

**LIMITES FORMALES Y MATERIALES EN LAS REFORMAS  
CONSTITUCIONALES:  
EN TORNO A LA REFORMA MENDOCINA**

por la *Dra. María C. Castorina de Tarquini*

El tema propuesto “Reforma de la Constitución” hace necesario refrescar un concepto que, aunque conocido por todos, sirve para dar cohesión a la exposición. Previo a responder —cómo se reforma— debemos preguntarnos en virtud de qué, se reforma una constitución; a dicho interrogante responde el concepto de poder constituyente que, para Arturo Sampay consiste en la facultad originaria de la comunidad política soberana, destinada a proveerla en su origen o en sus transformaciones revolucionarias de la organización de su ser político y de su obrar regulada mediante normas fundamentales, para cuya creación ese poder constituyente no se haya limitado, en sus alcances ni en su modo de ejercicio, por reglas preexistentes de derecho positivo.<sup>1</sup>

Como claramente surge de la definición dada, no es este el poder, que se ha puesto en marcha con el dictado de la ley Provincial Mendocina N° 5197, sino que se trata de un poder limitado, precisamente, por la constitución anterior. Es decir, derivado de un orden positivo anterior; es pues, un poder constituyente no originario sino derivado, constituido o instituido en la terminología de Linares Quintana.<sup>2</sup>

---

1 Arturo Enrique SAMPAY: “Las facultades financieras de las Convenciones Constituyentes”, La Plata 1949, pág. 5.

2 Segundo V. LINARES QUINTANA: “Tratado de la Ciencia del **Derecho** Constitucional”, Plus Ultra, Bs. As., 1978, 2x Ed., pág. 201. Respecto al poder constituyente derivado dice Sánchez Viamonte que una vez dictada la Constitución, el poder constituyente como función entra en reposo, pero permanece vivo y operante en las disposiciones constitucionales en las cuales adquiere permanencia o por lo menos estabilidad. Su ejercicio no se agota. Permanece en estado virtual o de latencia, apto para ponerse en movimiento cada vez que sea necesaria la revisión de la Constitución o la reforma parcial de ella. Carlos SANCHEZ VIAMONTE, “El Poder Constituyente”, Ed. Bibliográfica, 1957, pág. 575.

Esta distinción entre poder constituyente y poder constituido es esencial al concepto racional de constitución: sólo al primero le corresponde determinar las futuras reformas parciales posibles. Como resulta infructuoso sustraer a la norma de la mutabilidad histórica, ésta impregnará la primera, la norma será permeable al cambio, sólo por los cauces y métodos que ella misma prevea: es decir por el método de reforma predeterminado y por un órgano especial.<sup>3</sup>

Para este tipo de constitución, al que obedece sin duda la nuestra, ella no es sólo la manifestación o expresión de un orden dado sino que es la creadora del orden: “De la misma manera que sólo la razón es capaz de poner orden en el caos de las fenómenos, así también sólo donde existe constitución en sentido normativo cabe hablar de orden y *estabilidad política*”.<sup>4</sup>

Alcanzada esta distinción entre poder constituyente y poder constituido, accedemos a otra que es fundamental para el concepto racional: la distinción formal, entre constitución y normas jurídicas ordinarias. La constitución y sus reformas deben surgir de un proceso y de órganos diversos de los que producen las leyes ordinarias. En suma, surge el concepto de constitución rígida que está por encima de las leyes, no sólo porque ontológicamente es de jerarquía superior, sino porque además formalmente, un procedimiento especial y dificultoso la coloca en un escalón más arriba que a las normas emanadas de procesos legislativos ordinarios.

Pero la presencia de una constitución rígida es a su vez, promovida por el principio de legalidad del constitucionalismo clásico en virtud del cual se obedece a la ley positiva y no a la persona.<sup>5</sup> Este principio tiende a la despersonalización del poder tratando de eliminar “los lectores irracionales de la política, para lograr plasmar la seguridad”.<sup>6</sup>

Es a la luz de estos principios que debemos analizar nuestro proceso de reforma provincial, especialmente porque se pretende efectuarla en forma total. ¿Implica ello una substitución o cambio de constitución?.

---

3 Luis SANCHEZ AGESTA: “Derecho Constitucional Comparado”, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1964, pág. 40 y 41.

4 Ibidem pág. 34.

5 Felipe SEISDEDOS: “El Principio de legalidad”, en Idearium, Mendoza, 1983, N° 8/9, pág. 187.

6 Luis SANCHEZ AGESTA: “La ciencia política y el análisis del proceso de decisión”, citado por Felipe SEISDEDOS, op. cit.

Es larga y suficientemente elocuente la doctrina nacional en su respuesta a este interrogante. Nos basta pues en este momento, hacer nuestro el pensamiento de Bidart Campos en el sentido de que un texto constitucional no puede tener cláusulas pétreas explícitas pero contendrá siempre contenidos implícitamente pétreos los cuales no son reformables *en tanto subsistan como expresión de una estructura social existente*. Estos contenidos por lo tanto sólo serán modificables cuando cambie esa estructura: “Mientras la estructura social subyacente no acuse transformaciones viscerales —que es tanto como decir, nuestra comunidad no deja de ser la misma, ni pierda su identidad— ese espíritu de la Constitución no podrá ser válidamente cambiado”.<sup>7</sup>

Este condicionamiento de la presencia de contenidos pétreos en la estructura social subyacente nos lleva de la mano al reconocimiento de límites en el ejercicio del poder constituyente.

Estos límites son de dos tipos, materiales y formales. En lo que a éstos últimos se refiere aún a riesgo de sobreabundar queremos recordar que siempre serán interpretados restrictivamente como consecuencia de la presencia de una constitución rígida.

#### LIMITES FORMALES

Los límites formales marcan en el proceso de reforma provinciana, diversas etapas.

1. — La primera etapa se cumple en la legislatura y ella encuentra en la constitución una serie de preceptos que condicionan su tarea.

##### a —NECESIDAD DE REFORMA

En primer lugar el artículo 220 de la Carta Provincial habla de necesidad de la reforma. La palabra necesidad es ya un condicionante; en efecto necesidad, no es sinónimo de conveniencia, ni de oportunidad. Una reforma es necesaria cuando resulta imprescindible, impostergable, ineludible, porque el cambio estructural operado en una sociedad por el transcurso del tiempo es de tal magnitud, que confrontado con la norma que la regula, revela un total desajuste.

Como dice Ekmekdjian, hablar de necesidad de reformar la constitución “significa que ella tiene carencias o —por el contrario— excesos normativos, que no responden a la estructura real del poder”. No

---

7 Germán BIDART CAMPOS: “Historia e ideología de la Constitución Argentina”, Ed. Idear, Bs. As., 1969, pág. 139.

es este el caso de nuestra Constitución que aunque nacida bajo el influjo de un liberalismo ecléctico no cierra definitivamente las puertas al cambio, sino que resulta permeable al mismo.

Que la Constitución acuse falta de actualización de algunas instituciones, normas que ya han sido superadas, falta de nuevos aires que la remocén, no cabe duda, pero ello no implica necesidad sino conveniencia y la conveniencia se relaciona con la oportunidad y este es ya otro tema. Con agudeza señala María Angélica Gelli que nuestra Constitución ha sido un valor histórico al cual se acudía como el objeto deseado cada vez que un golpe de estado quebraba la continuidad institucional. Sin embargo, una vez restauradas las instituciones democráticas reaparecen los cuestionamientos a la constitución histórica. Lo dicho para el orden jurídico político fundamental nacional, es válido para la provincia.<sup>8</sup>

#### b\_ QUORUM ESPECIAL

El mismo artículo 220 de la Constitución provinciana establece que la ley que declare la necesidad de la reforma deberá ser sancionada por “dos tercios de los miembros que componen cada Cámara”. Esta exigencia endurece aún más el proceso de reforma, a la vez que aclara y supera la discusión nacional.

El quorum requerido es un quorum especial diverso del que se necesita en el proceso ordinario de leyes. En efecto el artículo 102 establece que un proyecto desechado en todo o en parte por el ejecutivo al volver a las cámaras, insistiendo éstas con el voto de 2/3 de los miembros *presentes*, el proyecto será ley. El mismo quorum es requerido en el caso del artículo 103.

Esto nos marca la presencia de una Constitución rígida que consecuentemente establece un excepcional proceso para su modificación.

#### c\_ NATURALEZA PRECONSTITUYENTE DE LA DECISION DE LA LEGISLATURA

Finalmente el artículo comentado establece que la ley que declare la necesidad de la reforma no podrá ser vetada, confirmando así que ésta es una facultad de naturaleza diversa de la legislativa ya que im-

---

8 Sobre el tema pueden verse los siguientes trabajos recientemente publicados en el Boletín de la Asociación de Derecho Constitucional. Miguel Angel Ekmekdjian “Sobre la Reforma Constitucional”; María Angélica GELLI, “Necesidad de la reforma, no urgencia de la reforma”; Pamela BISSEIER, “Oportunidad, necesidad y conveniencia de la Reforma Constitucional”; Julio Eduardo CARO, “Necesidad, conveniencia y oportunidad de la Reforma”; Norberto PADILLA “Sobre la necesidad y conveniencia de la reforma constitucional”.

porta un acto que ha de conducir a la reforma constitucional. La función de la legislatura es en esta etapa, de promoción de un poder extraordinario del estado diversa de la que normalmente cumple en cuanto a la legislación y al control de los otros poderes.

Nuestra Carta se adapta a la diferenciación que al respecto formulan Sánchez Viamonte y Vanossi —dos funciones realizadas por órganos distintos: la preconstituyente realizada por el órgano legislativo ordinario y la constituyente realizada por un órgano extraordinario (la Convención).

2. —La segunda esta está a cargo del pueblo convocado, único titular legítimo del poder constituyente derivado.

El artículo 221 de la Constitución mendocina establece un referéndum obligatorio, decisorio: es el pueblo quién decide la realización o no de la reforma. La institución resulta saludable y acorde al proceso de democratización del poder en la Provincia, pues de esta manera se di cauce al principio de soberanía popular receptado en el artículo 4 de la Carta Provincial. La ideología democrática requiere que los detentadores del poder y el pueblo como cuerpo electoral, participen de un evento de tal magnitud. No escapa sin embargo, a nuestra intuición que la participación puede diluirse —tal como pasó en nuestra provincia— por la desinformación que impide la conformación de una opinión pública madura y conocedora de qué es lo que se vota. El electorado no debe encontrarse ante una alternativa que no alcanza a comprender cabalmente —¿Qué se va a reforma y en qué sentido? ¿Cuáles son los nuevos contenidos que han de introducirse?— son interrogantes de difícil respuesta para el hombre común, al cual si no se le satisfacen debidamente, sólo le queda recurrir a la disciplina partidaria o a un sentimiento de buena fe respecto de la futura tarea constituyente.

Más significativa sería la participación popular, para la entrada en vigencia del proyecto confeccionado por la Convención, lo que se lograría con el voto afirmativo de la mayoría del electorado. Cuerpo al que en la provincia se le ha reconocido especialmente como partícipe de la conducción política ya que en la reciente reforma constitucional de 1985 se modifica la forma de elección indirecta de gobernador por la elección directa. Institucionalizando de esta manera la diferencia entre pueblo y representantes, quienes alejan al primero de la toma de decisión ya que la teoría del mandato representativo —no imperativo— deja librada la decisión política al criterio de los representantes. La aceptación de la necesidad de la reforma, es la aceptación de la necesidad de un cambio y ésta, es una decisión que le compete primordialmente al ciudadano común que sufre la crisis estructural. Ese “cambio

requiere el acuerdo de por lo menos la mayoría de los ciudadanos y para ello es menester requerir la opinión pública que, consecuentemente, asuma esa crisis y las consecuencias que ella podría acarrear, para arribar al cambio que se le propone”.<sup>9</sup>

Por ello es tan importante el tema del número de la consulta popular.

Al respecto se ha desatado en la Provincia una ardiente polémica acerca de si se dan o no las condiciones para convocar a la Convención Constituyente.

El artículo 221 dice, que si la mayoría de los electores votasen afirmativamente el Poder Ejecutivo convocará a una convención.

En ocasión de las últimas elecciones del mes de setiembre de, 1987 de un total de 803.940 empadronados sólo votaron en favor de la reforma aproximadamente unos 300.000, en contra unos 100.000 y hubo 100.000 abstenciones.

Más allá de la discusión sobre el tipo de mayoría requerida —absoluta o relativa— respecto a la cual el artículo nada dice y los debates de la Convención Constituyente de 1916 nada aclaran.

Más allá del significado del silencio en el derecho, como conducta inexpresiva o neutra; del sentido a dárseles a las abstenciones; de lo que debe entenderse por electores.<sup>10</sup> Hay algo que surge diáfano en nuestras conciencias y que no podrá negarse ningún político responsable, y es el hecho de que en el espíritu de nuestra constitución el “pueblo” es quién debía tener la última palabra acerca de la convocatoria o no a la convención. Este derecho no ha sido ejercido porque tal como lo señaláramos la falta de información ha provocado la desconfianza o la apatía, puesta de manifiesto en el gran número de abstenciones.

Y este derecho no ejercido altera la mecánica normal del proceso de reforma de manera vital. Los mecanismos de reforma no responden sólo a un principio de formalismo, sino a una valoración de esencia y profundidad del sistema republicano que pretende salvar el principio de legalidad y su continuidad.

No se ha hecho presente el protagonista principal de esta segunda etapa de reforma: el pueblo.

3. — Finalmente la tercera etapa es desarrollada por la convención. La Constitución también fija límites formales al desenvolvimien-

---

9 Miguel Ángel Ekmekdjian, op. cit.

10 Término que no admite discusión alguna ya que la ley Electoral N° 2551 aclara que el elector es quien está empadronado. Arts. 1-2-3-4-5-6-7 y 8.

to de la Convención: verbigracia imponiéndole un plazo para realizar su cometido —un año vencido el cual caducará su mandato— tal como lo establece el artículo 222.

Pero la Convención Mendocina, además en el caso actual, se baya limitada por la ley que declaró la necesidad de la reforma. Así por ejemplo el artículo 4 de la ley N° 5197 dispone que el Ejecutivo podrá disponer la preparación de un anteproyecto constitucional o bien podrá encomendar sin cargo la confección de un proyecto.

Por último, la Convención al dictarse su reglamento interno, el que le fijará su funcionamiento, podrá disponer cuáles son las mayorías requeridas para la aprobación de los puntos de reforma lo que implica una autolimitación.

### LIMITES MATERIALES

En lo que a los límites materiales se refiere son diversos los conceptos que debemos abordar y van desde contenidos del derecho positivo a valores supranormativos.

- a) Así en un primer lugar cabe recordar que como consecuencia de la supremacía jurídico política de lo nacional en nuestro estado federal, surge el hecho de que si bien las provincias ejercen un poder constituyente inherente a su calidad de autónomas, este poder es condicionado por el ordenamiento supremo (art. 5 y 31 de la C. N.). Por tal motivo este poder que ejercen es de segundo grado. Está pues subordinado en cuanto al régimen político, al respeto de los derechos y garantías; y en el orden de las instituciones, comprometida a la administración de justicia, a la educación primaria y con el régimen municipal.

Esta dependencia del orden provincial nos lleva nuevamente a una reflexión de oportunidad: —si bien es cierto, que se han aquietado los vientos de reforma de la Constitución nacional, frente a la posibilidad de la misma ¿resulta oportuno, adelantarse en el orden provincial?—. Es este un interrogante que debe ser respondido con cautela.

- b) Cabe detenerse también aquí, aunque sea brevemente, en lo que ya dejamos enunciado: los contenidos pétreos y la ideología en la estructura social subyacente. Estos límites son ajenos al derecho positivo y “afectan no sólo al llamado poder constituyente originario, sino también al denominado poder constituyente derivado: cualquier clase de asamblea constituyente tendrá que vérselas con estos factores que la limitan o condicionan en sus

decisiones... Siempre el constituyente tendrá en cuenta la ideología dominante (la propia) y nunca podrá escapar a la realidad social que lo circunda”.<sup>11</sup>

Las palabras de Vanossi van dirigidas a advertir que en caso de que estos límites no fueran observados el plan del legislador podría caer como prédica en el desierto y la constitución carecer de *vigencia*. De nada valdrán los esfuerzos de la convención constituyente para imponerla si no cuenta con un mínimo de consenso y acatamiento del pueblo y ello surge en la medida en que la nueva Constitución ha respetado valores esenciales para esa comunidad a la cual regirá.<sup>12</sup>

- c) Cabe destacar otra pauta a tener en cuenta en materia de límites materiales: estabilidad. El tema de la vigencia, está íntimamente relacionado con el de la estabilidad institucional y la continuidad jurídica. En efecto, si pensamos en la norma fundamental como aquella que organiza las supremas magistraturas en el sentido Aristotélico, es necesario pensar que las instituciones son proyectadas para el futuro, para subsistir: las instituciones requieren por naturaleza una permanencia temporal. Esta estabilidad institucional se traduce en la continuidad jurídica que no se opone al cambio, pero que requiere, que éste se opere dentro del marco jurídico existente.<sup>13</sup>

Dicha estabilidad se logra en el efectivo cumplimiento de las normas, de manera que el ejercicio del poder constituyente derivado encuentra aquí el nuevo límite, esta vez de carácter jurídico positivo, en la mecánica de la reforma establecida por la Constitución mendocina de 1916; dicho límite aparentemente formal se torna substancial, si pensamos que de la vigencia (o sea del cumplimiento, del acatamiento de la norma) dependen la continuidad jurídica y la estabilidad. Es terminante Mario Justo López cuando dice: “No hay Constitución —aunque otra cosa se diga— si las normas jurídicas fundamentales carecen de estabilidad, continuidad y vigencia”.<sup>14</sup>

---

11 Jorge Reynaldo VANOSSI: “Teoría Constitucional”, Depalma, Bs. As., 1975, T. I, pág. 177.

12 Juan Francisco LINARES: “El Pueblo como constituyente originario”, antecipo de Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XII. 2a época, N° 9, pág. 97, citado por Jorge Reynaldo VANOSSI, op. cit.

13 Mario Justo LOPEZ: “Introducción a los estudios políticos”, Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 92.

14 Ibidem, pág. 93.

Esta preocupación por la vigencia de la ley y su consecuente estabilidad ya fue puesto de manifiesto por Alberdi quien desconfiaba de los cambios frecuentes. Así lo expone claramente Pérez Guilhou quien cita las siguientes palabras del tucumano: “el principal medio de afianzar el respeto de la constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. . . Conservar la constitución es el secreto del tener constitución”.<sup>15</sup>

- d) Finalmente para quienes creemos en la historia, el proceso de reforma debe implicar el reconocimiento de la constitución real, que acoge en su seno una nación y una provincia fruto de un orden histórico y cultural concreto, enriquecido y singularizado en un crecimiento producto de una evolución material. Este reconocimiento es condición sine cuanon de la vigencia de la futura constitución.

Es por eso que afirma Luna: “que para nosotros existen límites materiales al poder constituyente aún cuando no se expresen en el texto constitucional, pero que implícitamente se encuentran reconocidos en él, impregnado de un profundo historicismo que le permite perdurar y mantenerse vigente dentro de los sucesivos cambios y transformaciones que sufre la realidad”.<sup>16</sup>

Frente a la inminencia de la reforma es preciso tener en cuenta estos principios, tendientes a preservar las instituciones que durante más de 70 años han sido herramienta eficaz en el gobierno de la provincia y limitar el cambio a aquellos aspectos en que la carta fundamental ha quedado desactualizada.

Lo expuesto va dirigido a remarcar enfáticamente que aún tratándose de reforma total, como es el caso de Mendoza, no cabe hablar bajo ningún concepto de falta de límites, por el contrario, como bien dice Vanossi: “la limitación del poder surge y se nutre de su condición de poder regulado por la propia constitución vigente, que ha estipulado las condiciones formales y procesales para la puesta en movimiento del poder constituyente derivado o reformador”.<sup>17</sup>

---

15 Juan Bautista ALBERDI: “Bases”, Capítulo XXXIV, pág. 255, citado por Dardo PEREZ GUILHOU en “El Pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1953”, Depalma, Bs. As., 1984.

16 Eduardo Fernando LUNA: “El poder constituyente y la proyectada reforma de la Constitución Mendocina”, en *El Derecho*, 1985, T. 114, N° 6293.

17 Jorge Reinaldo VANOSI, op. cit., pág. 393.

Ese poder derivado, instituido está subordinado y supraordenado: no puede desligarse del ordenamiento anterior en donde encuentra su legitimidad y a la vez en la medida en que sea ejercido dentro del marco constitucional, tomando ahora el concepto de constitución material, tendrá, además de validez, vigencia.

Así pues los futuros convencionales mendocinos deberán recordar que pese a integrar un órgano con poderes extraordinarios —de ahí, que lo calificuemos de supraordenado— no podrá soslayar los límites jurídicos y extrajurídicos a riesgo de que su obra sea infructuosa.

Una reforma total no puede en modo alguno implicar un cheque en blanco para los convencionales; no importa pues una substitución, producto revolucionario, sino una actualización; es como su nombre lo indica, una reforma, y ello significa actualizarla a fin de adecuarla a los cambios sufridos por la realidad a la que va dirigida”.<sup>18</sup>

---

18 William R. Harbour, sostiene que contrariamente a lo que haría esperar la imagen popular de los conservadores, los mismos reconocen que las sociedades existentes están llenas de defectos y que necesitan con frecuencia reforma. La idea de reforma juega un papel importante en su pensamiento político y social...

Una de las principales razones aducidas por los conservadores en favor de las estrategias reformistas... es justamente, su capacidad para ayudar a prevenir revoluciones. William R. Harbour *El Pensamiento Conservador*. Grupo Editor Latino Americano, Bs. As., 1985.