedentes fijados por el más alto tribunal judicial del Estado nacional. A su vez, los jurados deberían contar con la asistencia jurídica-técnica permanente de los actuales integrantes de la *Comisión Ciudadana Constitucional* (ccc), la que tendría por misión emitir un dictamen no vinculante.

sea o no reglamentaria. Entre estos últimos cabe mencionar a los decretos-leyes, los decretos de necesidad y urgencia, los decretos ejecutivos en materia delegada por el Poder Legislativo, decretos que promulgan leyes parcialmente, entre otros. El órgano encargado de efectuar dicho control podría ser aquella comisión constituida en el seno del Poder Legislativo, que hemos denominado *Comisión Ciudadana Constitucional* (ccc).

Consideramos que esta particular propuesta de diseño institucional es una de las posibles modalidades de implementación concretas que permitiría poner en diálogo los controles: judicial, ciudadano y legislativo, dando como resultado una *máxima* calidad democrática deliberativa del sistema político integralmente considerado.

VII. UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL PROVINCIAL: MENDOZA 2016

En el año 2016 el gobierno regente de la provincia de Mendoza se propuso proyectar una reforma constitucional que resignificara y modificara de forma integral su Constitución vigente, la que fuera sancionada en 1916.

Cien años transcurrieron hasta que volvió a existir un impulso constituyente genuino y decidido en el territorio provincial. Por supuesto, hubo intenciones previas, pero no tuvieron la lucidez ni la amplitud de criterio como hoy en día. Este nuevo ímpetu reformista podría definirse fundamentalmente empleando dos términos, a saber: complejo y dialógico.

El carácter *complejo* refiere a las circunstancias que han motivado y circundan el deseo reformista. Los valores constitucionales y sus manifestaciones institucionales han variado notablemente en estos 100 años de vida política, volviéndose responsivos a una realidad política contemporánea global, compleja y postsoberana (Robertson, 2012).

El adjetivo *dialógico* es predicable tanto de la plataforma de discusión de la reforma como del diseño institucional defendido mediante la misma. La deseabilidad y factibilidad de la reforma ha sido ampliamente debatida en distintos foros informales y formales, con la participación mancomunada de representantes y representados. En especial se destaca un prestigioso, extenso y plural seminario de discusión y formación constitucional, dado en el Palacio Legislativo de la ciudad capital. Las propuestas concretas de innovación constitucional tienen por plataforma de justificación, en la mayoría de los casos, una concepción democrática participativa, opuesta a la reinante otrora en 1916, de rasgos más representativos, agregativos y hasta conservadores.

Este escenario contingente ofrece una oportunidad inmejorable para identificar, reconstruir, discutir, ensayar, proyectar, evaluar, los presupuestos e implicancias normativas de la adopción de una concepción democrática deliberativa.

Más aun, la situación no ideal real de la provincia de Mendoza se ofrece como un caldo de cultivo encomiable para la proyección y concreción de futuras reformas deliberativas a nivel nacional.

Dado este particular marco político, resulta sobradamente justificado analizar, siquiera brevemente, aquellos aspectos centrales de su Constitución actual (1916) y aquellos de la propuesta de reforma constitucional oficial (2016).

En atención a dicha finalidad, es que los objetivos específicos del presente apartado serán principalmente dos. En primer lugar, identificar y analizar siete aspectos normativos vigentes en la Constitución de la provincia de Mendoza vigente, que debieran ser resignificados. En segundo lugar, reconstruir y resignificar aquellas ocho propuestas efectivamente planteadas en el recinto legislativo que consideramos más consistentes con una concepción neorrepblicana participativa de la democracia deliberativa, señalando en cada caso cuáles podrían ser los ajustes necesarios para su adecuada y efectiva implementación.

Por un lado, en cuanto aquellos *diseños constitucionales vigentes* (desde 1916) de la Constitución de Mendoza (CM) a reformar, identificamos los siguientes siete: *a)* soberanía popular (art. 4); *b)* gobierno representativo (art. 9); *c)* balance de poder (art. 12); *d)* poder legislativo (art. 64); *e)* juicio político (arts. 109-110); *f)* poder ejecutivo (arts. 111-130), y *g)* ministros (arts. 131-137).

Primeramente, cabe efectuar una breve reconstrucción de dichos artículos, para luego proceder a su crítica y propuesta de reforma.

El artículo 4 CM sostiene que *el pueblo es soberano* y no solo tiende a otorgarse a sí mismo un buen gobierno, una buena Constitución, sino el mejor gobierno posible, *la mejor Constitución posible*. El artículo 12 CM establece en cabeza de los funcionarios de cada poder constituido la *prohibición de abrogarse cargos o funciones* de un miembro de otro poder constituido. En el artículo 64 CM se establece un Poder Legislativo provincial bicameral. En los artículos 109 y 110 CM se explicita el procedimiento y los sujetos involucrados en la institución del juicio político. En los artículos 111 a 130 CM se regula lo atinente al Poder Ejecutivo provincial, reproduciendo en gran parte el carácter decisionista y vertical que impera en las restantes constituciones provinciales argentinas, así como en la Constitución Nacional. Por último, entre los artículos 131 y 137 CM se legisla sobre el rol, función, entidad y demás características de los ministros secretarios del gobernador provincial.

Acto seguido, en lo referido a la evaluación y reformulación de dichos artículos, consideramos desde una perspectiva deliberativa neorrepblicana participativa:

En relación al artículo 4 CM, resulta imperioso señalar que los ciudadanos, en tanto agentes autogobernados, autónomos, individualmente considerados, son los genuinos soberanos políticos, siendo que sus representantes deben continuar y/o profundizar los argumentos que los representados vierten en sus discusiones. En otras palabras, el pueblo de Mendoza delibera y gobierna por sí mismo, y por intermedio de sus representantes.

En cuanto al artículo 12 CM, resulta necesario no solo prohibir la obtención de potestades de un poder constituido por parte de los miembros de otro, sino

también permitir el control ciudadano sobre los representantes políticos que ocupen cargos formales de gobierno.

En lo atinente al artículo 64 CM, consideramos que en su lugar debiera adoptarse un diseño unicameral del Poder Legislativo provincial, que otorgue representación equitativa a los municipios y comunas. La bicameralidad no necesariamente promueve más y mejor deliberación política, sino que reproduce la lógica agregativa, confrontativa, e incluso garantiza cierto *status quo* político. El diseño unicameral con composición equitativa garantiza que sea el peso de los argumentos y no el contingente poder político de cada departamento, ni que se favorezca una lógica de suma cero, sino una cooperación política por motivos morales y pragmáticos, dando mayor valor a los espacios políticos que a las figuras personales que ocasionalmente ocupen los cargos.

Por otro lado, en los artículos 109 a 110 CM vigentes deberían ser reformados de modo que el procedimiento de juicio político: a) incluya un mayor número de figuras políticas; b) esté puesto en manos de un comité de ciudadanos elegidos previamente por sorteo o bien concurso de antecedentes; c) incorpore sanciones pecuniarias y políticas efectivas.

En lo atinente a los artículos 111 a 130, referidos al Poder Ejecutivo provincial, consideramos necesario desdoblarlo en dos cargos principales: a) un jefe de gobierno; y b) un jefe de Estado. El cargo de jefe de gobierno podría ser asumido por la actual vicegobernación, mientras que el de jefe de Estado, por quien se desempeña como gobernador. De esta manera se limitan los efectos indeseados de un Poder Ejecutivo omnipresente, vertical, decisionista, cesarista, que limita el efectivo control de los restantes poderes constituidos y gobierna por decretos.

Finalmente, en cuanto a la evaluación de los artículos 131 a 137, referidos a los ministros secretarios, deberían colocarse como colaboradores, bajo la órbita del jefe de gobierno, con funciones que exceden a las de refrendar y legalizar, funcionando todos ellos junto al jefe de gobierno como una asamblea deliberativa. Los ministros secretarios deberían ser elegidos por el voto ciudadano directo, al igual que el jefe de gobierno y el jefe de Estado, siendo todos ellos pasibles de remoción por revocatoria de mandatos ciudadana o censura parlamentaria.

Por otro lado, en relación a las *propuestas consideradas atractivas* desde una perspectiva deliberativa neorrepública participativa, cabe destacar las siguientes: a) mecanismos de deliberación y participación ciudadana (propuesta Nº 15); b) defensa de la democracia (propuesta Nº 25); c) declaraciones políticas (propuesta Nº 26); d) control de constitucionalidad (propuesta Nº 30); e) división dialógica de poderes (propuesta Nº 31); f) senado provincial (propuesta Nº 38); g) autonomía municipal (propuesta Nº 59), y h) órganos extrapoderes (propuestas Nº 55, 56, 63, 64 y 67). Al igual que en el caso anterior, procederemos primero a describir y luego a evaluar las propuestas normativas específicas.

La primera propuesta de reforma a considerar es la que proyecta la inclusión de *mecanismos de deliberación y participación ciudadana*,¹² dada la finalidad expresa

12 Cfr. José Luis Martínez Peroni, Alberto Montbrun, Alicia Barrionuevo, Silvina Barón Knoll,

de varios legisladores de implementar de forma efectiva ciertos arreglos institucionales propios de una genuina democracia deliberativa. En este marco, se promueve la obligación de organizar audiencias públicas en el ámbito de todos y cada uno de los poderes políticos constituidos, así como la inclusión de ciertas figuras dialógicas, tales como: *amicus curiae*, acciones de clase, iniciativa legislativa popular, revocatoria de mandatos, presupuesto participativo, consulta legislativa de constitucionalidad, banca ciudadana en la Legislatura, auditorías ciudadanas, consulta popular, ayuntamientos abiertos, entre otras.

La segunda medida atractiva es la que sugiere incluir una *cláusula de defensa de la democracia*,¹³ que exprese que la CM mantiene su imperio aun cuando se interrumpa o desee interrumpir su observancia, por acto de fuerza contra el orden institucional o el sistema democrático, o bien se prolonguen funciones o poderes de un poder constituido, violando el expreso texto constitucional. La sanción a quienes realicen, usurpen o prolonguen funciones es la nulidad insanable de sus actos, la inhabilitación absoluta y perpetua para ocupar cargos públicos y su exclusión de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Por último, se afirma que todos los ciudadanos tienen derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

La tercera medida valiosa es la que fomenta la inclusión expresa en el texto constitucional de ciertas *declaraciones políticas*,¹⁴ protectoras del nuevo rumbo deliberativo participativo que se desea imprimir a la vida política provincial. En este sentido, se sugiere señalar que la forma de gobierno no es solamente representativa, republicana y federal, sino también «democrática», «deliberativa» y «participativa». Esta tercera medida, está íntimamente conectada, y recepta la crítica aquí efectuada a la actual redacción del artículo 9 CM, el cual restringe el proceso deliberativo y decisorio a aquellos sujetos oficialmente elegidos mediante sufragio como representantes.

Una cuarta e interesante medida es la atinente al *control de constitucionalidad y convencionalidad*, de oficio, de todo acto o norma, de funcionarios, empleados y particulares, puesto en cabeza de *toda autoridad pública*.¹⁵ Aquí se evidencia la

Gustavo Castiñeira, C. Ignacio Giuffré y Macarena González, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre; Leonardo Pascón, Federico Lorenzo y César Gutiérrez, Jornada Colegios y Consejos Profesionales: Reflexiones y aportes a una eventual reforma constitucional en Mendoza, Legislatura de Mendoza, 26 de septiembre de 2016. También conforme a: las Constituciones de la Nación (arts. 39 y 40), Córdoba, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Río Negro, San Luis, Catamarca y Santiago del Estero.

13 Cfr. Renzo Maturano, aporte presentado en soporte papel en la Legislatura de Mendoza, septiembre de 2016. Además, acorde a: la Constitución de la Nación (art. 36), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras.

14 Cfr. Ignacio Giuffré, Jornada Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 18 de agosto de 2016. Además, conteste con el Derecho Público Argentino. Conforme a: las Constituciones de San Luis (art. 1), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1) y otras.

15 Cfr. Santiago Nasif, Jornada de reflexión y debate sobre los cien años de la Constitución Provincial, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos y la Universidad Católica Argentina (UCA), Mendoza, 28/10/2016. Además, de acuerdo con: CSJN, fallo «Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios», 2012; Corte IDH, Caso «Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú», 2006; Corte IDH, Caso «Gelman vs. Uruguay», 2011.

necesidad de consagrar la obligación de evaluación constitucional por parte de todos los poderes políticos constituidos, dejando de lado el sistema exclusivamente judicial actual. En este punto hemos propuesto la implementación de un sistema ciudadano de control de constitucionalidad multisituado. Para evitar repeticiones innecesarias nos referimos a lo ya señalado.

Una quinta y destacable propuesta de reforma constitucional es aquella que sugiere explicitar en el nuevo texto una efectiva *división dialógica de poderes constituidos*,¹⁶ rechazando así la adopción de una modalidad agonal (frenos y contrapesos) o neutral (separación estricta de poderes) de interacción entre poderes constituidos. La finalidad aquí es diseñar e implementar una modalidad deliberativa y cooperativa de interacción entre los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Este rechazo expreso a las modalidades agonal y neutral coinciden, respectivamente, con las concepciones democráticas libertaria pluralista y populista radical. Esta medida concreta es sumamente consistente con los fines neorrepblicanos deliberativos aquí defendidos, ya que parte de una perspectiva compleja, sistémica, cooperativa y dialógica, en materia constitucional. Constituye una piedra basal para una efectiva y genuina implementación de un sistema constitucional deliberativo.

Una sexta medida, de impronta fuertemente federal, es aquella que propone reformar el *senado provincial*, promoviendo una *integración territorial igualitaria y no meramente aritmética*.¹⁷ Más precisamente, se alienta la representación de todos los departamentos municipales o comunales, en pie de igualdad, en la Cámara de Senadores, que forma parte del Poder Legislativo provincial bicameral. Las modalidades de implementación principalmente debatidas serían dos. Por un lado, algunos sugieren adoptar tres senadores por municipio (dos por la mayoría y uno por la primera minoría). Por otro lado, existen quienes sugieren que se componga de un senador elegido por cada municipio junto con otros tres elegidos por cada una de las seis regiones en las que se desea dividir a la provincia de Mendoza. Cabe advertir que la representación electoral en la Cámara de Diputados continuaría de acuerdo a la población de cada jurisdicción provincial como actualmente funciona. Esta propuesta luce parcialmente atractiva, ya que, desde una perspectiva normativa ideal, defendemos la eliminación del Senado, estableciendo un diseño unicameral donde estén representados de forma igualitaria en número y potestad los distritos municipales y/o comunales.

16 Cfr. C. Ignacio Giuffré y Gustavo Castiñeira, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016. Además, conteste con: la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

17 Cfr. Lucas Lupo, Jornada Concejales y Reforma, Legislatura de Mendoza, 30 de junio de 2016; Gustavo Castiñeira, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016; Alberto Montbrun, Seminario sobre la reforma constitucional de la Provincia de Mendoza, Legislatura de Mendoza, 20 de octubre de 2016; Fernando Simón, Jornada Organismos de Control y Constitución, Legislatura de Mendoza, 13 de octubre de 2016; Leonardo Pascón y Miriam Gallardo, Jornada Colegios y Consejos Profesionales: Reflexiones y aportes a una eventual reforma constitucional en Mendoza, Legislatura de Mendoza, 26 de septiembre de 2016. Además, conteste con: la Constitución de la Nación y de otras provincias argentinas.

La séptima medida atractiva es la que brega por el reconocimiento de la *autonomía municipal*¹⁸ a cada uno de los departamentos que cumplan con los requerimientos para ser calificados como municipios. La principal consecuencia de esta medida sería la genuina potestad de los municipios de dictar sus propias Cartas Orgánicas, mediante aquellas convenciones deliberativas que convoquen al efecto. De forma consecuente a lo señalado por numerosos deliberativistas, deseamos descentralizar la autoridad política provincial, a la par que otorgar fuertes potestades a los municipios y/o comunas.

Finalmente, una octava y valiosa medida, quizás la más destacable de todas desde una perspectiva deliberativa sistémica, es la que recomienda la inclusión de *órganos extrapoderes*, los cuales fueron implementados explícitamente en la Constitución Nacional (CN) mediante la reforma de 1994. En dicho proceso, los convencionales constituyentes incorporaron expresamente cinco órganos extrapoderes: a) Defensor del Pueblo (art. 84 CN); b) Ministerio Público Fiscal (art. 120 CN); c) Auditoría General de la Nación (art. 85 CN); d) Consejo de la Magistratura (art. 114 CN); e) Jurado de Enjuiciamiento (art. 115 CN).

Estos cinco órganos extrapoderes pueden rastrearse en las propuestas N° 63, 64, 67, 55 y 56, respetando el orden en que los hemos presentado. Veamos entonces qué se enuncia en cada caso.

- a) Defensor del Pueblo:¹⁹ Órgano autónomo, independiente, con autarquía financiera, portador de las mismas inmunidades y privilegios que los legisladores, designado con el voto de las dos terceras partes de las cámaras de la Legislatura, que dure en sus funciones cinco años, con legitimación procesal, iniciativa legislativa. Sus metas son dos principalmente: 1) controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas; y 2) proteger los derechos humanos, garantías e intereses tutelados en la legislación mendocina, ante hechos, actos u omisiones de la Administración.
- b) Ministerio Público Fiscal y de la Defensa:²⁰ Órgano autónomo e independiente, con autarquía financiera, situado institucionalmente fuera

18 Cfr. Clara Acosta, Anabela Villach, Marcela Ruiz, Silvina Barón Knoll y Gabriela Ábalos, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016; Gabriela Ábalos y Alberto Montbrun, Seminario sobre la reforma constitucional de la Provincia de Mendoza, Legislatura de Mendoza, 20 de octubre de 2016; Leonardo Pascón y Miriam Gallardo, Jornada Colegios y Consejos Profesionales: Reflexiones y aportes a una eventual reforma constitucional en Mendoza, Legislatura de Mendoza, 26 de septiembre de 2016; Alejandra Gómez, Foro Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 18 de agosto de 2016. Además, conteste con: la Constitución de la Nación (arts. 5 y 123) y el Derecho Público Provincial Argentino.

19 Cfr. Sandra Casabene, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016; Fernando Simón, Jornada Organismos de Control y Constitución, Legislatura de Mendoza, 13 de octubre de 2016; C. Ignacio Giuffré y Ezequiel Cánepa, Jornada Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 18 de agosto de 2016; Guillermo Liñán y Alicia Mota (Colegio Notarial de Mendoza), aporte presentado en soporte papel en la Legislatura de Mendoza, octubre de 2016. Además, conteste con: la Constitución Nacional (art. 86) y el Derecho Público Provincial Argentino.

20 Cfr. Ignacio Giuffré, Jornada Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 18 de agosto de 2016. Además, conteste con: la Constitución Nacional (arts. 18, 120 y 75, inc. 22), y de Salta; esto es congruente con lo establecido en el Caso «Barreto Leiva vs. Venezuela» de la Corte

de la esfera del Poder Judicial, pretendiendo asegurar la inviolabilidad de la defensa en juicio y la paridad de armas entre la parte defensiva y la parte acusadora. Está integrado por un Defensor General y un Procurador General, en ambos casos removidos a través de juicio político. Quien ocupe ambos cargos sería nombrado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, siendo su desempeño temporal o periódico; es decir, no se sostiene mientras dure su buena conducta. Por el contrario, los cargos inferiores (fiscales y defensores) duran hasta los 75 años cumplidos, siempre y cuando mantengan su buena conducta y capacidad.

- c) Tribunal de Cuentas:²¹ Órgano autónomo, independiente, con autarquía financiera, ubicado institucionalmente fuera del Poder Judicial, el cual tiene por función efectuar un control concomitante junto con el post facto, limitando la duración a un lapso fijo de tiempo el desempeño de aquel funcionario que oficie como su presidente. Sus miembros deberían ser removidos por juicio político y no mediante el jury de enjuiciamiento. Finalmente, las cuentas municipales deben quedar a cargo de los Tribunales de Cuentas Municipales, los cuales ganarán en potestades y autonomía.
- d) Consejo de la Magistratura:²² Órgano autónomo, independiente, con autarquía financiera, pero situado en la esfera del Poder Judicial provincial; entre sus atribuciones se mencionan: 1) el nombramiento de los miembros del Poder Judicial y no los del Ministerio Público; y 2) la administración del presupuesto del Órgano Judicial.
- e) Jurado de Enjuiciamiento:²³ Órgano autónomo, independiente, con autarquía financiera, agregando dentro de sus facultades la posibilidad de aplicar sanciones menores a la sanción extrema de remoción, pero retirando de su esfera de actuación a fiscales, defensores y asesores, para asegurar la

Interamericana y la Resolución de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA), AG/RES. 2821, XLIV-O/14.

21 Cfr. Débora Quiroga, Jornada Organismos de Control y Constitución, Legislatura de Mendoza, 13 de octubre de 2016; Fernando Simón, Jornada Organismos de Control y Constitución, Legislatura de Mendoza, 13 de octubre de 2016; Mónica González, Graciela Salvo y Silvina Barón Knoll, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016; Ezequiel Cánepa, Foro Los Jóvenes y la Constitución, Legislatura de Mendoza, 18 de agosto de 2016; Foro sobre Organismos de Control, Santa Rosa, 23 de junio; Guillermo Liñán y Alicia Mota (Colegio Notarial de Mendoza), aporte presentado en soporte papel en la Legislatura de Mendoza, octubre de 2016; Juan Civit, Víctor Babolené y Bartolomé Robles, aporte presentado por escrito en la Legislatura de Mendoza, octubre de 2016; Ezequiel Cánepa y Alberto Montbrun, aporte presentado por escrito en la Legislatura de Mendoza, octubre de 2016. Además, conteste con: la Constitución de Entre Ríos (arts. 209, 213 y 214), de Corrientes (arts. 133 a 138), entre otras.

22 Cfr. Omar Forneti, Jornada Colegios y Consejos Profesionales: Reflexiones y aportes a una eventual reforma constitucional en Mendoza, Legislatura de Mendoza, 26 de septiembre de 2016. Además, acorde a: la Constitución de la Nación (art. 114) y el Derecho Público Provincial Argentino.

23 Cfr. Fernando Simón, Jornada Organismos de Control y Constitución, Legislatura de Mendoza, 13 de octubre de 2016; Alberto Montbrun, Jornada Universidad y Reforma Constitucional, Legislatura de Mendoza, 17 de octubre de 2016. Además, conteste con: la Constitución de la Nación (art. 115) y el Derecho Público Provincial Argentino.

genuina autonomía del Ministerio Público respecto de los restantes poderes constituidos y órganos extrapoderes.

En cuanto a la evaluación crítica de esta *octava propuesta* relativa a la promoción de *órganos extrapoderes*, consideramos deseable y practicable conectar estos cinco órganos extrapoderes de forma dialógica, así como colocarlos bajo la dirección de un comité de ciudadanos elegidos por sorteo. La implementación de este comité implicaría la adopción de un *cuarto poder político* constituido de tipo ciudadano, participativo, con funciones de evaluación y sanción de los actos y normas emitidas por los miembros de los tres poderes constituidos clásicos.

VIII. ACEPTABILIDAD Y SUSTENTABILIDAD

En el presente apartado explicitaremos sucintamente ciertos argumentos específicos acerca de la deseabilidad y probabilidad hipotéticas, pero concretas, de implementación de aquellas reformas a la Constitución provincial de Mendoza que hemos considerado atractivas.

A los fines de cumplir este objetivo específico, resulta necesario introducir dos conceptos fundamentales para nuestra tarea evaluativa. Los conceptos a los que nos referimos son los de *aceptabilidad* y *sustentabilidad*, hipotéticas. Ambos conceptos trabajan en el plano del diseño institucional no ideal, dejando para el plano ideal de los valores políticos el empleo de los criterios de *legitimidad* y *estabilidad*, normativas.

De este modo, este trabajo de investigación se sustenta en una perspectiva compleja de las instituciones políticas, que toma por *necesarios y complementarios* ambos tipos de *criterios evaluativos* y adhiere a un *enfoque contextualista*. La intuición de fondo señala que la evaluación de la legitimidad moral de un particular sistema constitucional debe hacer foco en aquellas deficiencias normativas inherentes a su diseño constitucional que le impidan alcanzar el grado de democratización y deliberación que la particular sociedad para la cual se ha pensado le impone.

La *aceptabilidad hipotética* debe ser entendida como la valoración positiva de un determinado arreglo institucional por parte de los ciudadanos. Si goza de aceptabilidad, el diseño institucional no ideal concreto brinda razones para la acción suficientes como para implementarlo o adoptarlo en determinada sociedad política real (Daguerre, 2009, 2010).

La *sustentabilidad hipotética* refiere a la durabilidad en el tiempo y adaptación a ciertos factores contextuales de un determinado arreglo institucional en una sociedad política real y concreta. Si goza de sustentabilidad, el diseño institucional no ideal concreto brinda razones para la acción suficientes como para mantenerlo o sostenerlo en determinada sociedad política real (Daguerre, 2009, 2010).

Con respecto a cuáles argumentos concretos ofreceremos a favor de la *aceptabilidad* y *sustentabilidad* de un sistema constitucional deliberativo de tipo neo-republicano participativo, cabe destacar los siguientes:

- a) Argumento de la tradición política y práctica constitucional: existe una marcada tradición constitucional en Mendoza en materia de formas de gobierno, y correlativa práctica constitucional, que posee más de 100 años, la cual promueve un Ejecutivo fuerte.
- b) Argumento teórico normativo: ante contexto político actual desfavorable, resulta totalmente desaconsejable desde una perspectiva teórica normativa ideal y no ideal, la implementación directa, en un solo paso, de un ideal político, entendido este último como aquel estado perfecto institucional de cosas a proveer; ello atento la aplicación de un ideal político de forma no gradativa y sin consideraciones de contexto conlleva necesariamente resultados indeseados o no permite alcanzar la efectividad y/o estabilidad deseadas.
- c) Argumento de funcionamiento y de roles institucionales: el sistema parlamentario bicameral clásico o reformado no promueve necesariamente una mayor y mejor participación deliberativa ciudadana, ni resultados políticos evidentemente más valiosos en términos epistémicos y/o morales, sino que permite un adecuado o relevante proceso de negociación agregativa entre los poderes políticos constituidos, colocando en definitiva a la voluntad del Poder Legislativo provincial por sobre la de los ciudadanos representados.
- d) Argumento epistémico: en condiciones epistémicas para nada ideales, dada una sociedad política anómica, impulsiva, personalista como la mendocina, la implementación abrupta, en un solo paso, de un sistema deliberativo parlamentario será, en el mejor de los casos, rápidamente matizada o acotada en su alcance y efectividad, y en el peor de ellos retóricamente empleada para continuar con las prácticas políticas ciudadanas y gubernativas ya instaladas.

IX. CONCLUSIÓN

Desde hace más de tres décadas el concepto de democracia deliberativa ha sido construido y defendido por numerosos filósofos políticos. Este concepto normativo recepta una particular interpretación de la idea de legitimidad democrática, según la cual toda norma, institución o medida política debe ser justificada mediante un proceso deliberativo público de tipo intersubjetivo. Por un lado, la principal función de este concepto es proveer criterios normativos desde los cuales evaluar críticamente las instituciones políticas reales. En este sentido, hemos precisado cuatro criterios normativos evaluativos generales. Por otro lado, a más de ciertos elementos normativos básicos, cabe advertir que el concepto de

democracia deliberativa ha adoptado diversas concepciones rivales (liberales, republicanas y éticas discursivas) dependiendo de la tradición filosófica en la cual se inscriban. En este texto hemos defendido una concepción neorrepblicana participativa del concepto de democracia deliberativa, que se sustenta sobre un argumento epistémico y uno sustantivo.

En este trabajo nos hemos propuesto tres objetivos específicos. En primer lugar, defender la adopción de una concepción neorrepblicana participativa del ideal deliberativo. En segundo lugar, explorar un particular diseño del sistema democrático constitucional que responde a cuatro caracteres: deliberativo, reflexivo, neorrepblicano y multisituado. En tercer lugar, hemos descripto y evaluado ciertas cláusulas actualmente vigentes de la Constitución provincial de Mendoza (1916) así como un número considerable de propuestas de reforma constitucional (2016), las cuales en definitiva hemos considerado deseables y factibles.

Finalmente, la sabiduría práctica indica que el debate político real siempre supera con creces a las especulaciones académicas. Aguardamos que estas líneas contribuyan en algo a una mayor y mejor deliberación entre los futuros convencionales constituyentes de la provincia de Mendoza. Nuestra intención ha sido rescatar aquel principal ideal regulativo republicano, presente de forma explícita en la Constitución mendocina de 1916, de tender hacia la *mejor Constitución posible*, depurándolo de sus elementos conservadores perfeccionistas y dotándolo de presupuestos deliberativos participativos. De seguro, serán los ciudadanos, genuinos soberanos, quienes nos iluminen en dicha dirección.

BIBLIOGRAFÍA

- BLONDIAUX, L. (2013). *El nuevo espíritu de la democracia. Actualidad de la democracia participativa*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- BOBBIO, N. (1997). *Diccionario de Política*. México: Siglo XXI.
- CANOVAN, M. (2001). Populism. En Clarke, P. B. y Foweraker, J., *Encyclopedia of Democratic Thought* (p. 674-687). New York: Routledge.
- CAPUTO, D. (2011). El desarrollo democrático en América Latina: entre la crisis de legitimidad y la crisis de sustentabilidad. *Revista SAAP*, vol. 5, Nº 2, p. 437-452.
- CLARKE, P. B. y FOREWAKER, J. (2001). *Encyclopedia of Democratic Thought*. New York: Routledge.
- DAGUERRE, M. (2009). La relación entre ética y política en el liberalismo igualitarista de Rawls y Dworkin: el problema de la fuerza categórica. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 32, p. 627-646.
- (2010). Sobre la estabilidad y la fuerza categórica del republicanismo de Pettit. *Isonomía*, Nº 33, p. 147-168.

- DAHL, R. (1997). *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- DRYZEK, J. (2000). *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford: Oxford University Press.
- FISHKIN J. S. (2011). *When the people speak. Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford: Oxford University Press.
- GARGARELLA, R. (1995). El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina. *Revista Sociedad* 6, p. 1-17.
- (2004). *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- (2005). Acerca de Barry Friedman y el constitucionalismo popular mediado. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Nº 1, p. 161-168.
- (2006). El nacimiento del constitucionalismo popular, sobre *The People Themselves* de Larry Kramer. *Revista de Libros de la Fundación Caja Madrid*, Nº 112, p. 15-18.
- (2010). Constitucionalismo versus democracia. En Gargarella, R. (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I (p. 23-40). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2014a). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En Gargarella, R. (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (p. 119-158). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- (2014b). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- GUARIGLIA, O. (2011). La Democracia en América Latina: la alternativa entre populismo y democracia deliberativa. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Nº 44, p. 57-72.
- GUTMANN, A. y THOMPSON, D. (1996). *Democracy and Disagreement*. Harvard: Harvard University Press.
- (2001). Deliberative democracy. En Clarke, P. B. y Foweraker, J., *Encyclopedia of Democratic Thought* (p. 168-174). Nueva York: Routledge.
- (2004). *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press.
- HABERMAS, J. (1998). *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
- (2004). El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios? En *Tiempo de Transiciones*. Madrid: Trotta.
- (2005). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 4, Nº 10.
- HOLMES, S. (1999). El Precompromiso y la paradoja de la democracia. En Elster J. y Slagstad, R., *Constitucionalismo y democracia* (p. 217-262). México: F.C.E.
- KYMLICKA, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An introduction* (2ª Ed.). Oxford: Oxford University Press.
- LAFONT, C. (2007). Democracia y deliberación pública. En Arango, R., *Filosofía de la democracia* (p. 125-146). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- LOVETT, F. (2010). *Republicanism*. Recuperado el 10 de marzo de 2013, de: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/republicanism/>.
- MAREY, Macarena (2011). Democracia agregativa y deliberativa: círculo práctico inevitable. *Ideas y Valores. Revista Colombiana de Filosofía* (147), LX, 153-175.
- MARTÍ, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- (2007). Republicanismo y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa. En Arango, R. (ed.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales* (p. 147-166). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- MASSE, M. (2001). ¿Qué es el libertarismo? Recuperado de: <http://www.quebe-coislibre.org/philos3.htm>. Artículo traducido por el Dr. Luis Tapia y editado en *Revista RETO*.
- NINO, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- NOHLEN, D. (1998), «Presidencialismo versus parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, p. 161-173.
- (1991). Presidencialismo Vs. Parlamentarismo en América Latina (Notas sobre el debate actual desde una perspectiva comparada). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 74.
- OVEJERO, F. (2008). *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Madrid: Katz Editores.
- PARKINSON, J., MANSBRIDGE, J. y otros (2012). *Deliberative Systems*. Oxford: Oxford University Press.
- PETTIT, P. (1999). *Republicanism: A theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- (2012). *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- QUIROGA, H. (2008). Los vaivenes de la democracia argentina. *Cadernos de Estudos Latino-Americanos*, Nº 6, p. 53-89.
- RAWLS, J. (1996). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- RODRÍGUEZ GUERRA, R. (1998). Pluralismo y democracia. La filosofía política ante los retos del pluralismo social. En Quesada, F., *La filosofía política en perspectiva* (p. 69-97). Barcelona: Anthropos.
- ROSTBØLL, C. F. (2008). *Deliberative Freedom. Deliberative Democracy as Critical Theory*. Nueva York: State University of N.Y. Press.
- ZURN, C. (2011). *Judicial Review, Constitutional Juries and Civic Constitutional Fora: Rights, Democracy and Law*. Recuperado de: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1845840.

12

Los derechos humanos y el control de convencionalidad en la futura Constitución

Andrés Rousset Siri

I. INTRODUCCIÓN

El título de este artículo nos invita a reflexionar sobre la importancia que tiene la problemática de la protección de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados en general; y en especial si tal discusión se circunscribe a la reforma de la Constitución de la provincia de Mendoza. Ello debido a que: a) La Carta Magna provincial fue un texto pionero para la época de su sanción (al igual que la Constitución Nacional de 1853), consagrando derechos y garantías que 31 años después serían una conquista a nivel internacional a raíz de la sanción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos; b) Es importante hablar de derechos humanos en la provincia de Mendoza, sobre todo si tenemos en cuenta que la primera sentencia condenatoria contra la República Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue por hechos ocurridos aquí, muy cerca de la Casa de las Leyes, donde nos hemos reunido para debatir la reforma constitucional (desaparición forzada de Adolfo Garrido y Raúl Baigorria ocurrida el 28 de abril de 1990). El primer acuerdo de solución amistosa que se celebró mediando una grave violación a los derechos humanos, y que abrió camino a una vasta

y fructífera jurisprudencia en tal sentido, tuvo su origen en hechos ocurridos también aquí, en Mendoza (desaparición forzada de Christian Guardatti, el 23 de mayo de 1992). Además, de 15 sentencias condenatorias (Argentina tiene un registro de 17, pero en 15 sentencias se declaró la responsabilidad internacional del Estado), dos involucran a la provincia de Mendoza, lo que nos indica un dato estadístico a tener en cuenta dado que es la única provincia «del interior del país» que ostenta esta cifra. Finalmente, de los tres asuntos sometidos a medidas provisionales ante la Corte IDH, uno de ellos corresponde también a hechos acaecidos en esta jurisdicción (situación de las cárceles de Mendoza), y c) Lo anterior se debe a que Argentina es un país preparado desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos, que siempre, e independientemente del gobierno de turno (a partir del retorno de la democracia en el año 1983), ha demostrado seriedad a nivel internacional, y la provincia de Mendoza no se ha apartado de esta lógica, contando además con profesionales formados en la materia y con una universidad pública (la Universidad Nacional de Cuyo) que lleva adelante actividades de manera constante en tal sentido.

Pero el nombre del artículo también refiere al control de convencionalidad. Y ello se presenta como particular en estos días, porque hace algo más de 10 años, precisamente el 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH condenó a Chile por la falta de investigación del asesinato de Luis Almonacid Arellano, un profesor de Ciencias Elementales de la ciudad de Rancagua (Chile), que fue detenido en 1973 por personal de Gendarmería y ejecutado extrajudicialmente antes de llegar a la comisaría.

Entonces, a una década de esa sentencia, donde la Corte IDH plasmó por primera vez este concepto tan interesante y tan discutido, tener la posibilidad de incorporarlo a nivel constitucional sería algo inédito, no solamente a nivel nacional sino también internacional.

Ahora bien, en este texto analizaremos algunos temas específicos.

En primer lugar, haremos referencia a la necesidad que tienen los Estados de armonizar su legislación con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Veremos también que este deber no es privativo de los Estados nacionales, sino también de los Estados provinciales, en aquellos países que tienen estructura federal (como Argentina, Brasil o México). Analizaremos posteriormente cuáles son los problemas que surgen como consecuencia de la falta de adecuación normativa.

Luego abordaremos muy brevemente el control de convencionalidad y la necesidad de conocer cuáles son los elementos que lo definen en caso de que el mismo sea incorporado en el texto de la futura Constitución provincial.

Finalmente, efectuaremos algunas propuestas de *lege ferenda* sobre algunas cláusulas que podrían incorporarse en la futura Constitución para aumentar el nivel de protección de los derechos humanos al interior de nuestra provincia.

Adicionalmente, cabe advertir que nuestro análisis se ceñirá al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Si bien el ordenamiento jurídico argentino se encuentra atravesado transversalmente por dos ámbitos normativos

internacionales (el regional interamericano en el ámbito de la OEA y el universal a través de sus mecanismos convencionales y extraconvencionales en el ámbito de la ONU), nos centraremos en el ámbito regional por su esquema reparatorio¹ y la incidencia que el mismo ha tenido al interior de los Estados en general y el argentino en particular, y por la necesidad de avanzar en lo que respecta a la «consolidación real del SIDH», que solo se logrará cuando en el interior de los Estados se produzca un cumplimiento efectivo de lo dispuesto por el tratado y los órganos de supervisión y no una mera ficción.

II. NECESIDAD DE ARMONIZAR LA LEGISLACIÓN INTERNA (INCLUSO LA CONSTITUCIONAL) A LAS OBLIGACIONES EMERGENTES DEL TRATADO INTERNACIONAL

Estamos aquí frente a una obligación de tipo legal,² que implica no solo la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción sin discriminación, sino que además ello se debe asegurar removiendo todas las barreras que impidan el acceso a esos derechos, o bien creando las condiciones necesarias para cumplir con ese objetivo.

Pero, además, la adecuación normativa funciona como una medida de «no repetición» ya que –por ejemplo– una persona privada de libertad por una ley contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) puede generar una práctica constante de violaciones a la CADH. Por ello, cuando la Corte IDH analice el caso individual, dispondrá como medida de reparación que se modifique la normativa nacional, adecuando la misma a las obligaciones emergentes del Pacto de San José. De esta manera, la armonización legislativa permite poner un fin a ciertas prácticas estatales contrarias a sus obligaciones internacionales.

La primera vez que la Corte IDH dispuso esta medida como «reparación» al daño causado fue en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*.

María Elena Loayza Tamayo era profesora de Filosofía y de Lógica en la Facultad de San Martín de Porres (Perú). Fue detenida por miembros de la División

1 Toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7, párr. 25). Asimismo, se ha dicho que «Las reparaciones constituyen el horizonte natural de las expectativas individuales y sociales en los casos contenciosos» (García Ramírez, Sergio (2002). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: UNAM, p. 147).

2 Artículo 2 de la CADH: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) en base a su presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso y sometida al proceso dirigido por la DINCOTE, que básicamente implicaba una violación flagrante a todas las garantías del debido proceso.³

Cuando la Corte IDH declaró responsable a Perú, ordenó la liberación de Loayza Tamayo, pero además le exigió que adoptara todas las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25475 (Delito de Terrorismo) y 25659 (Delito de Traición a la Patria) se conformaran con la CADH.⁴

El Tribunal interamericano posteriormente ordenaría a los Estados que adecuen su normativa interna en casos específicos, como por ejemplo determinadas normas de códigos penales (como la prohibición de excarcelación cuando la persona es imputada por determinados delitos⁵ o el uso de conceptos como «peligrosidad del delincuente»⁶) e incluso –en consonancia con lo que aquí discutimos– la necesidad de reformar la Carta Magna de un Estado parte para adecuar la normativa interna con los estándares de la CADH.

Ello ocurrió en el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, también conocido como «La última tentación de Cristo». Aquí la discusión surgió como consecuencia de la prohibición de la exhibición de la película que lleva ese nombre, lo que se encontraba permitido por una cláusula de la Constitución de Chile que permitía la censura previa cuando existieran afectaciones a la moralidad pública. Dicha norma de la Carta Magna chilena colisionaba con el artículo 13.4 de la CADH que expresamente prohíbe la censura previa.

Luego de la sentencia de la Corte IDH, y en solo dos años, Chile modificó su Constitución, derogó dicho artículo y sancionó una ley sobre calificación de producción cinematográfica que apoyaba los alcances de la reforma constitucional, logrando así que la Corte IDH dispusiera el cierre del caso por verificarse el cumplimiento de todas las medidas de reparación ordenadas.

III. EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES EMERGENTES DE LA CADH EN EL ESQUEMA DE UN ESTADO FEDERAL (NACIÓN-PROVINCIA)

Ahora bien, la adecuación normativa a la que hemos referido no es privativa solo de los Estados nacionales (aun cuando éste es el único obligado ante los órganos internacionales de supervisión de derechos humanos). Ello se debe

3 Para ampliar: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C Nº 33.

4 Véase: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C Nº 42.

5 Véase: Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C Nº 44.

6 Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C Nº 126.

a que determinados países de la región –entre ellos Argentina– cuentan con estructura federal y por ello esta obligación adquiere un rol «bidireccional»; es decir, la Constitución de Mendoza hace referencia a que tiene que estar acorde con la Constitución Nacional (art. 1) y a su vez la Constitución Nacional le exige a las constituciones provinciales estar de acuerdo con ésta, por lo menos en lo que respecta a derechos y garantías (art. 5), y todo ello está transversalmente delimitado de alguna manera exigiendo compatibilidad normativa de la CADH.

El Pacto de San José contempla lo que se conoce como «cláusula federal» en su artículo 28,⁷ que escinde, primero, las obligaciones propias, dentro de las competencias del gobierno nacional, y luego aquellas que sean propias de las unidades componentes (provincias en el caso argentino), donde el Estado nacional tiene que adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento del Pacto incluso en aquellos casos que impliquen la actuación propia de las autoridades provinciales.

El alcance dado al concepto adquiere relevancia en el tema que aquí nos ocupa, dado que no se limita solo a los órganos de la administración central sino que se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive en el ámbito provincial o municipal.⁸

La Constitución argentina establece que las provincias mantienen una serie de competencias no delegadas al gobierno federal,⁹ muchas de las cuales pueden incidir en la aplicación del tratado internacional o en el cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia de la Corte IDH. piénsese por ejemplo en las cuestiones vinculadas con el proceso penal (a cargo de lo que establezca cada provincia en los fueros de competencia ordinaria).

En el ámbito del SIDH la cuestión se planteó por primera vez en el caso Garrido y Baigorria. Allí, al discutir el fondo del asunto, el Estado sostuvo que «la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996».¹⁰ Si el gobierno argentino no hubiese desistido de esta

7 CADH: Artículo 28: (cláusula federal) «1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención...». En el Sistema ONU es más sencillo dado que el tratado se aplica a todo el territorio sin limitación o excepción alguna (PIDCP art. 50 y PIDESC art. 28).

8 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y otros vs. Sweden, Comunicación No. 298/1988, U.N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990).

9 Artículo 121: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación».

10 Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C Nº 39, párr. 45.

postura, no solo estaría desconociendo los criterios acerca de las relaciones entre las unidades componentes de un Estado federal, sino que además hubiese significado un notable desconocimiento de los principios del Derecho internacional clásico acerca del sujeto pasivo de la responsabilidad internacional que se haya en cabeza de los Estados nacionales.

El Estado pretendió nuevamente invocar el federalismo al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En dicha oportunidad, incluyó como parte en el convenio a la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte IDH decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia.¹¹

Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998, la Argentina pretendió evadir su responsabilidad internacional alegando haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado.

Frente a estos planteos la Corte IDH señaló que según una jurisprudencia centenaria¹² y que no ha variado hasta ahora, «un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional»,¹³ criterio que ha sido reafirmado en su jurisprudencia posterior.¹⁴

Planteada en estos términos, está claro que la cuestión federal genera algunas consecuencias, por ejemplo, la inoponibilidad interna de planteo de la provincia a la nación, pero también de ésta al Derecho Internacional. A su vez, también generará consecuencias en las relaciones entre la nación y la provincia, dado que la primera está obligada a tomar todos los recaudos necesarios para que la segunda cumpla (por ejemplo, si la provincia no aporta al pago de una indemnización ordenada por la Corte IDH en un caso contra Argentina, el gobierno nacional podrá descontar ésta de la cuota de coparticipación).

11 Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C Nº 39, párr. 18 y 24.

12 En cuanto a tales precedentes, se cita: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536.

13 Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C Nº 39, párr. 46.

14 Véase a modo de ejemplo: Corte IDH. Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C Nº 200, párr. 219; y Corte IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C Nº 203, párr. 146.

IV. LOS PROBLEMAS DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DD.HH.

Es necesario explicar todo lo anterior dado que ello nos permite comprender la implementación de un tratado internacional en el que surgen interrogantes tales como: ¿El tratado es o no obligatorio?, o ¿la sentencia de la Corte IDH, aun la dictada con respecto a otro Estado que no es Argentina, es obligatoria para este Estado? Estas discusiones se podrían zanjar si existiera una norma que explique al menos cuál es la jerarquía del tratado. Generalmente las constituciones se han encargado de dar respuesta a esto; la Constitución argentina (art. 75, inc. 22) lo explica claramente. En otros ordenamientos jurídicos la cuestión se complica porque mientras, por ejemplo, la Constitución de Guatemala señala que los tratados internacionales están por encima de la ley (art. 46), pero, sin embargo, sus tribunales han entendido justamente lo contrario al señalar que la prevalencia es sobre las leyes comunes, pero nunca sobre la Constitución.¹⁵

Y, finalmente, tenemos casos como la Constitución uruguaya que omite cualquier consideración al respecto.

La Constitución provincial carece de una norma que despeje los cuestionamientos que suelen hacerse respecto de la aplicación y vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto implica tener un problema de tipo legal (por ausencia normativa), pero además surgen problemas estructurales-institucionales propios de las estructuras de poder encargadas de desplegar la función pública, entre los que destacan el desconocimiento del Derecho internacional (sobre la autoridad del tratado, respecto a la obligatoriedad de la sentencia de la Corte IDH, tratar de igual manera órganos de protección con características específicas como es el caso de la CIDH y de la Corte IDH). También destaca en ese sentido la falta de debate previo respecto a cómo se implementa el tratado, por ejemplo, una repartición o dependencia provincial que tiene que librar un cheque para que se pueda pagar una placa que se debe colocar en la puerta de la Legislatura, ¿cómo llevamos adelante esta gestión? ¿Lo aprueba el Poder Ejecutivo?, ¿interviene el Legislativo?, ¿la administración, el Poder Legislativo? Toda esta falta de discusión previa priva de efectividad al tratado dado que no se cumple con lo establecido en él o por lo decidido por sus órganos de aplicación (CIDH o Corte IDH). Y finalmente tenemos supuesto de incumplimiento deliberado. Esta es la parte más difícil de lidiar, corresponde a una decisión política de negarse a reconocer efectos al tratado o a lo decidido por los órganos de supervisión internacional.

¹⁵ Gaceta Nº 18, expediente Nº 280-90, p. 99, sentencia: 19-10-90.

V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Lo único que me interesaría señalar de este tema (dado que, como adelanté, se ha propuesto la necesidad de que la Constitución provincial acoja este término), son las notas que actualmente rodean a esta construcción pretoriana de la Corte IDH.

El control de convencionalidad fue explicado por primera vez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, cuando señaló que

... el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁶

Actualmente, la jurisprudencia de la Corte IDH explica que el mismo: a) comprende a todos los órganos del Estado, en todos sus niveles, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes;¹⁷ b) abarca tanto la CADH así como también otros tratados como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;¹⁸ c) incluye asimismo las resoluciones de la Corte IDH tanto en su competencia contenciosa como consultiva,¹⁹ y d) permite derogar normativa interna incompatible con la CADH, pero a su vez funciona como parámetro para erradicar prácticas contrarias a los valores que inspiraron la convención.²⁰

Es una cuestión indispensable observar que no es estrictamente lo mismo el control de constitucionalidad que el de convencionalidad (aunque en la mayoría

16 Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154, párr. 124. En la sentencia sobre el caso de los trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, resuelto dos meses después, la Corte eliminaría la referencia «una especie de» afirmando categóricamente el concepto señalado. Véase: Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C Nº 158, párr. 128.

17 Véase a modo de ejemplo: Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C Nº 158, párr. 128; Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220, párr. 225, y Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C Nº 221, párr. 239.

18 Corte IDH. Caso *Gudiel Álvarez y otros («Diario Militar») vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C Nº 253, párr. 330.

19 Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A Nº 21, párr. 31, y Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C Nº 162, párr. 173.

20 Corte IDH. Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C Nº 260, párr. 331 y ss., y Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Nº 279, párr. 436.

de los casos coincida), porque lo que puede ser legal para el Derecho local, puede ser ilegal para el Derecho internacional, y viceversa. Una ley que limite las excarcelaciones, como en el caso Suárez Rosero, puede tener la apariencia de legalidad e incluso puede ser reconocida su constitucionalidad por los tribunales internos, pero un control de convencionalidad no lo superaría. ¿Por qué? Porque para el Derecho internacional, esa restricción a la libertad es anticonvencional.

Finalmente, al no imponer la CADH un modelo sobre cómo se tiene que llevar adelante el control de convencionalidad, éste abarca el análisis de compatibilidad entre el tratado internacional y la norma que el juez, o el operador de justicia de que se trate, tiene que analizar (normativo), la aplicación concreta y específica que tenga una práctica que va en contra de la Convención; entonces el control de convencionalidad funciona como una pauta interpretativa y, finalmente, en la etapa de ejecución y cumplimiento de derecho interno. Esto último es interesante porque el juez local, incluso provincial, puede ejercer el control de convencionalidad no solo sobre normas de fondo (por ejemplo, la que prohíbe la discriminación o busca asegurar el debido proceso), sino también normas procesales del SIDH, como por ejemplo aquella que dispone que las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento (art. 68.1) y aquella que dispone que en caso de incumplimiento se puede ejecutar forzosamente esa medida de reparación en el ordenamiento jurídico interno (art. 68.2). El juez local puede, aplicando un correcto control de convencionalidad, correr o remover todos los obstáculos y lograr, en el caso concreto, una respuesta justa al planteo que se le haya puesto en su conocimiento. En este caso, exaltamos la figura del juez porque la ejecución forzada de sentencia es estrictamente jurisdiccional.

VI. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA* PARA AUMENTAR EL NIVEL DE PROTECCIÓN AL INTERIOR DE LA PROVINCIA DE MENDOZA A TRAVÉS DE LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES

En el documento «Propuestas de reforma para la Constitución de Mendoza» se propuso incluir un artículo cuyo texto postula que «...en la provincia rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; las leyes y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen». Aclarando, también, que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, y que ésta no pueda cercenarlos.

Esta referencia valorativa es muy positiva. Si bien las mismas no deberían ser necesarias (por ejemplo, cuando se dice que un derecho consagrado en la Constitución es inderogable); es decir, deberían estar fuera de discusión. Lo cierto es que las mismas deben ser incorporadas en la norma a efectos de remover los obstáculos que se puedan plantear y, sobre todo, los problemas a nivel estructural e institucional. ¿Por qué? Porque hay funcionarios, por ejemplo, que suelen ser

más reticentes al tratado; pero, si está establecido en una norma local, los aplicadores del derecho suelen ser más propensos a cumplir porque los problemas de desconocimiento se suplen cuando la norma provincial, por ejemplo, indica que esa sentencia es obligatoria; indica que el tratado es obligatorio; que no hace falta ninguna ley que reglamente su ejercicio o un montón de discusiones que desde la reforma constitucional del año 1994 han llenado de tinta los libros sobre algunas cuestiones vinculadas a tratados internacionales.

En este orden de ideas, podríamos plantear que el texto arriba señalado diga «en la provincia rigen con carácter obligatorio e inderogable», ello permite impedir –como ocurrió en las legislaciones de otros países del continente– que las normas de la CADH o las decisiones de la Corte IDH puedan ser sujetas a revisión administrativa para su procedencia. Y ello es interesante porque un texto legal que limite derechos, aun cuando pueda ser «válido» desde la perspectiva del Derecho interno, pero desde la óptica del Derecho internacional va a implicar el incumplimiento de una obligación internacional, principalmente, y un efecto político indeseable para los Estados, que es lo que se conoce como la «movilización de la vergüenza». Tenemos un Estado incumplidor porque incorpora en su régimen interno la posibilidad de derogar derechos o de frenar la aplicación de decisiones de órganos de supervisión.

Entonces, el texto constitucional podría ser el siguiente:

En la provincia rigen con carácter de obligatorios e inderogables todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los Tratados Internacionales ratificados y que se ratifiquen en el futuro.

De esta manera se elimina la discusión sobre la obligatoriedad del tratado y sobre la posibilidad del órgano interno provincial de disponer barreras que limiten la aplicación del tratado.

Otro tipo de norma que puede ser incorporada en el texto constitucional es la siguiente:

Los derechos, declaraciones y garantías consagrados en esta Constitución deben ser cumplidos por todos los intervinientes de acuerdo a los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de derechos humanos.

Incorporamos así una pauta interpretativa, dado que la referencia a la «buena fe» implica que el Estado, que siempre se ha manejado con una determinada conducta, no pueda cambiar de postura intempestivamente sin que ello le genere consecuencias.

La referencia a la «fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales...», apunta a que las provincias intervengan activamente en todas las instancias de un proceso o de un litigio, principalmente colaborando en la etapa de cumplimiento de lo que la Corte IDH (o la CIDH) decida en un caso concreto.

Otros ejemplos de valoraciones que serían de especial relevancia no conducen a proponer otras fórmulas tales como:

Se declara de interés provincial el cumplimiento de las decisiones de las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, el mismo deberá llevarse a cabo de manera pronta e íntegra.

Los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los Tratados Internacionales ratificados y que se ratifiquen en el futuro deben ser interpretados de conformidad con los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH atento al carácter obligatorio de los mismos.

Esta referencia no solo aumenta la institucionalidad y el valor del tratado (eliminando los problemas asociados a esos temas), sino que también brindan seguridad jurídica no solo para las autoridades estatales sino, principalmente, para las víctimas de las violaciones a los derechos humanos.

Los plazos y la integralidad del cumplimiento de la obligación internacional son dos cosas que suelen fallar de manera sistemática en el cumplimiento de las obligaciones de los tratados internacionales en todos los países, no solamente en la Argentina; en todos los países y en todos los sistemas.

Finalmente, en lo que respecta al control de convencionalidad, se podría incorporar a la Constitución provincial el siguiente texto:

Toda autoridad pública debe ejercer un control «de constitucionalidad» y «de convencionalidad» de leyes, actos y omisiones de los restantes órganos de gobierno y de los particulares, incluso «de oficio», de conformidad con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia.

La referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH nos permite evitar que, por ejemplo, un juez se oponga a utilizar una opinión consultiva de la Corte IDH o que un funcionario de la administración pública se resista por considerar que ese control solo le corresponde a los jueces locales. De esta manera eliminamos cuantiosos problemas estructurales institucionales mejorando notoriamente el nivel de protección de derechos al interior del Estado; en este caso, del provincial.

Finalmente, y a modo de conclusión, si bien en esta presentación se apuntó a cuestiones propias de la implementación del tratado en el ordenamiento interno, existen cuestiones interesantes que están en la agenda del Derecho internacional, y que al mismo tiempo forman parte de nuestra propia historia y de las actuales exigencias que se deben atender. Por ello, sería valioso que en esta reforma se visibilizara la problemática de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, como así también asegurar la identidad de género; plasmar a nivel constitucional que las mujeres tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual, psicológica, económica, simbólica, ya sea a nivel doméstico, institucional, laboral, obstétrico, médico, mediático, entre otros (como lo ha hecho la Constitución de Bolivia); que nadie sea objeto de desaparición forzada y, principalmente, que nadie, nunca más, en la provincia de Mendoza sea objeto de torturas.

EDIUNC
Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo

Dirección Pilar Piñeyrúa
Corrección Juan López
Diseño y armado María Teresa Bruno

En esta edición del libro UN NUEVO SISTEMA DE SALUD
ES POSIBLE se utilizó papel ilustración de 300 gramos
para las cubiertas y papel ahuesado de 80 gramos en el interior.
El texto se compuso con la tipografía Alegreya Sans ht Pro,
diseñada por Juan Pablo del Peral (Mendoza).

Se terminó de imprimir y encuadernar en enero de 2016 en
La Imprenta Ya. Bouchard 4381, Munro, (1605), Buenos Aires,
Argentina.

