

DELIBERACIÓN Y SOBERANÍA POPULAR EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MENDOZA: EN BUSCA DE LA LEGITIMIDAD* *DELIBERATION AND POPULAR SOVEREIGNTY IN THE CONSTITUTIONAL REFORM OF MENDOZA: FINDING THE LEGITIMACY*

Carlos Ignacio GIUFFRÉ**

RESUMEN: En el proceso de reforma de la centenario Constitución de Mendoza, el presente trabajo tiene por objeto explicitar las tensiones habidas al interior del constitucionalismo en los aspectos atinentes a la soberanía popular, el poder constituyente y el lugar del pueblo. Dentro de ese marco teórico, la hipótesis adoptada consiste en que la dificultad para materializar el cambio constitucional obedece a que los intentos se ciñen sólo a procedimientos legales, que no fueron diseñados para favorecer el intercambio democrático y discursivo de razones entre el Estado y el pueblo. Frente a esa problemática, el desarrollo de prácticas “extraconstitucionales”, que surgen de una teoría deliberativa de la democracia, contribuiría a dotar de legitimidad democrática la eventual reforma.

ABSTRACT: In the reform process of the yore Constitution of Mendoza, this project has as purpose explaining the tensions occurring in constitutionalism as to popular sovereignty, the constitutional branch and the place of the people. In this theoretical framework, the hypothesis adopted consists of the difficulty to materialize constitutional change obeys to the attempts are exclusively addressed to legal procedures, which were not designed to favor the democratic and discursive exchange of reasoning between the State and the people. Facing this problem, the development of “extra-constitutional” practices derived from a deliberative theory of democracy, will contribute to provide democratic legitimacy to the actual reform.

Palabras claves: soberanía popular, reforma constitucional, Constitución de Mendoza, democracia deliberativa, legitimidad.

Keywords: *Popular Sovereignty, Constitutional Reform, Constitution of Mendoza, Deliberative Democracy, Legitimacy.*

* Artículo recibido el 19 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2018. Agradezco a Micaela Alterio, Joel Colón-Ríos, Roberto Gargarella y Víctor Ibáñez los lúcidos comentarios formulados a una versión preliminar, presentada en el “I Workshop Nacional en Teoría Constitucional” en la UNLPampa (11/08/2017). Asimismo, fue discutida entre quienes integran el proyecto de investigación “Vida, biolegitimidad y razón humanitaria: repensando la cuestión de la legitimidad” en la UNCUIYO.

** ORCID: 0000-0002-9641-4923. Abogado (Universidad de Mendoza); especialista en derecho constitucional (UCA); doctorando en derecho y ciencias sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra Derecho y Comunicación, y docente adscrito de la cátedra de derecho constitucional (Universidad Nacional de Cuyo). Lugar de trabajo: Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Correspondencia: Palacio de Justicia de Mendoza. Correo electrónico ignaciogiuffre@hotmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX,
núm. extraordinario, 2019, pp. 237-276.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tensiones en el constitucionalismo: entre la soberanía popular y la expulsión del pueblo*. III. *La Constitución de Mendoza*. IV. *Por un procedimiento democrático deliberativo de reforma constitucional en Mendoza*. V. *Apreciaciones conclusivas*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de Mendoza atraviesa un hito histórico: su centenario. Año tras año, se vislumbra en la coyuntura local la insistente voluntad de bregar por poner en marcha el proceso de reforma por parte de sectores sociales, políticos y académicos. Pese a esto, la norma fundamental perdura sin reformas integrales y sustanciales. En tal contexto específico surge este trabajo, inspirado en una particular teoría de la democracia, la deliberativa, cuyo fin último es analizar críticamente la siguiente cuestión: ¿qué rol ha de reservarse al pueblo en el proceso de modificación de la norma fundamental de la provincia?

Este asunto resulta motivado por interrogantes como: ¿por qué la comunidad desconfía de los mandatarios políticos frente a las iniciativas de alteración constitucional? ¿Qué motivos llevan a que en Mendoza no pueda concretarse una reforma integral? Algunas respuestas que suelen darse a esas preguntas tienen asidero en la corrupción de los gobernantes, las crisis, la decepción, el desinterés colectivo y, principalmente, la exclusiva búsqueda de la reelección del gobernador. Sin embargo, en el presente trabajo se ha de ofrecer como hipótesis que la causa de tales fenómenos no se debe sino a que los intentos reformistas se ciñen exclusivamente a los procedimientos legales, propios de un tipo de ingeniería constitucional, que originariamente fue diseñada para expulsar al pueblo del manejo de los asuntos comunes tanto como fuera posible, con el objetivo de que las decisiones se tomaron sólo por una parte selecta de la ciudadanía.

Para sustentar dicha hipótesis, el trabajo está dividido metodológicamente en cinco partes. Primero, se analizarán ciertas contradicciones habidas dentro de las cartas fundamentales que reconocen la soberanía popular, pero que impiden al pueblo el ejercicio del poder de gobierno, cuanto el poder constituyente. En segunda instancia, ha de describirse el sistema constitucional de Mendoza, el procedimiento de enmienda, el grado de su rigidez, así como el tipo de relación que establece entre la soberanía popular y los resortes de gobierno cuanto de reforma consti-

tucional. Posteriormente, es turno de abordar el valor de llevar adelante la reforma a través de opciones procedimentales “extraconstituciones”, inspiradas en los postulados teóricos de la democracia deliberativa y congruentes con el brocardo de soberanía popular, con tres objetivos: i) para sustentar que la sujeción de las pretensiones de cambio únicamente a las exclusas formales, sin hacer uso de otras más deliberativas, funciona como causal de obstrucción de tal propósito; ii) en razón de que ellas podrían fortalecer las condiciones de legitimidad de la reforma, al conseguir que sea el resultado de genuinos espacios de diálogo y participación inclusiva, y iii) porque conseguirían moderar la brecha habida entre el principio de soberanía del pueblo y la falta mecanismos populares de sustitución constitucional. Finalmente, se termina con algunas conclusiones.

II. TENSIONES EN EL CONSTITUCIONALISMO: ENTRE LA SOBERANÍA POPULAR Y LA EXPULSIÓN DEL PUEBLO

Aquí el propósito ha de estribar en explicitar ciertas relaciones tensionales propias del constitucionalismo occidental. A tal fin, la empresa argumentativa se ha de estructurar en tres partes: primero, se analiza la contradicción habida al interior de las cartas fundamentales que reconocen el axioma de soberanía popular, pero que expulsan al pueblo de la dirección de los asuntos de gobierno; luego, se remarca que dentro del constitucionalismo se da otra paradoja similar, en tanto el principio de soberanía es receptado, pero sin los correlativos resortes a disposición del pueblo para participar en el ejercicio del poder constituyente; en tercer término, se hace alusión a los textos constitucionales de Norteamérica y sus estados federales, de América Latina, de la nación Argentina y de su derecho público provincial.

Entonces, para examinar una paradoja como la expuesta más arriba, corresponde ante todo repasar una noción de soberanía popular, y así estar en condiciones de abordar su vinculación tanto con el lugar reservado al pueblo en la dirección de los asuntos de gobierno en cuanto con la revisión constitucional. Esta metodología se justifica en la medida que resultaría parcial atender solamente al rol que las Constituciones, forjadas bajo pensamientos liberales y conservadores, conceden al pueblo en la orga-

nización de los “aspectos extraordinarios” o de alteración constitucional, pero soslayando su papel en las “cuestiones ordinarias” o de gobierno.¹

En cumplimiento de la primera meta, se ha definir, en términos genéricos, el axioma de soberanía popular, legado de la tradición radical, como aquel poder que procede del pueblo, al ser éste el portador del derecho subjetivo a participar en simetría de oportunidades en la formación democrática de la voluntad política; esto es, tanto la autolegislación cuanto el autogobierno, a través de instancias formales e informales de la esfera pública, mediante la autodeterminación deliberativa de una sociedad con integrantes libres e iguales.² Según la visión de Jürgen Habermas, la soberanía popular es concebida como un poder generado comunicativamente, que surge de las interacciones entre la formación de la voluntad común institucionalizada del Estado y los espacios públicos movilizados.³

1. *Gobierno y pueblo*

Se advierte una paradoja constitucional relevante entre la recepción del principio republicano de soberanía, por un lado, y la falta de mecanismos populares para la dirección de los aspectos políticos de la sociedad, por otro.⁴ La causa de dicha paradoja y, principalmente, del hecho de situar al pueblo en los márgenes de la Constitución, se apoya en un supuesto específico: la desconfianza a las mayorías que, según presumieron los *Padres Fundadores*, tienden hacia la equivocación, la irracionalidad y el apasionamiento.⁵ Se trata de una concepción elitista que parte de la idea de que dentro de la sociedad existe un grupo minoritario de personas situado en mejores condiciones o que está mayormente capacitado que la gran

¹ Ackerman, Bruce, *We The People I. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

² Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008, p. 238.

³ Habermas, Jürgen, “Tres modelos normativos de democracia”, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 231-246.

⁴ En sentido contrario, el artículo 10 de la Constitución de Francia de 1793, bajo el título “De la soberanía del pueblo”, reza que el pueblo “delibera sobre las leyes”.

⁵ En línea similar Montesquieu señala: “el pueblo... cuya característica es obrar con pasión”. Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Ediciones Orbis, libro I, 1984, pp. 39 y 146.

mayoría para entender y dirigir el rumbo general. Al respecto, Pierre Rosanvallon expresa que los Padres Fundadores le dieron forma constitucional a la desconfianza,⁶ ello porque no edificaron un gobierno fundado en la confianza popular, donde se corone al ciudadano, sino en la sospecha frente a ellos.⁷ En este cuadro, es dable compartir la clásica reflexión de Madison: “Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario”.⁸

Sobre este punto de partida, se monta el modelo de Estado que propusieron los Padres Fundadores, con sus correlativas propuestas institucionales en clave contramayoritaria:⁹ el deseo de impedir la reforma de la Constitución como instrumento de política ordinaria, mediante su estabilidad y rigidez; el desaliento de la participación cívica, de la mano de la ausencia de foros públicos de discusión; el propósito de contener las tendencias expansivas del cuerpo legislativo, mediante el establecimiento de un bicameralismo y la subordinación al órgano Ejecutivo como al Judicial; la presencia de controles al poder del Estado puramente endógenos, en vez de populares; la proposición de un sistema de *checks and balances*, marcado por instrumentos de ataque y defensa, antes que por canales comunicativos entre sus ramas y la ciudadanía; un Poder Judicial de acceso limitado, que extendió su poder hasta obtener la potestad de invalidar leyes, como también de monopolizar la interpretación constitucional y de pronunciar la “última palabra”;¹⁰ un sistema federal sobre un territorio

⁶ Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, España, Ediciones Manantial, 2007, p. 25.

⁷ A propósito de los *Padres Fundadores*, Hofstadter dice: “They did not believe in man, but they did believe in the power of a good political constitution to control him”. Hofstadter, Richard, “The Founding Fathers: an Age of Realism”, *The American Political Tradition and the Men who Made it*, Nueva York, Vintage Books, 1948, p. 3.

⁸ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 220.

⁹ Véase Gargarella, Roberto, “Crisis de representación y Constituciones contra mayoritarias”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 2, abril de 1996.

¹⁰ Hamilton hace hincapié en que en el modelo resultante de la Constitución, en esos días propuesta para ratificación, el Poder Judicial aparece como “el menos peligroso” en comparación con el Ejecutivo y el Legislativo. Con el paso del tiempo, esta creencia desencadenó el desarrollo de la noción de “supremacía judicial”, que convirtió a tal rama en

extenso, que dilata al electorado y permite controlar los excesos de poder; un gobierno representativo, que limita la intervención política de la ciudadanía al mero sufragio, entre otras.

La presente sección exige particular detenimiento sobre los rasgos estructurales de las maquinarias constitucionales, que se distinguen por generar una brecha o distanciamiento entre la ciudadanía y los mandatarios,¹¹ concretamente a través del sistema representativo. Éste se identifica con uno de los pilares fundamentales —conjuntamente con la vigencia de una Constitución, la declaración de derechos y la división de poderes— del constitucionalismo occidental y del moderno Estado de derecho.¹² Alude a un ordenamiento político a través del cual un grupo de personas —llamadas “representantes”— lleva adelante la tarea cotidiana de organizar los asuntos políticos mediante el dictado de normas en nombre y representación de quienes los eligieron.¹³

“la mejor posicionada” para hacer prevalecer su voluntad en caso de conflicto sobre una decisión política (*El Federalista*, núm. 78).

¹¹ Pitkin, Hanna Fenichel, “Representation and Democracy: Uneasy Alliance”, *Scandinavian Political Studies*, vol. 27, núm. 3, 2004, pp. 338 y 339. En este sentido, Madison defendió el sistema de gobierno basado en la representación por su capacidad para “afina(r)... la voz pública, pasándola por el tamiz de un cuerpo escogido por los ciudadanos, cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés del país, y cuyo patriotismo y amor a la justicia no estará dispuesto a sacrificarlo ante consideraciones parciales o de orden temporal... la voz pública, expresada por los representantes del pueblo, está más en consonancia con el bien público que si la expresara el mismo pueblo”. Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista...*, *cit.*, p. 39. Luego agrega: “El propósito de toda Constitución política es... obtener como gobernantes a los hombres que posean mayor sabiduría para discernir y más virtud para procurar el bien público”, *ibidem*, p. 242. Estas son expresiones del “principio de distinción” entre gobernados y gobernantes, pues se requiere que el poder sea confiado a quienes posean “mayor sabiduría” y “más virtud”, a personas superiores y diferentes de sus conciudadanos.

¹² La definición que Sieyès daba en respuesta al interrogante “¿qué es una nación?” reunía los elementos aludidos: Constitución, órgano legislativo y mecanismo representativo. En concreto decía: “Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y están representados por una misma legislatura”. Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, México, UNAM, 1973, p. 61. También resulta elocuente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes no tiene Constitución” (artículo 16).

¹³ Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 237-276.

Algunos teóricos consideran que este modelo surgió como la mejor alternativa posible a la democracia directa, que con el paso de los años y el crecimiento a gran escala de las sociedades devino en imposible, pues se torna inimaginable que un Estado pueda ser gobernado mediante el llamado continuo al pueblo, ya que los habitantes dejarían de ser tales para convertirse en ciudadanos totales, privados de tiempo para sus asuntos domésticos y su esfera privada.¹⁴ Sin embargo, por otro lado se defiende la tesis de que el objetivo del sistema no fue el de valer como sustituto “segundo mejor” de la democracia directa, sino que, en cambio, era “un bien superior”, pues —teñido de un ánimo contramayoritario— tuvo en miras impedir lisa y llanamente la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones. Es decir que, la intención estribó en excluir a la sociedad del manejo de los asuntos públicos y en separar a los mandatarios de los representados, autonomizando a aquéllos en lugar de éstos.¹⁵

Así pues, el origen histórico del sistema representativo estuvo signado no por el propósito de hallar una alternativa *second best* a la democracia directa, sino por el cometido de diseñar una ingeniería que consiga apartar al pueblo de la toma de decisiones. Para constatarlo, basta con remitirse a *El Federalista* (núm. 63): “La verdadera diferencia entre estos gobiernos [democráticos de la antigua Grecia] y el americano reside en la exclusión total del pueblo, en su carácter colectivo, de toda participación en éste, no en la exclusión total de los representantes del pueblo de la administración de aquéllos”.¹⁶

Después de todo, si un Estado representativo es aquel en el que las principales deliberaciones políticas, es decir, las discusiones que involucran a toda la colectividad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por las personas elegidas para este fin,¹⁷ consecuentemente, y tal como se profundizará en el apartado siguiente, el

¹⁴ Pitkin, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 9; Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 41; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, cit., pp. 239 y 251.

¹⁵ Bessette, Joseph, “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, en Goldwin, Robert y Schambra, William A. (eds.), *How democratic is the Constitution?*, Washington, American Enterprise Institute, 1980, pp. 102-116; Gargarella, Roberto, *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995, pp. 69-70; Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia: la política...*, cit., p. 38.

¹⁶ Hamilton, Alexander et al., *El Federalista...*, cit., p. 270 (el resaltado es agregado).

¹⁷ Bobbio, Norberto, *El futuro de la...*, cit., p. 34.

problema del distanciamiento se agrava ante una convención constituyente. En este caso, los habitantes quedan sin herramientas de control ni de intercambio discursivo de razones, pues pierden hasta la solitaria e impotente herramienta del voto como premio o castigo.¹⁸ Además, si bien los representantes —en la especie, los convencionales— conservan cierto grado de independencia respecto de los electores,¹⁹ el derecho a instruirlos, por caso, consiste en una alternativa insuficiente para respetar la soberanía popular constituyente, a la vez que tampoco propicia la deliberación entre todos los interesados.²⁰

2. *Reforma constitucional y pueblo*

En este apartado se aspira a poner de relieve la paradoja que se yergue en el modelo constitucional formulado por los federalistas estadounidenses, emulado largamente por las tradiciones latinoamericanas,²¹ consistente en la ausencia, por un lado, de previsiones legales sobre la participación directa de la ciudadanía en los procesos formales de remplazo de la Constitución, esto es, el ejercicio del poder constituyente, mientras que, por el otro, estampan el principio democrático de soberanía popular,²² a la vez que afirman que el pueblo constituye la única fuente de legitimidad de la misma.²³

¹⁸ Sin perjuicio de que la participación del pueblo no se agota con el sufragio, también es cierto el hecho de que la Convención sea elegida por el pueblo, ofrece a los electores la oportunidad profundamente democrática de elegir a los convencionales en función de sus preferencias sobre las propuestas de aquéllos. Véase Elster, Jon, “Legislatures as Constituent Assemblies”, en Bauman, Richard W. y Kahna, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

¹⁹ Manin, Bernard, *The Principles of Representative...*, *cit.*

²⁰ Colón-Ríos, Joel I., “Five Conceptions of Constituent Power”, *Law Quarterly Review*, núm. 130, septiembre de 2013, pp. 334 y 335.

²¹ Negretto, Gabriel, “El poder constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 3, 2016, p. 810.

²² La Constitución de Mendoza, por caso, alude expresamente a este principio en el artículo 4o., mientras que la Nacional de 1853/60 en el artículo 33 y luego de la reforma de 1994 también en el artículo 37.

²³ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista...*, *cit.*, p. 214.

Expuestos los lineamientos generales de este apartado, es factible advertir un lazo lógico entre la teoría elitista del sistema de gobierno —vigente desde el siglo XVIII en la Constitución de Estados Unidos— y la teoría de la revisión constitucional. Esa vinculación estaría dada por el hecho de que ambas apuntan al mismo cometido: la marginación política del pueblo. En efecto, los convencionales de Estados Unidos, que marcaron poderosamente las ingenierías latinoamericanas, aspiraron a apartar a los gobernados de la deliberación y participación, tanto en los asuntos de gobierno —como se lo resaltó *ut supra*— cuanto en los aspectos de reforma constitucional—como se intentará mostrar aquí—.

Frecuentemente se soslaya que el proceso formal de reforma de la Constitución no constituye la única vía por medio de la cual ésta puede modificarse.²⁴ Tal es así, que las normas fundamentales también se transforman sin necesidad de alterar sus textos, por medio de las interpretaciones que del contenido, alcance y contorno de su letra llevan adelante los órganos estatales, en especial los jueces —puesto que detentan “la última palabra”—.²⁵ A través de la interpretación constitucional, sin necesidad de que se cambie el texto, es factible mutar su sentido en unos giros tan significativos que en ocasiones llegan a ser igual de profundos que los mismos procedimientos formales de reforma.²⁶ Claro está que esta vía de alteración no contradice el proyecto federalista, por lo tanto, no ha de ser el objeto de este trabajo.

²⁴ Strauss, David A., “The Irrelevance of Constitutional Amendments”, *Harvard Law Review*, 2001, vol. 114, pp. 1457-1505. En sus palabras: “Many people have observed that our system has other ways of changing besides formal amendments: court decisions, important legislation, or the gradual accretion of power, as in the Presidency during the twentieth century”, p. 1459. En otros términos, Habermas afirma que “La Constitución ha perdido su elemento estático, aun cuando la letra de las normas permanezca intacta, sus interpretaciones están en flujo”. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, cit., p. 615.

²⁵ Otras alternativas a las sentencias de los tribunales superiores, serían el *desuetudo*, las leyes interpretativas del Poder Legislativo, la reforma de la Constitución Nacional —dentro de un país federal— que derogaría virtualmente las disposiciones de las cartas provinciales que vayan contra las de aquélla, o la suscripción de tratados internacionales —con jerarquía superior— en relación a una Constitución local.

²⁶ Como ejemplo, valga decir que en 1990, en el caso “Montalvo”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina afirmó que el delito de tenencia de estupefacientes para el consumo personal en la esfera privada no era conteste con la Constitución; pero en 2009, sólo un tiempo después, ese mismo tribunal, en el caso “Arriola”, decidió lo contrario.

Ahora bien, si existe en la norma fundamental un principio como el de la soberanía popular y si los convencionales con los gobernantes sostienen que la validez de la Constitución encuentra respaldo en el consentimiento del pueblo,²⁷ luego, el correlato esperable hubiera sido que el cuerpo ciudadano disponga de resortes legales para peticionar o consentir la alteración del cuerpo normativo, así como para participar en el proceso de revisión constitucional. Sin embargo, ello no es así, en la medida en que las cartas fundamentales inspiradas en los federalistas estadounidenses se limitan al silencio en este aspecto, y prevén que los procesos de reforma deben canalizarse por medio del Poder Legislativo junto con una convención constituyente. De guisa tal que el poder constituyente²⁸ del pueblo ha sido relegado a un poder meramente “fáctico”,²⁹ antes que institucionalizado.

En lo que a este trabajo concierne, es de singular importancia hacer referencia a otro punto notable, el que atañe a la existencia de mecanismos de reforma constitucional, que se caracterizan por los siguientes rasgos: i) rígidos, en la medida en que exigen autoridades y procedimientos de alteración distintos de los que debe seguirse en materia de sanción y modificación de leyes; ii) contramayoritarios, en tanto exigen supermayorías;³⁰ y iii) sin ningún tipo de intervención popular más allá de la relacionada con

²⁷ Paine, Thomas, “Rights of Man”, *Collected Writings*, Nueva York, Library of America, 1995, p. 468. Al respecto, también véase la Declaración de Independencia de Estados Unidos, donde se expresó: “Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que *derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados*” (el resaltado es agregado).

²⁸ Sobre la clásica teoría de poder constituyente, véase Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer...*, *cit.* Para una conceptualización moderna Colón-Ríos, Joel I., *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, Nueva York, Routledge, 2012, pp. 79-101; Kalyvas, Andreas, “Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power”, *Constellations*, vol. 12, núm. 2, 2005, pp. 223-244. Por último, para un contraste entre las distintas concepciones de poder constituyente Tushnet, Mark, “Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, 2015, pp. 639-654; Colón-Ríos, Joel I., “Five Conceptions of...”, *cit.*, pp. 306-336.

²⁹ Negretto, Gabriel, “El poder constituyente...”, *cit.*, p. 792.

³⁰ A criterio de Dworkin, las Constituciones solamente pueden reformarse mediante supermayorías. Dworkin, Ronald, *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 183.

la elección de los convencionales, toda vez que el pueblo no tiene posibilidad de requerir, aprobar o desechar modificaciones normativas.

Ante sistemas de reforma constitucional con tales características y con la falta de previsión de instancias a disposición de la ciudadanía para introducir cambios a los textos normativos, algunos autores que adscriben al constitucionalismo popular, como Akhil Amar, defienden la existencia de un derecho inherente en cabeza del pueblo para darse o cambiar la Constitución bajo la cual habita, ya que consideran que esto es lo que se desprende del principio fundamental de soberanía popular —autogobierno y autolegislación—. ³¹ A su parecer, si la validez de las Constituciones emana del acuerdo del pueblo, se colige que él conserva la posibilidad de alterar la normativa cardinal, incluso más allá del procedimiento formal de enmienda previsto expresamente en la Constitución. De manera tal que este derecho se encontraría implícito en toda referencia que la misma hace a la soberanía popular.

Allende de esa postura y en síntesis, los convencionales de Estados Unidos, cuyas propuestas encuentran persistentes continuidades en las ingenierías latinoamericanas, aspiraron a marginar a los gobernados de la deliberación y participación tanto en los asuntos de gobierno —como se lo resaltó en el punto anterior— cuanto en los aspectos de reforma constitucional —como se intentó mostrar en este punto—.

3. *Los textos constitucionales de América*

La conexión tensional habida al interior del constitucionalismo que media entre el reconocimiento de la soberanía popular y el rol pasivo del pueblo en el gobierno de lo público cuanto en la reforma constitucional, ocurre en la Constitución de Estados Unidos, cuyo modelo se extiende, con variantes o profundizaciones, a gran parte de las primeras Constituciones de Latinoamérica, en particular Argentina.

Respecto a esta última, cabe destacar que desde 1853/1860 se caracteriza por centralizar las decisiones políticas en el Estado; en tal sentido,

³¹ Véase Amar, Akhil, “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V”, *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, pp. 463, 464 y 489-494. También Amar, Akhil, “Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, núm. 4, 1988, pp. 1043-1104; Kalyvas, Andreas, “*Popular Sovereignty, Democracy...*”, *cit.*

contempla los siguientes aspectos elitistas: erige un hiperpresidencialismo; 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” (artículo 22),³² tampoco promueve el diálogo cooperativo entre las ramas de gobierno, a la vez que entre aquéllas y la ciudadanía; más bien, la relación es de manera agonal, mediante un sistema de pesos y contrapesos; en cuanto al procedimiento de reforma, el mismo transcurre exclusivamente en manos del Estado, en la medida en que se requiere tanto una ley del Congreso Nacional que declare la necesidad de la reforma —determinando los puntos de la misma—, cuanto de la conformación de una convención constituyente, cuyos miembros sí son elegidos por sufragio popular, para llevar adelante tal meta (artículo 30).

En definitiva, la Carta Nacional originaria también está imbuida de una filosofía adversa a que el poder de gobierno, como el poder constituyente, se sitúen en cabeza del pueblo. Sin perjuicio de algunos avances en el primer aspecto con la reforma de 1994,³³ que incluyó, entre otros aspectos relevantes, la iniciativa y la consulta popular (artículos 39 y 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. De hecho, en la mencionada reforma, explícita e inexplicablemente se vedó la iniciativa popular en materia de reforma constitucional (artículo 39).

Todo esto 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 re-

³² 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 alcance”. Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Del Espíritu de...*, *cit.*, pp. 145 y 146.

³³ Además se incorporó una cláusula de defensa de la democracia, con el derecho de resistencia (artículo 36); derechos políticos, sufragio e igualdad de oportunidades (artículo 37); partidos políticos (artículo 38); participación ciudadana en el control de los servicios públicos (artículo 42); acciones de incidencia colectiva (artículo 43); inclusión de minorías, como mujeres, niños, torturados, ancianos y pueblos originarios (artículo 75 incs. 17, 22 y 23); el deber del Congreso de promover los valores democráticos (artículo 75 inc. 19).

sortes participativos y deliberativos 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 (primer caso), como también para impedir cambios que hallen sustento en las demandas y en el apoyo de la sociedad (segundo caso), o incluso para dificultarlos e imponerles trabas (tercer caso).

Finalmente, esta marginación política de la sociedad en la Constitución Nacional vigente, si bien resulta afin a la Constitución de Filadelfia de 1787 (artículo V),³⁴ va a contraluz de ciertos aspectos establecidos por algunas Constituciones vigentes en el derecho público provincial argentino³⁵ y por las cartas federales de Estados Unidos.³⁶ Especial atención merecen estas últimas, en función de su notable alcance en materia de flexibilidad y participación popular. En sintonía con los postulados jeffersonianos, ellas contemplan que luego de cumplidos determinados periodos de tiempo, se lleve adelante una consulta ciudadana para determinar 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 propongan la convocatoria de una convención.³⁷

Recientemente, las flamantes cartas del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” proporcionan avances novedosos en la línea marcada.³⁸ Tal es así en las cartas del Estado Plurinacional de Bolivia

³⁴ George Mason, quien reusó 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”. Citado en Colón-Ríos, Joel I., “*Five Conceptions of Constituent Power...*”, *cit.*, p. 331.

³⁵ En cuanto a reformas totales o parciales, véase las Constituciones de San Juan, Chaco y Mendoza. Respecto de las enmiendas *ad referendum* de uno o dos artículos, véase las cartas de San Luis, Río Negro, Chaco, Formosa, Tierra del Fuego, Misiones, San Juan, Mendoza, Chubut, Buenos Aires, Neuquén y La Rioja.

³⁶ En línea con ellas, véase la Constitución de Francia de 1793 (artículos 2o. y 115).

³⁷ Dinan, John, *The American State Constitutional Tradition*, Kansas, Kansas University Press, 2009, pp. 45 y 46.

³⁸ Para una sistematización de las experiencias constituyentes en la región, véase Negretto, Gabriel, “Los procesos constituyentes en América Latina. Una visión comparada”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 16, diciembre de 2015.

de 2009 (artículo 411), Ecuador de 2008 (artículo 444), Venezuela según enmienda de 2009 (artículos 347-350) y Panamá conforme enmienda de 2004 (artículo 314). Ellas permiten concretar y materializar la soberanía del pueblo mediante la reglamentación específica del poder constituyente de los electores —el cuerpo constituyente—. En concreto, a través de la posibilidad de convocar asambleas constituyentes por medio de la iniciativa popular —con recolección de firmas— y de 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 y conservadores, previendo, en cambio, a un pueblo soberano que puede abolir y crear Constituciones a voluntad, independientemente de la conducta del gobierno.

III. LA CONSTITUCIÓN DE MENDOZA

Dilucidadas las cuestiones anteriores, es tiempo de examinar la norma fundamental de Mendoza, cuya vigencia se remonta a 1916. La pregunta es la siguiente: ¿qué tipo de relación establece entre la soberanía popular y los resortes de participación cuanto de deliberación del pueblo en el gobierno y la reforma constitucional? La respuesta a tal interrogante estará orientada a explorar los siguientes elementos: la alusión a la soberanía popular; el lugar y alcance del pueblo en los asuntos ordinarios y extraordinarios; los procedimientos de enmienda previstos en la Constitución, como también el grado de su rigidez y la relación de este rasgo con la democracia.

Ante todo, podría señalarse que la situación de esta Carta es distinta a la Constitución Nacional, que rige desde 1853/1860 hasta la actualidad, dado que la normativa local contempla explícitamente el principio demorrepublicano de soberanía popular, pero con un alcance mayor. En este sentido, es interesante destacar que el proyecto originario de reforma constitucional presentado por el convencional Julián Barraquero, previo a ser modificado por la Comisión Redactora en 1915, aludía a la soberanía popular en los siguientes términos: “Todo el Poder Público emana del pueblo y así, éste puede alterar o reformar la presente Constitución, siempre que el bien común lo exija y en la forma que por ella se estable-

ce” (artículo 4o.).³⁹ Sin embargo, la redacción definitiva de esa disposición se transformó en otra mucho más modesta que la inicial, pero aun así de mayor alcance que la prevista en la mencionada Carta Nacional, pues si bien en ésta sólo se alude al “principio de soberanía del pueblo”,⁴⁰ en la local se expresa que “La soberanía reside en el pueblo, del cual emanan todos los poderes”.

En lo atinente al alcance de dicha alusión, la norma encadena de manera notable la prerrogativa del pueblo de intervenir en ciertos procesos significativos de gobierno u ordinarios, entre los que cabe destacar: A) la previsión originaria de elecciones libres —cuyo fundamento podría ser que la Ley Sáenz Peña ya se encontraba vigente al tiempo de su sanción—; B) la participación de los sectores “interesados” de los canales, hijuelas y desagües, de la facultad de elegir sus autoridades y administrar sus respectivas rentas en lo que atañe al gobierno del agua (artículo 187); C) la posibilidad de los extranjeros de votar a las autoridades del ámbito comunal (artículo 199 inc. 2); D) la presencia de típicas acciones populares, las que pueden ser iniciadas por “cualquier habitante” a fin de: i. Acusar por faltas o delitos de la Ley Electoral (artículo 60); ii. Presentar un *habeas corpus* (artículo 21); iii. Acusar al gobernador y vicegobernador (artículo 109), como a los ministros de la Suprema Corte (artículo 163) para provocar su juicio político; y iv. Acusar ante el Jurado de Enjuiciamiento al director general de escuelas y a los miembros del Consejo General de Educación (artículo 213).

Con relación a la injerencia popular en el ejercicio del poder constituyente, en congruencia con gran parte de los estados federales norteamericanos⁴¹ y las flamantes reformas latinoamericanas, pero a diferencia de la Constitución Nacional regente desde 1853/1860, dispone que las

³⁹ En similar línea a esa redacción, Madison propuso incorporar como primera enmienda de la Constitución una cláusula diciendo que todo poder deriva del pueblo, y que “el pueblo tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformar o cambiar su gobierno, cuando éste sea contrario o inadecuado para los propósitos que se instituyó”. Sin embargo, Madison está aludiendo no a un derecho regular, sino a uno revolucionario, que solamente puede ejercerse —como última instancia— ante un gobierno opresivo. Fritz, Christian, “Alternative Visions of American Constitutionalism: Popular Sovereignty and the Early American Debate”, *Hatings Constitutional Law Quarterly*, vol. 24, núm. 2, 1997, pp. 287-357, nota 107.

⁴⁰ Véase nota 23.

⁴¹ Dinan, John, *The American State...*, cit., p. 31.

propuestas de cambio provenientes de la legislatura deben ser ratificadas por la sociedad mediante un referéndum. Esto es requerido en los dos procedimientos de reforma que contempla: el de “un artículo” y el “total o parcial” (artículo 219). A dicho respecto, en los debates dentro de la Convención Constituyente, Barraquero realizó una reflexión contundente: “Se necesita un plebiscito para cambiar la fórmula (del texto normativo), por lo tanto no hay *peligro*”.⁴² De tal expresión se infiere que el “peligro” en el que pensaba no era el mismo al que se abocaron a prevenir los Padres Fundadores del constitucionalismo norteamericano; esto es, el miedo a las mayorías populares. En cambio, su temor se refiere a otro distinto y muchas veces olvidado por los académicos: al que puede generarse ante la posibilidad de que una legislatura opresiva impulse modificaciones sin el apoyo del pueblo o en contra de sus deseos.⁴³

En cuanto a los procedimientos de reforma, el de “un artículo” 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 (artículo 223).⁴⁴ Por su lado, el proceso de modificación “total o parcial” consta de tres etapas, la primera (artículo 220) y la segunda (artículo 221) son idénticas al proceso de reforma descrito, pero se agrega una tercera que se inicia ante una convención constituyente que desarrolla el proceso de revisión propiamente dicho, y cuyos miembros son elegidos por el pueblo (artículo 222).

⁴² Honorable Convención Constituyente, *cit.*, p. 389 (el resaltado es agregado).

⁴³ Esto va en sintonía con lo que sostuvieron quienes se opusieron al Tratado de Unión —en 1706— entre Inglaterra y Escocia: “The members of Parliament had no right to alter the Constitution, without the consent of their constituents”. Colón-Ríos, Joel I., “*Five Conceptions of Constituent Power...*”, *cit.*, p. 319.

⁴⁴ 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 XLI, 3 de noviembre de 2003, pp. 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. Otro aspecto problemático que podría agregarse es el que refiere a la inconveniencia de reunir en una sola elección cuestiones tan diversas y que ameritan reflexiones específicas.

Repárese entonces en que la carta de Mendoza está caracterizada por ser “rígida”, antes que “flexible”, pues sus rasgos se relacionan con determinados factores.⁴⁵ En efecto, es escrita (primer 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 (segundo 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,⁴⁶ lo que torna más flexible, pero tiene otro (tercer factor de rigidez), que está dado por el hecho de que tal reforma únicamente puede realizarse con el “intervalo de un año por lo menos” (artículo 224).⁴⁷ La rigidez bajo análisis se encuentra envuelta en tensiones contrapuestas. Por un lado, entra en conflicto con el principio democrático, pues para llevar adelante la transformación se exige tanto la presencia de mayorías agravadas o supermayorías⁴⁸ en la sanción de la Ley Declarativa de la Necesidad de Reforma (cuarto factor de rigidez) cuanto que sea aprobada por ambas cámaras legislativas (quinto 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 (sexto factor de rigidez).

Con este análisis presente, es dable afirmar que una de las consecuencias de las consideraciones que anteceden consiste en que la rigidez constitucional no es necesariamente contramayoritaria y, por tanto, no resulta inexorablemente antidemocrática.⁴⁹ Sobre ello, Micaela Alterio puntua-

⁴⁵ Para el estudio de tales factores, véase Alterio, Ana Micaela, “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, año 3, núm. 4, 2017, en prensa.

⁴⁶ Este particular procedimiento de modificación difumina la distinción entre Poder Constituyente y Poder Constituido, al permitir que sea este último el que puede introducir cambios en la Constitución.

⁴⁷ 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).

⁴⁸ Véase nota 31.

⁴⁹ Alterio, Ana Micaela, “La relación entre rigidez...”, *cit.*

liza que los procedimientos especiales de modificación no se limitan a petrificar una formulación constitucional específica. Así las cosas, los dos procedimientos de remplazo constitucional de la carta fundamental de la provincia se comprometen notablemente con la voluntad popular, ya que a más de la intervención de la sociedad en la elección de los representantes —legisladores y convencionales—, prevén un referéndum popular. Es más, se logra apreciar que la configuración de estos mecanismos agravados de reforma dentro de la Constitución de Mendoza pueden, incluso, potenciar la calidad democrática y la firmeza de la reforma.

Ahora bien, pese a que ambos procedimientos constitucionales exigen la participación del pueblo en el referéndum, caben dos críticas. La primera estriba 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 (artículo 220). Por las mismas razones suscritas en los escritos federalistas, el poder constituyente del pueblo únicamente puede ser activado por los poderes constituidos. La segunda objeción atañe a la dificultad de las instancias puramente decisionistas, como la elección o el referéndum, para generar una genuina deliberación argumentativa, cuya tesis está dada por la creencia de que los legisladores son quienes deben determinar los puntos necesarios de reforma, mientras que los convencionales son los que deben llevarla a cabo, mientras que la sociedad se limita a votar por sí o por no, y por uno u otro candidato.⁵⁰ Sobre este asunto se ha de volver en el punto 2 del próximo acápite.

A más de lo expuesto, huelga advertir que el rasgo democrático del referéndum popular dejó de ser tal cuando una sentencia interpretativa de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza lo convirtió en su reverso.⁵¹ En efecto, dado que la carta de Mendoza para llevar a cabo la reforma constitucional se limita a exigir como resultado del referéndum “el voto afirmativo de la mayoría de los *electores* de la Provincia” (artículos 221 y 223), pero no determina en detalle si “electores” se refiere a quienes efecti-

⁵⁰ Véase Carey, John, “Does it Matter how a Constitution is Created?”, en Berany, Zoltan y Moser, Robert G. (ed.), *Is Democracy Exportable?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009; Ginsburg, Tom *et al.*, “Does the Process of Constitution-Making Matter?”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, pp. 201-223.

⁵¹ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, caso “*Unión del Centro Democrático y Otros c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza*”, 4 de mayo de 1989.

vamente ejercieron el sufragio o a quienes figuran como empadronados,⁵² el tribunal cimero hizo una lectura restrictiva de la disposición legal y exigió otra supermayoría. Así, en un fallo de 1989 precisó el alcance de la letra constitucional y especificó que para que el proceso de reforma constitucional pudiera avanzar era necesario la anuencia no de los “votantes efectivos”, sino de los “empadronados”. Entre los argumentos más interesantes del decisorio judicial, vale destacar los siguientes: por un lado, se planteó que “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”: por otro lado, también se razonó que no existe verdadera expresión de la soberanía popular “cuando menos de la mitad del padrón se pronuncia a favor de la necesidad de reforma”; por último, se expresó que “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”.

Sin embargo, esta interpretación se configura como problemática al menos por los siguientes aspectos: i) se trata de una exigencia contramayoritaria, pues importa pasar por alto lo que decide la mayoría que efectivamente emite su voto y, en cambio, se prioriza a los empadronados que optan por la abstención; ii) implica un requisito extremadamente riguroso que tiende a incrementar el grado de rigidez constitucional, pues por lo general un porcentaje del padrón no concurre a sufragar; iii) contradice el principio discursivo de Jürgen Habermas, según el cual la participación en

⁵² 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, 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 de 1939 (sobre el artículo 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 de abril de 1940).

la discusión y en la decisión debe abrirse a los “interesados”, pero no imponerse a toda la sociedad; iv) se opone a una concepción epistémica de la democracia,⁵³ en tanto se obliga a votar a quienes pueden no sentirse dotados de las herramientas que exija el caso; v) es errado atribuir a quienes no votan una voluntad contraria a la reforma, de modo que la sentencia se extralimita a determinar lo que desean los empadronados que se abstienen de votar y a determinar lo que es mejor para ellos.⁵⁴

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, una discordancia entre las posiciones políticas de los convencionales constituyentes.⁵⁵ Así, 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 originaria de la nación, que se caracterizan por la ausencia de espacios de discusión y decisión a disposición de la ciudadanía en los asuntos ordinarios de gobierno. 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 liberales-conservadoras y por otras demorrepublicanas: mientras que la intervención popular es propia de la tradición radical, la expulsión del pueblo de los espacios de deliberación y de gobierno (artículo 9o.) es eminentemente liberal-conservadora.⁵⁶

Dada la presencia de las ambigüedades apuntadas, se colige que la Constitución provincial, hace más de un siglo, desarrolló *un modelo constitu-*

⁵³ La perspectiva epistémica de la democracia es asumida, entre otros, por Roberto Gargarella, Sebastián Linares, José Luis Martí y Carlos Santiago Nino.

⁵⁴ Otra crítica al fallo se encuentra en Sagües, Néstor P., “El concepto de elector en el art. 221 de la constitución de Mendoza”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. 2, abril de 1988, p. 450.

⁵⁵ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2015.

⁵⁶ Para una profundización acerca de las notas conservadoras, socialistas, liberales y radical-democráticas, véase Egües, Carlos, “Las declaraciones de derechos en perspectiva ideológica”, en Egües, Carlos y Segovia, Juan Fernando, *Los derechos del hombre y la idea republicana*, Mendoza, Depalma, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1994, pp. 3-74; Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de...*, *cit.*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 237-276.

cional de acumulación,⁵⁷ signado por pautas contrapuestas.⁵⁸ En este sentido, frente a las diversas vías para introducir cambios constitucionales, como la imposición,⁵⁹ el silencio/aplazamiento,⁶⁰ o la síntesis,⁶¹ es posible concluir que dentro del cuerpo normativo esencial de Mendoza se cristalizaron demandas cuyos fines tienen menos que ver con la síntesis, donde se acuerda sobre la base de puntos —a veces mínimos— en común, que con acumulación de intereses enfrentados, como los alistados. En definitiva, el proyecto constitucional fue el corolario de convenios entre liberales y conservadores, que dieron trato a sus divergencias a través de la suscripción de pactos acumulativos, amontonando contenidos e ideologías si no irreconciliables, al menos no del todo compatibles.

IV. POR UN PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MENDOZA

Las democracias se caracterizan por estar enmarcadas en un contexto específico, dado por “el hecho del pluralismo razonable”,⁶² vale decir, por el presupuesto de que en su interior habitan tanto desiguales y múltiples preferencias políticas como diversas concepciones del derecho, lo bueno y lo justo. En ese panorama de diversidad, el presente apartado tiene la

⁵⁷ Para un examen pormenorizado sobre esta estrategia de diseño constitucional y sus contrarias, véase Gargarella, Roberto, “Creación constitucional en sociedades plurales. «La estrategia de acumulación»”, *Anales de la Universidad de Chile*, núm. 10, 2016.

⁵⁸ Un caso ilustrativo de la Constitución Nacional vigente desde la versión originaria es el de la convivencia de la primera parte del artículo 19 (“las acciones privadas”), junto con la segunda (“orden y moral pública”, “reservadas a Dios”), pues mientras aquella es liberal, la segunda es conservadora. Otro ejemplo se da entre el artículo 2o. (sostenimiento de la religión católica) y el 14 (libertad de culto).

⁵⁹ Ejemplos ilustrativos resultan las situaciones propias del siglo XIX, como la Constitución de Colombia de 1886, que imponía la religión católica o la originaria de Argentina, que hablaba de la conversión de los indios al catolicismo como deber del Congreso Nacional.

⁶⁰ Así sucedió con los derechos sociales en la Argentina, pues fueron incorporados al texto legal en 1949. De modo similar ocurrió con la inclusión política de las minorías y de los instrumentos participativos, que ingresaron en 1994.

⁶¹ Es el caso de la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos, donde los representantes de los distintos credos lograron acordar que ninguna facción que asuma el gobierno puede imponer una determinada religión a los demás.

⁶² Rawls, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 57.

misión de abordar las alternativas para llevar a cabo un curso de acción común a todo el pueblo de Mendoza en lo que respecta a la revisión de la Constitución. Más concretamente, el reto estriba en proponer un procedimiento para conseguir una reforma dotada de apoyo social, que no se base únicamente en los canales formales regulados en la ley suprema —aunque esto también importe—, sino que los exceda, mediante prácticas extraconstitucionales que emergen del principio de soberanía del pueblo y de una teoría deliberativa de la democracia.

Por varios argumentos se han de proponer estas opciones procedimentales: en primer lugar, porque la exclusiva sujeción de las pretensiones de cambio a las exclusas formales, sin hacer uso de otras más deliberativas, funciona como causal de obstrucción de tal finalidad; también, en razón de que ellas podrían cumplir una función justificadora y legitimadora de la nueva Constitución, al conseguir que la reforma sea obra del debate colectivo, que permita su apropiación por la sociedad; en tercer término, porque conseguirían moderar la brecha habida entre el principio de soberanía del pueblo y la falta de mecanismos populares de sustitución constitucional.

1. *La dificultad de las exclusas formales para encarnar los intentos de reforma*

En la trama normativa, teórica y coyuntural previamente expuesta, se hincó la carta magna de Mendoza que, sin sustituciones integrales ni sustanciales, recientemente ha cumplido 102 años. Por motivos lógicos, no sólo rige en una comunidad culturalmente distinta a la del tiempo de su sanción, sino que además posee infracciones a principios y mandatos de la Constitución Nacional —incorporados en la reforma de 1994—,⁶³ como de los tratados internacionales de derechos humanos, todo lo cual determina que año con año se intente *aggiornarla*.

Aquí ha de abordarse críticamente la siguiente tesis: la dificultad de superar la rigidez constitucional mediante una reforma integral y dotada de legitimidad democrática no obedece al sonsonete mito de la “pasividad ciudadana”, sino que la causa se halla en la “impolítica”, es decir, en la

⁶³ Valga como ejemplo la falta de reconocimiento de la autonomía plena a los municipios, con un alcance tal, que se les permita dictar sus propias cartas orgánicas conforme a la Constitución Nacional reformada en 1994 (artículos 121 y 123).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 237-276.

acentuación de la distancia entre la sociedad civil y las instituciones estatales, que oculta la visibilidad, dificulta la aprehensión e impide la resolución colectiva, de los problemas ligados a la organización de lo común.⁶⁴ Por ello, el obstáculo para atravesar la madeja de la rigidez se encuentra, antes que —por caso— en la búsqueda exclusiva de la reelección del gobernador, en la falta de politización del asunto mediante la consolidación de una “constituyente social”.⁶⁵

Bajo esta tesitura, el punto de partida tendría que configurarse por un debate democrático entre los habitantes y el Estado, de donde resulte la necesidad y contenido de la reforma. Para esto, es preciso dejar atrás las razones de Madison en sustento de que las Constituciones deben ser firmes, estables y con enmiendas excesivamente difíciles,⁶⁶ pues ello es lo que atenta contra el ideal del autogobierno y cualquier deseo de deliberar. En su lugar, tendrían que suscribirse los argumentos de Jefferson en el sentido de que las normas fundamentales deben ser pensadas por todas las mentes autónomas de cada tiempo, que tienen los mismos derechos que las generaciones anteriores,⁶⁷ tal como lo plasmó la Constitución francesa de 1793 respecto a que el pueblo siempre tiene derecho de revisar y cambiar sus normas.

Precisamente, una reforma integral y con apoyo social no ha podido tener cabida en Mendoza porque las intenciones de remplazo, en vez de extenderse a las esferas informales del espacio público, se aproximan a las esclusas formales de un modelo institucional que, tal como se desarrolló, fue diseñado con un particular propósito: el de excluir al pueblo e impedir su autolegislación —en línea con los pensamientos madisoneanos—. La

⁶⁴ Sobre esto, Rosanvallon afirma que la apatía, la declinación y la desafectación ciudadana no son tales. Aunque sí existe una mutación, donde se vislumbra que la sociedad se informa más que antes, una multiplicación de las organizaciones sociales, el ejercicio de otros medios distintos del voto para expresar reclamos colectivos. Rosanvallon, Pierre, *La contrademocracia: la... , cit.*, pp. 35-39, 247-256.

⁶⁵ Arrimada, Lucas, “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, 2011, pp. 232-239.

⁶⁶ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista...*, *cit.*, p. 215.

⁶⁷ Boyd, Julian P. (ed.), *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton, Princeton University Press, vol. 1, cap. 2, doc. 23, 1950, disponible en <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>.

importancia de esto radica en que las pretensiones de reforma sólo han de ser exitosas en la medida en que consiguen superar las trabas impuestas por la rigidez de la madeja constitucional. Lo vertido hasta aquí se constata en la extensa vigencia de la Constitución provincial, que ha perdurado hasta el día de hoy sin modificaciones exhaustivas.⁶⁸ Esto, a contraluz de lo acontecido en el derecho público provincial argentino desde el retorno

⁶⁸ Desde la vigencia de la Constitución regente han tenido lugar varios intentos de reforma. *Por un lado*, en cuanto a las modificaciones constitucionales mediante el mecanismo de reforma de “un solo artículo”, se arribó a puerto deseado en las siguientes ocasiones:

- i. en 1939, con el artículo 199 inc. 5 (rentabilidad de los cargos de intendente y concejales);
- ii. en 1959, con el artículo 199 inc. 1 (elección directa de los intendentes);
- iii. en 1964, con el artículo 202 inc. 8 (fijación por la legislatura del porcentaje destinado a sueldos de empleados municipales);
- iv. en 1985, con el artículo 120 (elección directa de gobernador y vicegobernador);
- v. en 1989, con el artículo 198 (elección directa de intendentes);
- vi. en 1990, con el artículo 1o. (propiedad de la provincia sobre los yacimientos y fuentes de energía);
- vii. en 1997, con el artículo 150 (introducción del Consejo de la Magistratura);
- viii. en 2005, con el artículo 151 (eliminación de la indexación del salario de los magistrados y consagración del deber de abonar aportes con fines de previsión u obra social).

En cambio, los intentos de modificar la Constitución mediante este mecanismo de reforma de “un solo artículo” quedaron inconclusos en las siguientes ocasiones:

- ix. en 2009, respecto del artículo 198 (en pos de limitar la reelección de los intendentes), pero en este caso si bien se sancionó la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma, no se alcanzó la mayoría entre los empadronados en el referéndum;
- x. en 2011, respecto del artículo 221 (en pos de tornar más flexible el procedimiento de reforma, concretamente revirtiendo la interpretación de la sentencia “Unión del Centro Democrático y Otros c/Gobierno de la Provincia de Mendoza” de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza), pero en este caso, aunque también se sancionó la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma, lisa y llanamente triunfó la negativa de los votantes en el referéndum.

Por otro lado, en cuanto a las modificaciones constitucionales mediante el mecanismo de reforma “total o parcial”, se arribó a puerto deseado solamente en tres casos:

- i. en marzo de 1949, oportunidad en la que se promulgó la nueva Constitución impulsada por el peronismo, pero ella quedó truncada en 1956 por la dictadura militar que reimplantó la de 1916 con sus reformas hasta 1943;
- ii. en junio de 1949, oportunidad en que se eliminó la reserva provincial para explotar los yacimientos naturales, se suprimió el derecho de voto de los extranjeros en la órbita municipal, se extendió a seis años los mandatos del Poder Ejecutivo y del Legislativo, se dispuso que el cargo de intendente de la municipalidad de la capital era elegido por el Poder Ejecutivo y que la legislatura asumía las funciones del suprimido Concejo Deliberante, entre otros aspectos. Se trata de una reforma atípica, en tanto fue llevada a cabo por la propia legislatura en ejercicio de la función constituyente que le concedió la cláusula transitoria

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 237-276.

de la democracia en 1983 y luego desde la reforma de la Constitución Nacional en 1994, momentos en los que casi todas las Constituciones provinciales fueron reformadas.

A continuación se intentará mostrar, que una vía plausible para concretar una reforma constitucional integral sería la de desplegar mecanismos de involucramiento y debate ciudadano capaces no sólo de cumplir el exigente requisito del referendo popular, sino también de trascenderlo mediante engranajes que permitan, a diferencia del sufragio, traducir y receptar las pretensiones de la ciudadanía. De allí que para el progreso de la reforma urja que el Estado garantice la existencia de una esfera pública donde se desarrolle un procedimiento abierto, ampliamente inclusivo, participativo y dialógico, a fin de construir la voluntad pública en materia constitucional. A la par, ello conseguirá tanto legitimar el nuevo texto, como acortar la brecha entre la soberanía popular y el poder constituyente del pueblo.

2. *Opciones discursivas y extraconstitucionales: en busca de la legitimidad*

Si en el punto anterior el énfasis se situó en sostener que todo proceso de reforma que aspire a transcurrir exclusivamente en el marco de los carriles legales cargará con la dificultad de llegar al puerto deseado, aquí se aspira a destacar que otro aspecto problemático sería que de seguir ese camino,

quinta de la Constitución Nacional de 1949 a fin de adaptar las cartas provinciales a los principios de aquélla. Pero su vigencia decayó junto a la Constitución Provincial de 1949;

iii. en 1965, se trata de la única reforma parcial que perdura en la actualidad. En tal oportunidad se modificaron los siguientes aspectos: elección indirecta del gobernador, vicegobernador e intendentes; limitación de los cargos públicos electivos a cuatro años; elevación a siete del número de miembros de la Suprema Corte de Justicia; renovación por mitades y cada dos años de los cuerpos deliberativos; entre otros.

En cambio, los intentos de modificar la Constitución mediante este mecanismo de reforma “total o parcial” quedaron inconclusos en las siguientes ocasiones:

iv. en 1942, si bien logró constituirse la Convención Constituyente, el proceso quedó paralizado a partir del golpe de Estado de 1943;

v. en 1987, si bien se sancionó la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma y se alcanzó la mayoría entre los votantes en el referéndum, no se logró entre los empadronados;

vi. en 2001, si bien se sancionó la Ley Declarativa de Necesidad de Reforma y se alcanzó la mayoría entre los votantes en el referéndum, no se logró entre los empadronados.

Para una profundización y crítica de estos aspectos, véase Egües, Carlos A., *Historia constitucional de Mendoza. Los procesos de reforma*, Mendoza, EDIUNC, 2008.

no se arribaría a una Constitución dotada de legitimidad. La pretensión de replazo va atada a la cuestión atinente a cómo legitimar ese procedimiento dentro de sociedades con divergencias. Ahora bien, la legitimidad de una reforma depende de la concepción que se adopte. Una primera noción, más bien positivista y limitada, sugiere que una modificación conseguiría tal condición en la medida en que cumpla las reglas del proceso formal previsto en la norma fundamental.⁶⁹ Pero esto conduce a que sea una labor exclusiva de los representantes y las cúpulas partidarias, detrás de escena y a espaldas de la sociedad.⁷⁰

Sin embargo, existe otra concepción más interesante, también más exigente, que es la que aquí interesa sostener: la ofrecida por una teoría deliberativa de la democracia. 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.⁷¹ En cuanto a los postulados P) del proceso deliberativo de toma de decisiones, Martí⁷² 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.

Si se asume este criterio como parámetro, se colige que una reforma será más legítima mientras más democrático y más deliberativo haya sido el procedimiento para realizarla. A la inversa, entonces, ostentan un serio déficit de legitimidad (DL) aquellas reformas 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).⁷³ Asegurar tales estadios y ceñirse a ellos, es necesario en

⁶⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, pp. 217-219.

⁷⁰ De hecho, la Constitución de Estados Unidos fue redactada en reuniones a puertas cerradas, a fin de asegurar una “discusión franca”. Anastaplo, George, “The Constitution at Two Hundred: Explorations”, *Tex. Tech L. Rev.*, 1991, vol. 22, pp. 971-972. Véase *El Federalista*, núm. 37; Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista...*, *cit.*, pp. 151 y 152.

⁷¹ *Cfr.* John S. Dryzek; Jon Elster; Amy Gutmann; Dennis F. Thompson; Carlos S. Nino; John Parkinson; Jane Mansbridge; John Rawls; Christian F. Rostboll; Jürgen Habermas; entre otros.

⁷² Martí, José Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 90-97.

⁷³ Linares, Sebastián, “Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 17, julio de 2016.

virtud de la exigencia constitucional, pero no es suficiente para la perspectiva deliberativa de la democracia, pues según tal teoría, la legitimidad se ha de lograr más allá, por medio de un proceso 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 referéndum⁷⁴ en el proceso de reforma estipulado en la Constitución de Mendoza genera un vínculo notable entre la revisión constitucional, la soberanía popular y el poder constituyente, aquél se sustenta en una visión binomial del pueblo, que sólo puede optar por decisiones “en pro” o “en contra” (artículos 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 brinda 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, los referendos no son la solución, o en el mejor de los casos, tan sólo son una pequeña parte de ella.⁷⁵ De esta manera, esta forma de participación, si es usada de manera central, resulta inconducente a la deliberación necesaria para formar, aceptar o reformular las preferencias informadas de la ciudadanía.⁷⁶

Stephen 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 R2.⁷⁷ En otras palabras, el referéndum podría limitarse a un intento de otorgar apariencia de legitimidad a un

⁷⁴ Para un estudio de la experiencia de los referendos constitucionales, véase Contia-des, Xenophon y Fontiadou, Alkmene, *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Londres y Nueva York, Routledge, 2016.

⁷⁵ Okpcic, Zoran, “Constitutional (re)vision: Sovereign Peoples, New Constituent Powers, and the Formation of Constitutional Orders in the Balkans”, *Constellations*, vol. 19, núm. 1, 2012, pp. 81-101.

⁷⁶ Negretto, Gabriel, “Procesos constituyentes y refundación democrática: el caso de Chile en perspectiva comparada”, *Revista de Ciencia Política*, Santiago, vol. 35, núm. 1, 2015, p. 211.

⁷⁷ Tierney, Stephen, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Londres, Oxford University Press, 2012.

proceso en esencia excluyente.⁷⁸ 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.⁷⁹

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. En el referéndum la cuestión es por sí o por no, por todo o nada, mientras que conforme al enfoque teórico adoptado, la ciudadanía en la instancia previa puede introducir matices y pretensiones, a la vez que se encuentra habilitada para desafiar con razones los argumentos de otros. Por todo, es que DL1 aparece como profundamente democrático, pero pobre en términos de deliberación.

Con relación a DL2, referido a la 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 sólo 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

⁷⁸ Davies, Bleddyn, “Popular Participation and Legitimacy in Constitutional Change: Finding the Sovereign”, *Liverpool Law Review*, vol. 36, núm. 3, 2015, p. 288.

⁷⁹ Lerner, Hanna, “Constitution-Writing in Deeply Divided Societies: the Incrementalist Approach”, *Nations and Nationalism*, vol. 16, núm. 1, 2010, pp. 81 y 82.

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.⁸⁰

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, 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 puramente 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.⁸¹ Pero como se detalló *ut supra*, la política no debiera tratarse sólo de una práctica estatal, de donde surge un sometimiento pasivo a la sociedad, que se limita a la recepción de una orden.⁸² Finalmente, al igual que DL1, DL2 es menesteroso respecto a la deliberación, pero vigoroso en cuanto al factor democrático.

Para presentar el problema de DL3, cobra interés la metáfora de Jon Elster, quien argumenta 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 en 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 delibe-

⁸⁰ Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 6, núm. 11, 2008, p. 48.

⁸¹ Gargarella, Roberto, “Piedras de papel y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional”, en Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I, 2009, pp. 74-76.

⁸² La obra häberlina alude a una interacción entre los intérpretes, a una comunicación libre y abierta, a un proceso público, como también a la influencia y complemento entre el Estado, las instituciones y la sociedad al momento de interpretar la Constitución. Häberle, Peter, “La sociedad abierta...”, *cit.*, pp. 29-61.

ración, 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.⁸³

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 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 extenderse a una 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 receptor 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.⁸⁴

De esta forma, los habitantes podrán hacer manifiestos sus pretensiones, aportes, problemas e intereses para incidir en la formación institucionalizada de la voluntad de los legisladores y de los convencionales.⁸⁵ Así, las personas que participen del proceso, en pie de igualdad, no sólo han de mejorar la información de aquellas autoridades, sino que también facilitarían 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.

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 en fortalecer el vínculo entre ella y los

⁸³ Elster, Jon, “*The Optimal Design of a Constituent Assembly*”, en Landemore, Hélène y Elster, Jon (eds.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 148-172.

⁸⁴ Greppi, Andrea, sin referencia, p. 12.

⁸⁵ Al respecto, puede verse un documento elaborado en la provincia de Mendoza con motivo de la recopilación de propuestas de la ciudadanía: Giuffré, C. Ignacio y Lara, Andrea (coords.), *Bases ciudadanas para la reforma constitucional de Mendoza*, Mendoza, Legislatura de Mendoza, 2017.

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—.

Para evitar los tres déficits de legitimidad descritos, debería hacerse uso de *opciones procedimentales* caracterizadas por ser “extraconstitucionales” y “deliberativas”. Las mismas ofrecen dos ventajas: disponer de canales ausentes en la Constitución, y contar con herramientas para llevar adelante reformas de manera deliberada, justificada y legítima. Esta red de engranajes podría consistir —sólo a guisa de ejemplo— en cabildos abiertos, foros participativos, audiencias públicas, encuestas, mesas de debate, sondeos deliberativos, rondas de consulta, jornadas, conferencias, seminarios, protestas deliberativas, propuestas ciudadanas, asambleas o el uso de las TIC para la difusión y recopilación de información.

Se trata de instancias que, según el *primer rasgo*, no se encuentran previstas en la Constitución, sino más allá de los canales legales.⁸⁶ Son alternativas extraconstitucionales, es decir, complementarias a la norma fundamental, pero a la vez no se presentan como inconstitucionales, en la medida en que no la contradicen. Esta distinción es valiosa para apartarse de determinada doctrina restrictiva, la cual ha afirmado la inconstitucionalidad de instrumentos participativos, como el referéndum constitucional en la esfera nacional, en virtud de considerarlo contrario al régimen representativo, en razón de lo estipulado en la carta magna de la nación (artículos 1o. y 22). Lo mismo se ha sostenido sobre la esfera de las provincias, donde corresponde dictar Constituciones que adopten el régimen representativo (artículo 5o.). No así en el ámbito municipal, ya que la ley

⁸⁶ Experiencias innovadoras en términos de participación y deliberación, más allá de lo previsto constitucionalmente, han sido las de Irlanda (2011) e Islandia (2008). Landemore, Hélène, “Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 23, núm. 2, 2015, pp. 166-191; Contiades, Xenophon y Fontiadou, Alkmene, *Participatory Constitutional...*, *cit.* En menor medida, también fueron auspiciosos los casos de Chile (2016) y Mendoza (2016). En este último, se llevaron a la práctica audiencias públicas, jornadas, coloquios, seminarios, encuestas, disertaciones, debates abiertos en la legislatura y fuera de ella.

fundamental se limita a imponer a las provincias que aseguren el régimen municipal⁸⁷

La *segunda característica* se apoya en la robusta teoría de la legitimidad que se describió arriba, cuyo imperativo democrático reside en garantizar, así como en promover el debate de los asuntos comunitarios en la esfera pública,⁸⁸ con involucramiento real del pueblo, a fin de conseguir una formación racional de la voluntad colectiva. Sin embargo, a más de lo apuntado, para contar con un verdadero modelo deliberativo de toma de decisiones se precisa de políticas de Estado que propendan a garantizar el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁹

Por último, quede plasmado que la asunción de esta particular teoría y el respeto a la “dignidad humana” (artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos), originan en cabeza del gobierno un deber específico, frente a la sociedad, el de poner a su disposición las razones de las normas o medidas políticas que implican a los habitantes de manera directa o indirecta. Este “derecho a la justificación” se erige contra la imposición coercitiva de las decisiones, como una condición necesaria para la legitimación de la actuación del Estado.⁹⁰ Tal derecho, de nuevo, no puede ser plenamente garantizado a través de un esquema decisionista de democracia, basado solamente en las elecciones, en el debate exclusivo de los representantes y en la regla de la mayoría.

⁸⁷ Linares Quintana, Segundo, *Gobierno y administración de la República Argentina*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. I, 1959, pp. 73 y 74.

⁸⁸ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

⁸⁹ Brettschneider, Corey, *Democratic Rights: The Substance of Self-Government*, Princeton, Princeton University Press, 2010; Lafont, Cristina, “Democracia y deliberación pública”, en Arango, Rodolfo, *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 125-146; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, *cit.*; Martí, José Luis, *La república deliberativa...*, *cit.* Acorde a la Proclamación de Teherán, 1968, pfo. 13; la Resolución 32/130, Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1977, y los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del PIDESC.

⁹⁰ Forst, Rainer, *Justificación y crítica. Perspectiva de una teoría crítica de la política*, Buenos Aires, Katz Editores, 2015.

3. Puentes entre la soberanía popular y el poder constituyente

Si se retoma aquella aporía del constitucionalismo consistente en la falta de correlación coherente que se da al estampar en la Constitución el principio de soberanía del pueblo, de la mano de la ausencia de canales populares para el ejercicio del poder constituyente, se arriba a que estas *alternativas extraconstitucionales en clave deliberativa* también pueden, cuando no eliminar, al menos moderar tal contradicción o brecha.

La idea de la soberanía del pueblo —el poder de autogobernarse y el poder constituyente— es fundamental para la teoría constitucional, pero las disquisiciones de este trabajo revelaron grietas. Pese a ello, la apertura democrática a la participación y discusión colectiva permite tornar real el principio de soberanía popular, que tomaría cuerpo a través de cabildos abiertos, foros participativos, audiencias públicas, encuestas o sondeos deliberativos, jornadas, seminarios, protestas deliberativas, etcétera. De este modo, y en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “La Constitución materializa(rá) el consenso más perfecto de la soberanía popular”.⁹¹

Si “constituir” significa instituir juntos, el hecho de llevar a la práctica instancias discursivas —que se imponen desde los estándares normativos de una concepción deliberativa de la legitimidad— tendería a tal fin, lo cual es correspondiente con el axioma de la soberanía popular y acorde al “derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos”, consagrado en los tratados internacionales.⁹² De ahí la propuesta de proveer al pueblo de mecanismos para ejercer su derecho a crear o ajustar sus normas fundamentales, que a decir verdad nunca ejercieron, pues la mayoría de las Constituciones modernas fueron, antes que una obra colectiva, sancionadas en el marco de exclusiones por motivos sexuales, étnicos, raciales, religiosos, económicos, políticos, entre otros.⁹³

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Intendente Municipal Capital s/ Amparo*, 11 de noviembre de 2014.

⁹² Por ejemplo, artículo 23.1 Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 21.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 20 Declaración Americana de Derechos Humanos.

⁹³ Tushnet, Mark, “Constitution-Making: An Introduction”, *Texas Law Review*, vol. 91, 2012, pp. 1983-2013.

En cambio, una reforma será democrática, por oposición a una autocrática, en tanto confiera a toda la ciudadanía por igual el derecho a intervenir en la producción de las normas que han de regirla en adelante.⁹⁴ La alternativa deliberativa aquí ofrecida asume por objeto generar una vinculación entre la soberanía popular y un proceso de reforma extraconstitucional, cuya idea de fondo está dada por los valores políticos de autolegislación y autogobierno. De lo contrario, se corre el riesgo de que sólo exista una apelación al pueblo para consolidar poder en su nombre, pero a favor de otros. Por eso, tal comprensión del proceso de reforma se confronta con la dominación de los mandatarios o los intelectuales, a los que ahora se les impide la concentración del poder, a fin de que, bajo tal condición, su influencia condense en poder comunicativo abierto a toda la sociedad.⁹⁵

La formación de la voluntad política institucional afectaría las bases de la sociedad civil si taponara las fuentes espontáneas que implican los espacios públicos autónomos o si se encapsulara frente al flujo de temas, contribuciones, informaciones y razones, que libremente flotan en la esfera prestatal. En este modelo basado en la comunicación, el bien común hipotético sólo puede descubrirse y determinarse de modo intersubjetivo.⁹⁶ La formación de la voluntad política, en aras de producir resultados legítimos y racionales, ha de permanecer permeable y sensible a incitaciones, intervenciones y opiniones que fluyen del espacio público informal, estructurado discursivamente, donde los gobernantes no han de actuar sólo como delegados en nombre de otros, sino que han de constituir el foco organizado de un circuito de comunicación, que representa un espacio público no organizable en su totalidad.⁹⁷

En definitiva, esto ha de depender de la concepción liberal-conservadora o demócrata-radical de poder constituyente que se suscriba: o como un simple derecho a elegir representantes e impartirle instrucciones o como una expresión de la soberanía popular que materializa la igualdad

⁹⁴ Cfr. Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, *op. cit.*, pp. 441-481; Greppi, Andrea, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, *cit.*, pp. 615-615; Greppi, Andrea, *op. cit.*, p. 35; Steiner, Jürg, *The Foundations of Deliberative Democracy: Empirical Research and Normative Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 257.

⁹⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, *cit.*, pp. 252 y 253.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 251 y 614.

política.⁹⁸ La clave está en optar por la segunda opción y en entender a ésta como fluidificada comunicativamente, es decir, brotando de la formación discursiva de la opinión y la voluntad común que hace valer la sociedad civil desde los espacios públicos ante los cuerpos representativos donde toman forma las decisiones.⁹⁹ Como una soberanía sin sujeto, que se ha vuelto anónima y se ha disuelto en la intersubjetividad, que no se expresa sólo en los procedimientos formales, sino que se diluye en lo comunicativo y se sublima hasta volverse un conjunto de interacciones entre la formación de la voluntad institucionalizada y las vidas públicas ahora autónomas que se movilizan culturalmente.¹⁰⁰

Obsérvese, en suma, que el uso de enclaves deliberativos, dispersantes, extensivos y activos, que obliguen al intercambio de razones y permitan cierto grado de decisión, conseguirían superar el problema relativo a cómo modificar la Constitución de Mendoza dentro de un orden democrático que no contempla una instancia para su remplazo con involucramiento discursivo de los habitantes. Así pues, se entablaría un interesante puente —ya no cortado— entre el ejercicio del poder constituyente del pueblo y la soberanía popular. Dicho de otro modo, se concretaría el axioma de la soberanía popular en el ejercicio del poder constituyente del pueblo, logrando una genuina autodeterminación democrática y deliberativa.

V. APRECIACIONES CONCLUSIVAS

En una coyuntura en la cual se vislumbra la reiterada voluntad de bregar por poner en marcha la reforma de la centenaria Constitución de Mendoza, el presente trabajo tuvo por meta analizar críticamente la siguiente cuestión: qué rol ha de reservarse al pueblo en ese proceso. Tal pretensión estuvo motivada por el interrogante referido a cuáles son los motivos que llevan a que en la provincia no pueda concretarse una modificación integral y sustancial dotada de un robusto apoyo social. Si bien en respuesta a dicha pregunta suele contestarse que ello obedece al desinterés colectivo, y principalmente a la exclusiva búsqueda de la reelección del gobernador, en

⁹⁸ Colón-Ríos, Joel I., “*Five Conceptions of Constituent Power*”, *cit.*, pp. 318-323, 228-333.

⁹⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, *cit.*, p. 254.

¹⁰⁰ Habermas, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, *Cuadernos Políticos*, México, Era, núm. 57, mayo-agosto de 1989, p. 16.

cambio, el presente trabajo asumió como hipótesis que el fundamento se halla en que los intentos reformistas se ciñen exclusivamente a los procedimientos legales propios de un tipo de ingeniería constitucional, que desde los orígenes ha tenido como cometido expulsar al pueblo del manejo de lo político.

Tal es así, que hasta ahora, y salvo contadas excepciones, la articulación de los asuntos comunitarios ha sido una cuestión de la “sociedad cerrada”, vale decir, puramente de los órganos estatales. La meta estriba, entonces, en que se añadan a ellos todas las potencias públicas, toda la ciudadanía interesada y todos los grupos de la comunidad, a fin de que se abra el actual *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales, para dar espacio a una “sociedad abierta” de deliberación y participación.¹⁰¹

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We The People I. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- ALTERIO, Ana Micaela, “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, núm. 4, 2017.
- AMAR, Akhil, “Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 55, núm. 4, 1988.
- AMAR, Akhil, “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V”, *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994.
- ANASTAPLO, George, “The Constitution at Two Hundred: Explorations”, *Tex. Tech L. Rev.*, 1991, vol. 22.
- ARRIMADA, Lucas, “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, 2011.
- BESSETTE, Joseph, “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, en GOLDWIN, Robert y SCHAMBRA, Wi-

¹⁰¹ Häberle, Peter, “La sociedad abierta...”, *cit.*, p. 31.

- liam A. (eds.), *How Democratic is the Constitution?*, Washington, American Enterprise Institute, 1980.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- BRETTSCHNEIDER, Corey, *Democratic Rights: The Substance of Self-government*, Princeton, Princeton University Press, 2010.
- CAREY, John, “Does it Matter How a Constitution is Created?”, en BERANY, Zoltan y MOSER, Robert G. (ed.), *Is Democracy Exportable?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- COLÓN-RÍOS, Joel I., *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, Nueva York, Routledge, 2012.
- COLÓN-RÍOS, Joel I., “Five Conceptions of Constituent Power”, *Law Quarterly Review*, núm. 130, septiembre de 2013.
- CONTIADES, Xenophon y FONTIADOU, Alkmene, *Participatory Constitutional Change: The People as Amenders of the Constitution*, Londres-Nueva York, Routledge, 2016.
- DAVIES, Bleddyn, “Popular Participation and Legitimacy in Constitutional Change: Finding the Sovereign”, *Liverpool Law Review*, vol. 36, núm. 3, 2015.
- DINAN, John, *The American State Constitutional Tradition*, Kansas, Kansas University Press, 2009.
- DWORKIN, Ronald, *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, Barcelona, Paidós, 2008.
- EGÜES, Carlos A., *Historia constitucional de Mendoza. Los procesos de reforma*, Mendoza, EDIUNC, 2008.
- EGÜES, Carlos, “Las declaraciones de derechos en perspectiva ideológica”, en EGÜES, Carlos y SEGOVIA, Juan Fernando, *Los derechos del hombre y la idea republicana*, Mendoza, Depalma, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1994.
- ELSTER, Jon, “Legislatures as Constituent Assemblies”, en BAUMAN, Richard W. y KAHNA, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.
- ELSTER, Jon, “*The Optimal Design of a Constituent Assembly*”, en LANDEMORE, Hélène y ELSTER, Jon (eds.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

- FORST, Rainer, *Justificación y crítica. Perspectiva de una teoría crítica de la política*, Buenos Aires, Katz Editores, 2015.
- FRITZ, Christian, “Alternative Visions of American Constitutionalism: Popular Sovereignty and the Early American Debate”, *Hatings Constitutional Law Quarterly*, vol. 24, núm. 2, 1997.
- GARGARELLA, Roberto, *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.
- GARGARELLA, Roberto, “Crisis de representación y Constituciones contramayoritarias”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 2, abril de 1996.
- GARGARELLA, Roberto, “Piedras de papel y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2015.
- GARGARELLA, Roberto, “Creación constitucional en sociedades plurales. «La estrategia de acumulación»”, *Anales de la Universidad de Chile*, núm. 10, 2016.
- GINSBURG, Tom *et al.*, “Does the Process of Constitution-making Matter?”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009.
- GIUFFRÉ, C. Ignacio y LARA, Andrea (coords.), *Bases ciudadanas para la reforma constitucional de Mendoza*, Mendoza, Legislatura de Mendoza, 2017.
- HABERMAS, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, *Cuadernos Políticos*, México, Era, núm. 57, mayo-agosto de 1989.
- HABERMAS, Jürgen, “Tres modelos normativos de democracia”, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 6, núm. 11, 2008.

- HOFSTADTER, Richard, “The Founding Fathers: an Age of Realism”, *The American Political Tradition and the Men Who Made It*, Nueva York, Vintage Books, 1948.
- HONNETH, Axel, *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- HONORABLE CONVENCION CONSTITUYENTE, *Diario de Sesiones*, Mendoza, s. e., 1916.
- IBÁÑEZ ROSAZ, Víctor E., “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.
- BOYD, Julian P. (ed.), *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton, Princeton University Press, 1950, vol. 1, cap. 2, doc. 23, disponible en <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>.
- KALYVAS, Andreas, “Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power”, *Constellations*, vol. 12, núm. 2, 2005.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982.
- LAFONT, Cristina, “Democracia y deliberación pública”, en ARANGO, Rodolfo, *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.
- LANDEMORE, Hélène, “Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 23, núm. 2, 2015.
- LERNER, Hanna, “Constitution-Writing in Deeply Divided Societies: the Incrementalist Approach”, *Nations and Nationalism*, vol. 16, núm. 1, 2010.
- LINARES, Sebastián, “Un nuevo proceso de reforma constitucional para Argentina”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, vol. 17, julio de 2016.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Gobierno y administración de la República Argentina*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. I, 1959.
- MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Ediciones Orbis, libro I, 1984.

- NEGRETTO, Gabriel, “Los procesos constituyentes en América Latina. Una visión comparada”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, vol. 16, diciembre de 2015.
- NEGRETTO, Gabriel, “Procesos constituyentes y refundación democrática: el caso de Chile en perspectiva comparada”, *Revista de Ciencia Política*, Santiago, vol. 35, núm. 1, 2015.
- NEGRETTO, Gabriel, “El poder constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 3, 2016.
- OKPCIC, Zoran, “Constitutional (Re)vision: Sovereign Peoples, New Constituent Powers, and the Formation of Constitutional Orders in the Balkans”, *Constellations*, vol. 19, núm. 1, 2012.
- PAINE, Thomas, “Rights of Man”, *Collected Writings*, Nueva York, Library of America, 1995.
- PITKIN, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- PITKIN, Hanna Fenichel, “Representation and Democracy: Uneasy Alliance”, *Scandinavian Political Studies*, vol. 27, núm. 3, 2004.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.
- ROSANVALLON, Pierre, *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*, España, Ediciones Manantial, 2007.
- SAGÜES, Néstor P., “El concepto de elector en el artículo 221 de la Constitución de Mendoza”, *Jurisprudencia Argentina*, núm. 2, abril de 1988.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, México, UNAM, 1973.
- STEINER, Jürg, *The Foundations of Deliberative Democracy: Empirical Research and Normative Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- STRAUSS, David A., “The Irrelevance of Constitutional Amendments”, *Harvard Law Review*, 2001, vol. 114.
- TIERNEY, Stephen, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Londres, Oxford University Press, 2012.
- TUSHNET, Mark, “Constitution-making: An Introduction”, *Texas Law Review*, 2012, vol. 91.
- TUSHNET, Mark, “Peasants with Pitchforks, and Toilers with Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 3, 2015.