

Presentación como Amigo del Tribunal en el Juicio del MOVIMIENTO POPULAR TRES BANDERAS (MP3) vs. PROVINCIA DE TUCUMÁN, s/INCONSTITUCIONALIDAD.- Expte: 750/06.-

Respondiendo a la convocatoria hecha por la justicia que entiende en el Juicio del Movimiento Popular Tres Banderas (MP3) contra la Provincia de Tucumán s/ Inconstitucionalidad – Expte 750/06, me presento como “Amigo del Tribunal” ante V.E. para brindar mi opinión pertinente y fundada en defensa de un interés público y de una cuestión institucional relevante que me parece, además, revestir particular gravedad para las instituciones republicanas y democráticas de la provincia. Ello se ventila en el juicio arriba mencionado; y el núcleo del litigio versa sobre la incorporación de la Junta Electoral Provincial - con determinada composición o integración orgánica- en el artículo 43 inciso 14 de la Constitución de Tucumán; y también sobre la incorporación de una prohibición constitucional de imponer licencias a los funcionarios públicos que sean candidatos en elecciones, en el artículo 43 inciso 16 de la Constitución de Tucumán).

Habiéndome interiorizado de la demanda presentada por Alejandro Carlos Sangenis (DNI 7.653.117), con el patrocinio del abogado Rodolfo Tercero Burgos, la hago mía en los términos expuestos en que ella está formulada: El demandante dice en el escrito: “Vengo a interponer acción de inconstitucionalidad en los términos de los artículos 4 y 89 del Código Procesal Constitucional (en adelante C.P.C.T.) contra el Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán. A través de la presente acción, y en los términos del art. 3º de la Ley 7469, solicitaré que se declare la nulidad de la incorporación de los

incisos 14 y 16 al art. 43 de la Constitución Provincial por haber sido agregados al texto de la Carta Magna sin que los temas que regulan hayan estado habilitados para reformar por parte de la Asamblea Constituyente.-“

Mi opinión como amigo del tribunal a este respecto se funda desde la formalidad y la materialidad de la perspectiva filosófico-jurídica y filosófico política, y, más específicamente la argumentación que expondré a continuación hace pie en la obra señera del iusfilósofo mexicano Diego Valadés, en su texto sobre *El control del Poder*¹.

Y asumo este ángulo de análisis de la cuestión por entender que tanto “la incorporación de la Junta Electoral Provincial” como “la incorporación de una prohibición constitucional de imponer licencias a los funcionarios públicos que sean candidatos en elecciones” promovidas por el ejecutivo provincial –núcleo del litigio-, son claras expresiones de un “abuso de poder”, y, concomitantemente, un intento de ampliar la discrecionalidad del propio ejecutivo en desmedro de las instituciones republicanas y democráticas de la provincia, tal como las conceptualiza Valadés en el libro que glosaré. Todo lo cual, obviamente, colisiona además con las prescripciones de la Constitución Nacional argentina y con los Tratados Internacionales a que ésta se adscribe. Es por ello, señor Juez, que estimo legítima y razonable la demanda interpuesta por el MP3 para aspirar a que, por medio de su sentencia, se ejerza el control de constitucionalidad de esos institutos así –presuntamente- afectados y se haga justicia.

En tal sentido comparto, además, con el demandante que V.E. *es competente* para entender en la presente causa, apoyado en la sentencia

¹ Diego Valadés; *El control del poder*; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México, EDIAR, Buenos Aires, 2005

caratulada “ARIAS, VÍCTOR HUGO Y OTRO VS. PROVINCIA DE TUCUMÁN S/ INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 7435” (sentencia 267/2005) en la que señaló que “*de los términos de los dos primeros párrafos del art. 4 del CPCT (ley 6944) se desprende que si la acción de inconstitucionalidad está dirigida contra una ley -acto emanado del Poder Legislativo-, se interpone y sustancia ante la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, este Tribunal es competente para intervenir en la acción declarativa de inconstitucionalidad de la ley 7469 que motiva la presente causa*”. A ello el demandante añade que si bien, la presente acción no es sino una articulación derivada del mismo proceso constituyente de reforma y su objeto central es obtener un pronunciamiento de la Justicia acerca de la labor desarrollada por la Convención Constituyente, su adecuación a los límites y penalidades establecidos por **la misma Ley 7.469** y la correlación de las disposiciones sancionadas con normas de indudable jerarquía superior.

La demanda califica esta presentación como generadora de una extrema gravedad institucional en la que está incurriendo la provincia de Tucumán, en la medida en que implica la revisión judicial de cláusulas constitucionales, originadas en la actuación de una Convención Reformadora en ejercicio del poder constituyente del año 2006, justificando asimismo la competencia de V.E.; toda vez que, en la hipótesis de admitir la procedencia de la acción, deberían emitir pronunciamiento declarando nulas o inconstitucionales las normas de la Constitución que aparecen aquí en crisis seria.

Es más, aun en el caso de que estas peticiones no fueran consideradas admisibles por V.E., dice el demandante, violentan expresamente la letra de los artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 25 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y XX° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, todas convenciones internacionales de suprema jerarquía conforme el bloque de constitucionalidad federal que emana del art. 75 inc. 22 C.N.

Sobre ese fundamento jurídico, entiendo que el demandante legítima y razonablemente le solicita a V.E. para que declare la nulidad y/o inconstitucionalidad de los incisos 14 y 16 del art. 43 de la Constitución de la Provincia de Tucumán. Y ello en razón de que si no se obtuviera este resguardo judicial solicitado “el *control* de la faz agonal del proceso político quedará a voluntad del partido de gobierno, en un marco de competencia no igualitario para aspirar a ejercer las funciones públicas, con afectación real de los derechos cuya protección” están demandando al Señor Juez en esta acción. (negritas y cursivas añadidas)

“Poder y Control, Control y Poder”, esa es la cuestión fundamental aquí tratada. Es la expresión que usa Germán J. Bidart Campos para prologar el libro de Diego Valadés mencionado previamente. Y es que, *El control del poder* – prosigue el prestigioso constitucionalista argentino-, atrapa la atención de cuantos, aun si son profanos en la materia, tienen interés de convivir dentro de un sistema democrático que presupone y exige el respeto a la persona humana y a sus derechos. Y es que la libertad incita las más íntimas vivencias de los seres humanos, y hace intuir que un poder sin control –un poder descontrolado- equivale a un “abuso de poder”, lesivo de la libertad.

No se puede no compartir esta reflexión, mas a ella hay que adscribirle una cuestión ulterior, antigua y siempre vigente: ¿Quién custodia al custodio? O

¿Quién controla al controlador? A afrontar estos cuestionamientos liminares se aboca Valadés en su obra señera y trascendente. Para controlar al poder se ha de buscar y lograr, del mejor modo posible, que el controlador final ofrezca garantías suficientes, para que su última palabra satisfaga a la libertad, a la democracia, al Estado de justicia, y a los valores allí comprometidos. Y acá sí, en sentido práctico, le incumbe y concierne al derecho constitucional y a la Constitución del Estado democrático erigir un último control eficaz y eficiente de estos asuntos del Derecho Público y del Derecho Constitucional; y eso, entiendo, es lo que se le está pidiendo a V.E. Y ello en aras de la salvaguarda del Estado de Derecho y de las instituciones de la República y de la Democracia.

Esto es así pues ya desde la vieja “división de poderes” que, de consuno con los derechos del hombre, hacen de núcleo al Estado del constitucionalismo moderno, hasta nuestros días, la tendencia a limitar al poder y someterlo a control fue y es la sana doctrina filosófico-jurídica y filosófico política que se abre paso y busca plasmarse en las conformaciones jurídicas y políticas más consistentes y promisorias de las democracias modernas. Es así que Valadés aborda el problema del control del poder considerándolo como “el eje de la vida institucional en nuestro tiempo”. Y el ejercicio de los controles, añade, está condicionado por factores que tienen que ver con la lucha *por* el poder y *en* el poder.

Los controles políticos y sociales, advierte Valadés, no se han estudiado con la necesaria profundidad, y ello se debe a que los controles no constituyen un universo aislado, sino que son simplemente expresión del proyecto constitucional de una sociedad. Y no hay que subestimar que en los sistemas políticos que privilegian un ejecutivo fuerte (sea en la cabeza del presidente, sea

–como en el caso de la presente demanda- en la del gobernador), se produce “un predominio desorbitado del titular del Ejecutivo, que en ocasiones se transforma en dictadura personal”. Un poder sin control deriva hacia formas autocráticas, aunque estuviesen investidas de una pátina de legitimidad democrática (sin entrar aquí a hacer cuestión cuál fuese la calidad de la legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio del actual gobiernos “fuerte” de Tucumán).

Avanzando en la materia, Diego Valadés señala que los instrumentos de control quedan profundamente condicionados en su ejercicio por criterios de naturaleza política. Por ello, los partidos, los medios de comunicación y la sociedad civil asumen una relevancia que no podrá justificarse de otra manera, ya que se trata de verificar, matizar, atestiguar y a veces impulsar el uso del poder coactivo del Estado, por el Estado y contra el Estado, como lo testimonia fehacientemente esta misma convocatoria a “amigos del tribunal” que a impulsado V.E.

Otro punto capital de esta tesis de Valadés, refiriéndose al control del poder como fenómeno, pivota en torno a la forma en que el poder es susceptible de ser controlado. Y, señala el jurista mexicano, aun cuando la discusión moderna reporta el origen del tema al momento de los planteamientos de Locke y Montesquieu, en especial por sus aportaciones de la teoría de la separación de poderes y de los balances y contrapesos que deben existir en el ejercicio de las funciones del poder, el problema va más allá de su enunciación doctrinaria y está en el centro mismo del ejercicio del poder, y del control que es preciso ejercer sobre el mismo.

Tal como lo señala nuestro autor, no deja de ser también muy significativo que en materia de control sólo son sustantivas las normas que

establecen la facultad de los órganos del poder para equilibrarse y limitarse mutuamente a efecto de proteger la libertad individual y colectiva de los gobernados. En tal sentido, otra observación atinada a este respecto de Valadés – que tiene estrecha conectividad con el presente litigio de promoción de inconstitucionalidad promovido por el MP3- es que la precisión en el enunciado normativo de los instrumentos de control tiene una consecuencia importante: “los controles permiten reducir el margen de discrecionalidad de la autoridad política, y el rigor técnico con el que estén contruidos y expresados ayuda a atenuar, a su vez, la discrecionalidad de los agentes políticos que los utilizan. De no ser así, se genera un círculo vicioso que acentúa los aspectos patológicos del ejercicio del poder, y en lugar de limitar la arbitrariedad, la magnifica, en perjuicio de las libertades”, sostiene Valadés.

Ahora bien, el jurista mexicano se pregunta cabalmente si es posible el control del poder. Y la pregunta es pertinente pues la propia expresión “controlar el poder”, dice, contiene un enunciado “en apariencia paradójico”. El poder tiende, por sí, a la concentración de poder; y sólo un esfuerzo conceptual de lúcido discernimiento plantea la “división” del poder, para lo cual se tiene que pluralizar lo que en esencia es unitario. Lo que aquí se enfatiza es el fortalecer “los procesos democráticos de la legitimación del poder”, de lo que no puede estar ausente la esencial y sustantiva misión del “control del poder”. En los días que corren, se nos enseña aquí, existe una fuerte tendencia reclamando el poder para la sociedad civil. Y ello aparece como una opción de la llamada “democracia participativa”, acompañada de un conjunto de organismos denominados “no gubernamentales”, y que demandan la “ciudadanización” de

los instrumentos de poder, desde los órganos administrativos hasta los de contenidos político típicos, como son los partidos políticos.

Y, lo que en el fondo se agita en todo esto, afirma Valadés, es “la preocupación secular por evitar *los excesos del poder*, bajo cuyos efectos ha vivido la humanidad durante la mayor parte de su historia. De allí se deriva que separar los poderes o controlar el poder es una necesidad para la subsistencia de la libertad. Tanto mayor sea la órbita de la influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa”.

Otra cuestión capital que pone en juego la suerte del Estado de Derecho y la calidad institucional de una República Democrática moderna es lo que Valadés llama “las percepciones del poder”. Éstas se pueden agrupar en tres grandes, tendencias: la exaltación, la deturpación (sic: deformación) y una más de racionalización, afirma el jurista mexicano. Las posiciones extrema le confieren al poder un carácter maniqueo; para unos es bueno, para otros es malo. Unos abogan por la divinización del poder, otros por su demonización; y allí el poder se resuelve por su afirmación o por su nulificación categóricas. En su expresión práctica, uno de esos extremos conduce al totalitarismo, otro al anarquismo, y, la vertiente racional, a la democracia.

La polémica en torno al poder tiene una rica historia en el pensamiento político y jurídico. La primer síntesis corresponde a Aristóteles, para quien todos los gobiernos (siempre de los poderosos), sin excepción, no son sino la corrupción de la Constitución perfecta, y por eso “todas las Constituciones cambian, la mayor parte de las veces hacia su contrario” (Política, 1316^a). Las grandes reelaboraciones filosófico-políticas en torno al poder, que han condicionado nuestra forma de entenderlo, sin embargo, son bastante más

cercanas a nuestro tiempo. Maquiavelo y Hobbes, en el territorio de la exaltación del poder, Rousseau en la perspectiva opuesta; la búsqueda de la racionalización del poder, a cargo de Locke y Montesquieu. Otra expresión de los radicalismos se alcanzaría en el siglo XIX: Marx, por un lado; Proudhon, en el punto opuesto.

Pero un nuevo fenómeno permitió el arreglo de las tendencias excluyentes: **el constitucionalismo**. Al identificarse la posibilidad de que el poder tuviera un estatuto jurídico, y al intuirse que las modalidades serían tan amplias como la imaginación permitiera, las Constituciones surgieron como el gran instrumento de conciliación entre dichas posiciones extremas. Y, para atenuar los efectos de la lucha contra el poder, el constitucionalismo transfirió al espacio normado una buena parte de esa contienda; le impuso reglas y límites, y le llamó “separación de poderes”. Así, ahora tenemos el tercer género de la lucha: “la lucha en el poder”.

Después 1789 y del debate de la Revolución Francesa, y por sus efectos, se determinó que la Constitución debía crear un nuevo ordenamiento jurídico y político. Al triunfar esta tesis, frente a la “restauracionista” del antiguo orden, el constitucionalismo surgía como instrumento fundacional. Por eso pudo acoger la tesis contractualista de la soberanía popular y la de la ley como expresión de la voluntad general, y dejó planteados los intrincados problemas de la representación y de la reforma constitucional, que darían pábulo a los mayores desencuentros políticos durante el largo proceso de acomodamiento de las sociedades con sus Constituciones; y no pocas de ellas persisten hasta nuestros días. No está de más acotar aquí que el proceso de la reforma de la Constitución Provincial de Tucumán (2006), impulsada por el ejecutivo provincial, es la que

está en el foco del litigio planteado por la presente acción que promueve la inconstitucionalidad de los artículos aquí en disputa.

Un nuevo giro de esta reflexión en torno al poder nos plantea la alternativa de **conflicto o consenso**. Valadés recapitula este punto diciendo que las tendencias de la exclusión o el **conflicto** para zanjar la cuestión del poder subsisten, sin embargo, la contraposición zoroástrica del bien y del mal, que encuentra ecos directos en la disyuntiva maquiavélica amor-temor por el príncipe, y en la dualidad schmittiana amigo-enemigo en la política, resuelve pocos problemas y genera muchos estragos; de lo que en la política actual de Argentina y de Tucumán hay sobradas muestras. Con todo, no deja de ser alentador –y esta presentación de amigo del tribunal quiere inscribirse allí-, que la idea del **consenso** va ganando cada día más adeptos. También para el proceso de reformas constitucionales, se sabe, cuenta más la construcción de consensos que la exacerbación de conflictos. Y no es casual que quienes detentan el poder autocráticamente se inclinen más por estos que por aquellos. Esta es la lógica de la autocracia; aquella la ética de la democracia.

Valadés avanza en el estudio de la naturaleza contractual de los controles. Y allí apela a la rica historia del pensamiento constitucionalista que ha ido sentando mojones para afianzar la dimensión constitutiva del “control del poder” para salvaguardar la calidad institucional de las repúblicas democráticas. Sobre lo cual Altusio, apelando al senador romano Marco Valerio, afirmó que “apenas hay otra cosa más útil para defender la salud y libertad de la república que utilizar la plebe para llevar los asuntos (públicos), (pues) la administración de la república de tal suerte se modera, que no está sólo en el poder de los aristócratas ni sólo en poder de los plebeyos”. Complementariamente Valadés se

refiere al texto sobre “Los límites de la soberanía” del abate Siéyes, quien análogamente plantea –en el contexto revolucionario moderno- la distinción entre *control político* y *control jurídico*, y, por primera vez, con relación a este último, propone el **control de constitucionalidad**, reforzando esta tesis afirmando que “la Constitución ha de atribuir a la fuerza moral y física de la masa, o a una representación cualquiera de esta fuerza, el control necesario a efectos de que las leyes aprobadas por la mayoría no vulneren la Constitución”.

Otros pensadores significativos que abordaron el tópico fueron los alemanes Fichte y Hegel, continúa Valadés. Y, más allá de sus significativas diferencias conceptuales, ofrecen la versión iusfilosófica moderna del control de poder. En tal sentido Hegel afirma que “sólo el poder puede actuar sobre el poder”. Y este es el tema del “*poder del control*”; pues, por definición, controlar al poder es un acto de poder. No se controla al poder desde fuera del poder, ni sin poder, ni contra el poder. Controlar al poder es una manifestación de poder. Ésta es, si me permite V.E., la pertinencia y trascendencia de apelar al Poder Judicial para que ejerza en este caso en disputa ese *control de constitucionalidad* que entendemos que está siendo seriamente vulnerado por los artículos de marras aquí impugnados.

Para complementar lo dicho es pertinente destacar que, en la actualidad, los dos “poderes” existentes son el de **gobernar** (que incluye la función normativa) y el de **controlar**. Políticamente, el primero atañe a la mayoría, y el segundo a las minorías. Y la afirmación de que el poder controla al poder, debida a Montesquieu, corresponde a un hecho incontrovertible. Si el control se ejerciera desde fuera del poder denotaría, en realidad, la existencia de dos poderes, lo cual carece de sustentación lógica; si el control se ejerciera contra el

poder, supondría que es autodestructivo, lo que resulta opuesto al propósito del control. El control del poder tiene un doble objeto: la defensa de las libertades, por lo que se refiere al interés de los gobernados y, desde la perspectiva del interés del poder, la preservación de su legitimidad. El control, por tanto, no se ejerce para destruir ni para sustituir al poder, se ejerce por el propio poder para su mantenimiento.

De acuerdo con el interés del poder, todo aquello que debilite o tienda a debilitar los instrumentos de control, afecta la legitimidad del poder. Es así que tanto los destinatarios del poder cuanto sus titulares, deben mantener una actitud vigilante para evitar, hasta donde esto sea posible, las conductas de los agentes políticos que desvirtúen el ejercicio de los controles. El “enemigo del pueblo”, en términos de Ibsen, no está en el adversario del poder que aspira a su limitación, sino en el partidario del poder excesivo que, sin proponérselo, lleva el poder a la ilegitimidad y, por lo mismo, al colapso.

Para elucidar más a fondo la cuestión sustantiva del “control del poder” Valadés se adentra en la relación entre “poder y legitimidad”. Y en tal sentido apela aquí al pensamiento de Guglielmo Ferrero, quien –promediando el siglo XX- hizo un notable ejercicio de racionalización de las reacciones sociopolíticas, ofreciendo una versátil clasificación de los sistemas políticos según su legitimidad. Y, en palabras del propio Ferrero, se conceptualiza la legitimación como “un acuerdo tácito entre gobernantes y gobernados, en virtud del cual se establecen ciertos principios y reglas que sirven de pauta para fijar las atribuciones y límites a las que (deben) sujetar sus acciones los titulares del poder”. Y, para llegar a este concepto, el iusfilósofo italiano, examina en su obra uno de los elementos más significativos de la falta de legitimidad: el miedo del

usurpador (gobernador sin legitimidad), que lo inclina a la represión de la libertad. Y esta tesis de Ferrero es sugerente: quien carece de legitimidad es un usurpador, el usurpador sólo se sostiene en el ejercicio del poder mediante la represión, y la represión es producto del miedo por saberse ilegítimo.

No obstante la lucidez de esa argumentación, Valadés argumenta con un matiz que no es menos sugerente, aduciendo que el propio Ferrero, sin duda consciente de que su tesis podría leerse como la explicación del “buen usurpador”, da un giro inteligente y apunta que el origen del miedo no es la conciencia afligida del usurpador, sino la irritación latente o manifiesta, de los gobernados que “no le han dado su consentimiento para el ejercicio del poder”. Y así el jurista italiano identifica la legitimidad con dos principios: soberanía y representación; y ésta se expresa a su vez por dos vías: el derecho de oposición y la libertad de sufragio. Y en esos términos la construcción conceptual de Ferrero adquiere sentido: “sólo hay poder legítimo cuando emana de un proceso democrático”.

El concepto de legitimidad de Ferrero contiene por tanto dos ideas complementarias: legalidad y consentimiento. La legalidad caracteriza la acción del gobernante, y el consentimiento la actitud del gobernado. Y sólo la relación armónica entre esos dos factores es lo que imprime el perfil al ejercicio democrático del poder. Estimo que está claro que en la presente demanda para promover la inconstitucionalidad de los artículos aquí impugnado, existe una seria duda sobre la legalidad o constitucionalidad de esas normas, y no es menos claro que hay significativas muestras de falta de consentimiento de los gobernados. También es clave, como sostiene el propio Ferrero, que “la

legitimidad es la base de la conformidad con la ley positiva”, y “la legitimidad es fundamental en el ejercicio (recto y justo) del poder (en democracia)”.

Cuando se estudia el fenómeno de “la quiebra de las democracias” se trazan las líneas próximas a la “quiebra de la legitimidad”. Pero estos fenómenos, extremadamente complejos, colocan a estos análisis en dimensiones que lindan con el “ámbito de lo misterioso”, ello explica que el propio Ferrero subtitule a su obra “los genios invisibles de la ciudad”. Y uno de esos factores que permanecen en la penumbra, y dificultan la reflexión y la elucidación de esos “misterios” es la cuestión del *tiempo*, elemento clave para justipreciar la viabilidad de una medida política. El problema consiste aquí en que la oportunidad de una *decisión* sólo puede apreciarse *ex post facto*, porque toda consideración previa es estrictamente conjetural, dice Valadés. Y en este nudo enigmático o problemático, sin cuestionar un ápice el valor de lo científico en el estudio de la política, tampoco se puede desconocer la relevancia de lo intuitivo en el ejercicio de la política, sostiene nuestro autor.

Y todo este proceso, añade Valadés, resulta importante para apreciar la función de los *controles del poder*. Y, el ejercicio de los controles tiene un doble efecto: hace predecibles y hace confiables las acciones del poder; lo que se coloca en las antípodas del ejercicio autocrático del poder, que se define por su falta de transparencia, por su arbitrariedad y su falta de confiabilidad. El ejercicio recto del control del poder consiste, pues, no en “adivinar” lo que habrá de ocurrir, sino en el sentido de que, por una suposición fundada, es posible esperar una cierta congruencia entre la conducta actual y la conducta futura de quien ejerce el poder. La fiabilidad reside, literalmente, en la “probabilidad del

buen funcionamiento de una cosa”. Y, es obvio, que un poder descontrolado no funciona bien.

El poder, además, ha de ser estudiado desde los equilibrios y resistencias que resultan de su ejercicio. Pues dicho poder resulta de la relación entre las funciones del Estado y los órganos *constitucionales* a los que se confiere la titularidad y la competencia de ejercerlo. Ya se dijo que el control es inherente al ejercicio del poder; y por ello toda manifestación de poder es susceptible de ser controlada. Y, si hubiera un órgano del Estado que no estuviera sujeto a control, se estaría ante el caso de un poder absolutista.

Hay politólogos que sostienen que “todo poder es absoluto”, en tanto y en cuanto, “sólo es poder el que se hace obedecer”, pero esa argumentación – sostiene Valadés- incurre en una paradoja, pues dentro de un sistema constitucional, para que el poder se haga obedecer, debe ser legítimo, y si es legítimo debe sujetarse a las normas que lo limitan. Si esto es así, ya no es absoluto. No obstante lo cual, en la aseveración del intrínseco absolutismo del poder hay algo de verdadero: “la propensión al absolutismo que auspicia el ejercicio del poder”; algo que es fáctica y cotidianamente comprobable en todos los poderosos que detentan cargos ejecutivos “fuertes” o cuasi dictatoriales, no sólo en Argentina o en Tucumán. Y porque esta propensión es tan “natural” como peligrosa es porque se reafirma la necesidad del control del poder, pues un sistema que organiza al poder para que sus diferentes órganos se hagan obedecer entre sí, mediante controles recíprocos, atenúa los efectos deletéreos del pretense “poder absoluto”.

.Y, junto a los equilibrios institucionales, el poder genera resistencias que compensan su inercia expansiva, dice Valadés. Y todo poder, por ende, tiende a

ser limitado. Los límites funcionan como elementos de equilibrio o como formas de resistencia. Entre los primeros la Constitución juega un papel central; en cuanto a los segundos, resultan de la composición misma del poder. Y la expresión más clara de esa relación poder-resistencia al poder está significada por el contraste entre los conceptos de *soberanía popular* y de *representación popular*. El iusfilósofo español Pedro de Vega, citado aquí por Valadés, advierte que frente a la democracia de la identidad (del pueblo que sólo se obedece a sí mismo, de cuño radical rousseauiano) se yergue la democracia representativa. Ambas formas de expresión democrática corresponder a un ejercicio diferente del poder... y de formas de controlar al poder. El primer caso concierne a una concepción de la soberanía popular como “poder sin límite”, mientras que el segundo caso denota una reducción de alcance de la soberanía popular a términos fncionales.

Y, por otra parte, un sistema representativo que no tuviera como referente a la soberanía popular, devendría en una autocracia, en el sentido de que el poder ejercicio parecería provenir de una decisión autónoma. De alguna manera, acota Valadés aquí, los conceptos de soberanía y de representación contienen una antinomia, que sólo es superable merced al entendimiento convencional que de ambos se suele hacer, y que ha obligado a unos de los mayores esfuerzos de la inteligencia: una vez más, **el constitucionalismo**. Solo a través de él ha sido posible resolver la paradoja del poder, en tanto afirma que el poder constituyente, expresión paradigmática de la soberanía popular, “no es sólo ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio”. Nada más cierto que ello, pero allí anida la salida a la paradoja del poder: ésta consiste en que antes de actuar como poder constituyente, la

soberanía existe pero no se manifiesta, y en cuanto se manifiesta no tiene más remedio que fijarse sus propios límites (y controles). Y uno de sus límites más notorios en el constitucionalismo es el sistema representativo.

Ahora bien, el sistema representativo plantea dos requerimientos fundamentales: instrumentos para expresarse e instrumentos para conservarse. Entre los primeros se inscriben los *sistemas electorales y de partidos*²; entre los segundos, los *controles políticos*. Sin aquellos, se rompería el nexo entre el poder soberano y sus órganos de representación; sin los últimos, los órganos de representación tenderían a autonomizarse de su fuente de legitimidad. La conclusión pone en foco aquí la pertinencia y trascendencia de los controles jurídicos y políticos, pues forman parte de los mecanismos que el constitucionalismo ideó para impedir la disolución del poder soberano, sin el cual, a su vez, los poderes constituidos carecerían de sustento.

El sistema constitucional, continúa Valadés, provee los mecanismos de acción del poder, que incluyen los controles, por lo que su ejercicio es una manifestación más del poder político. Los controles políticos son del Estado, no son autónomos o ajenos al Estado. Va de suyo que aquí se entiende que se está refiriendo a los controles en un sistema constitucional democrático; en un orden autoritario los instrumentos de control no guardan relación proporcional con la magnitud del poder político. En este caso, precisamente, a mayor poder, menor control. Así funcionan las autocracias, los despotismos y las dictaduras... y toda las variantes de un poder arbitrario y descontrolado.

² Este es uno de los focos de esta demanda por inconstitucionalidad aquí presentada, en tanto afecta a la conformación desequilibrada de la Junta Electoral de Tucumán, a favor del partido gobernante y en desmedro de las minorías políticas provinciales

Cuando el control disminuye y el poder político aumenta la escalada puede llegar al pináculo del absolutismo. En una sagaz acotación histórica Valadés comenta aquí que, de alguna manera, puede encontrarse alguna relación entre los procesos medievales de descentralización del poder, con la consecuente pérdida de controles sobre el poder, y la respuesta renacentista de construcción del Estado moderno, llevado progresivamente hasta la exaltación del absolutismo. Donde se advierte que la recuperación del poder es más rápida que la de sus controles. Y, puesto en esos términos, según el poder estatal se contraiga o extienda, los controles seguirán la misma tendencia, pero en una secuencia diacrónica. El peligro que esto implica es que al no preverse el tipo de controles requeridos para un caso determinado, pueden producirse brotes de poder autoritario capaces de poner en riesgo la estructura constitucional del Estado democrático.

Tras las huellas de *El control del poder* de Valadés vamos a concluir este alegato aludiendo a la íntima copertenencia de “Control y Democracia”. Siguiendo la perspicaz observación y predicción de Herman Finer, al terminar la segunda guerra mundial, sobre el destino de las democracias, advertía que, contrastando con el pasado político recientemente acontecido –dureza del totalitarismo nazi, los problemas del asambleísmo francés de la tercera república, las ventajas del parlamentarismo británico y las expectativas del *new deal* norteamericano-, fine concluía que el futuro hacía previsible, como opción ante la incertidumbre de la guerra, el fortalecimiento de las democracias, y para ese objeto la participación de *los partidos políticos* y de la opinión pública resultaban esenciales, si se quería que esas democracias estuvieran sujetos a *controles adecuados*. La demanda que está puesta a su consideración, V.E., es

una prueba de la posibilidad de ejercer un “control adecuado” ante la inercial “propensión al absolutismo” de un ejecutivo provincial que aquí y ahora pretende ejercer el poder descontroladamente.

En “democracias consensuales”, advierte Valadés, los adherentes a la misma atribuyen a los acuerdos políticos una función importante al reparto, descentralización y límite del poder. Pero ello entraña un peligro, pues los instrumentos de control que están constitucionalmente previsto, requieren para su activación a motivos, acciones y previsiones ajenos al derecho; y hasta la normativización de los controles es resultado de la decisión política de aplicarlas. Y así puede suceder, como acontece en la actualidad en Tucumán, que ocasionales mayorías “aplastantes”, neutralizan todo control del poder desde la legislatura, en dichos “acuerdos” la práctica del control queda inhibida o coartada, o, aun peor, se puede convertir en medida de apremio, en el mejor de los casos, o de presión e incluso de extorsión, en el peor de las circunstancias. Y aquí emerge, nuevamente, la cuestión liminar: ¿Quién controla al controlador? ¿Quién cuida al cuidador?

Es evidente que allí se confunde la función constitucional de control y se trastoca su objetivo, convirtiéndola en un simple mecanismo de lucha por el poder o en el poder. Y es claro que tal desvío afecta la idoneidad de los controles como factor de racionalización del ejercicio del poder, y opera exactamente en su sentido inverso: como un elemento que permite encubrir los acuerdos tomados en contra de la norma constitucional y de la ética pública. Y, lejos de contribuir a la racionalización del poder, y a preservar su legitimidad, los controles proveerían a los agentes políticos de un recurso para obtener

subrepticamente concesiones que de otra forma serían inasequibles, concluye Valadés.

En tal alternativa, donde la preocupación dominante se centra en el procedimiento para alcanzar y consolidar esos arreglos políticos, se pasa por alto la necesidad de mantener controles sobre los órganos del poder. De alguna manera, así se puede decir que a mayor consenso, menor control. Y la preocupación dominante por evitar el conflicto político lleva a reducir el papel que los controles desempeñan en una democracia. Un sistema consensuado al máximo es un sistema controlado al mínimo, sentencia Valadés. El consenso democrático, añade aquí, se construye a partir de reducir las discrepancias y aun las diferencias; el control político –en cambio- se fundamenta en la preservación de esas diferencias. El consenso se nutre de expresiones políticas con tendencias a representar a la mayoría con toda la amplitud posible; el control del poder, en cambio, se orienta a garantizar la influencia de la minoría. El consenso se centra en la estabilidad; el control se orienta a la libertad. Y si algo caracteriza la quintaesencia de la cultura democrática es el respeto a las minorías y la salvaguarda de las libertades; dos de las expresiones que entendemos que están gravemente amenazadas por los desbordes autocráticos del actual gobierno de Tucumán.

Con lo dicho, Señor Juez, reitero aquí que hago mía la demanda del MP3 que promueve la Acción de Inconstitucionalidad arriba mencionada. Confiando haber aportado una opinión fundada sobre la racionalidad y razonabilidad de lo allí planteado, aprovecho la ocasión para saludar al V.E. con todo respeto y consideración.

Ramón

E.

Ruiz

Pesce

DNI 10.792.548

