

## EL ASIENTO DE LA DECISIÓN POLÍTICA EN EL RÉGIMEN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL\*

El tema de esta comunicación se relaciona con los equilibrios y desequilibrios que registran los sistemas de democracia constitucional contemporáneos y que sabemos que nunca alcanzan un nivel óptimo o ideal de equilibrio, pero que en el juego y en la dinámica de los poderes, a veces los desequilibrios que en este terreno operan pueden provocar situaciones de crisis, situaciones de anomia y hasta situaciones de colapso, como lo hemos comprobado en la historia de las últimas décadas.

De todos modos, el asiento de la decisión política no es un problema que se resuelve por ecuaciones aritméticas; tampoco se resuelve o se detecta por la simple lectura de las normas jurídicas involucradas en el texto constitucional y cuerpos anexos. Requiere una observación, requiere afinar un miraje que permita comprobar cómo en el desenvolvimiento de esas instituciones va operando este juego de equilibrios y desequilibrios, y de allí poder desentrañar, en definitiva, qué poderes o qué órganos son el asiento principal de las decisiones políticas, o cómo se reparte entre esos órganos la toma de decisiones políticas en función de la diversa naturaleza o diverso contenido que puedan tener cada una de esas decisiones.

Quiero rendir homenaje en primer lugar —y voy a terminar también esta comunicación con una cita de Michel Debre a través de una obra del doctor Aja Espil— a uno de los grandes arquitectos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX que acaba de fallecer y que ha cumplido un rol destacadísimo en la elaboración de las instituciones tan equilibradas que Francia tiene a través de la Quinta República; las que demuestran que, en definitiva, el problema del equilibrio y de la decisión política no pasa en forma inexorable por las variables de presidencialismo o parlamentarismo, porque tanto se pueden dar situaciones de equilibrio

\* Comunicación presentada en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 14 de agosto de 1996.

o de desequilibrio en un régimen presidencial como en un régimen parlamentario.

Pero una buena arquitectura y una gran habilidad en el diseño de las instituciones que componen al sistema político junto con la Constitución, son factores determinantes de que ese equilibrio no se rompa y que el sistema goce de buena salud y no pierda la necesaria y continua oxigenación que requiere. Pero claro, los hombres son los hombres y las medidas las dan las calidades humanas.

De Gaulle tenía como principal asesor espiritual a Malraux y como principal asesor institucional a Michel Debre: no hago comparaciones de otros momentos y de otros lugares, aunque insto a todos los presentes a que hagan sí, *in mente retenta*, las comparaciones de vida para sacar las consecuencias correspondientes. Michel Debre no era un improvisado, era un hombre que desde su más joven edad abrazó los estudios de los temas institucionales, fue miembro del Consejo de Estado muy tempranamente, ocupó bancas en el Parlamento francés en ambas Cámaras desde 1949 hasta 1988; junto con el general De Gaulle, elaboró la Constitución y De Gaulle, con un fino sentido galo del humor le hacía la siguiente broma que interpretaba así Michel Debre: “cuando las instituciones le gustan a usted general, usted dice es nuestra Constitución, pero cuando alguna institución no le gusta mucho o le molesta usted me dice es tu Constitución”. Debre lo acompañó a De Gaulle en todas, en las malas y en las buenas, en la resistencia, en el largo silencio de Colombey des Eglises y luego en la llegada triunfal en 1958. Como ministro de Justicia en el gobierno que todavía era prolongación agónica de la Cuarta República en que De Gaulle ya presidía el gobierno y se elaboró la Constitución. Como primer ministro ya instaurada la Quinta República, como ministro de Defensa, como ministro de Economía y Finanzas y como ministro del Interior.

Pero claro, no era solamente un hombre de acción, era un hombre de pensamiento y de reflexión, un gran escritor: en virtud de ello y no de su actuación política, entró en la Academia de Francia. Fue enterrado la semana pasada (cuando fallece, con los honores de los académicos de la Academia Francesa, es decir, con la espada y el uniforme correspondiente). Alguno lo ha llamado “el Robespierre de la Quinta República” porque decían sus críticos era más “gaullista” que De Gaulle, pero lo que él trataba de preservar era la filiación de las instituciones y fundamentalmente los equilibrios; y donde puso especial énfasis en la redac-

ción de la Constitución fue precisamente en que siendo un sistema que abandonaba el parlamentarismo básico francés y giraba hacia una suerte de cuasi presidencialismo, fueran auténticamente independientes y genuinamente fuertes, los órganos de control que debían velar y cuidar para el mantenimiento de esos equilibrios. Tenía además una peculiar concepción respecto del rol de Francia en Europa y en el mundo, y sin abjurar de las ideas de integración, adhería así a aquella concepción de De Gaulle de la Europa de las patrias, de la Europa de las naciones. Luego, al concluir, haré la cita a que me refería anteriormente.

Entrando ya en el tema, mucho se ha discutido a raíz de la reforma constitucional de 1994. Si el asiento de la decisión política o lo que otros más tímidamente llaman la dirección política, es algo que emana directamente de la voluntad popular a través de los órganos, que sin etapas intermedias o compromisarios que mediaticen la relación, han surgido del voto popular. Esto lleva a que algunos piensen que hay órganos más democráticos y otros órganos menos democráticos, cuando en realidad no es así. Todos los órganos tienen legitimación democrática si el régimen es en sí mismo democrático. De modo que no puede hablarse de que en un sistema constitucional un órgano del poder sea más democrático que otro, porque no depende de su forma de nominación sino de la naturaleza toda o de la filiación toda del sistema político en la cual están imbricados o están insertados.

De la elección popular directa puede sí depender la representatividad, pero no la legitimidad; puede decirse con criterio no jurídico que es o parece ser más representativo tal funcionario o tal órgano que otro, pero esto no es el meollo del asunto que estamos analizando. Otro de los problemas que plantea esta cuestión (esta difícil cuestión) es la fuerza, la vitalidad, la energía que debe tener la decisión política y la dirección política en un sistema de democracia constitucional, y que, desde luego, no se responde con un enunciado universalmente válido en el espacio y en el tiempo.

A mayor vertebración de la sociedad hace falta menos dirección política, e inversamente cuando hay una menor vertebración es mayor la dirección política que suele corresponder, porque precisamente la sociedad la requiere, y las decisiones políticas pueden salvar su integración, salvar su coherencia, salvar su propia subsistencia. Éste es más un problema de evolución social y de nivel cultural que de grado jurídico o de formas meramente institucionales.

¿Cómo se plantea esto en los hechos? Yo lo he enfocado de la siguiente manera. Por un lado voy a enunciar en un instante más, siete reglas y resortes que valen para entender cómo en una democracia constitucional la decisión política y la dirección política deben estar enmarcadas. Porque si estas siete reglas o resortes fallan o faltan, o son incompletas, el sistema se desequilibra. Y también voy a seguir jugando con el número siete, para enunciar siete pares de tensiones que se registran indefectiblemente en los sistemas de democracia constitucional. El siete, perdón por la digresión, era el número preferido por los dioses en las etapas politeístas y según cuenta Virgilio en *Las eglogas*, siete era el número que da origen en definitiva a lo que se llama después o se llama contemporáneamente la cábala. Pero no lo he elegido por capricho sino porque realmente corresponden estas siete situaciones, que quizás puedan ser más, pero he tratado de agruparlas de la siguiente manera. Las tensiones que se registran son las siguientes:

*Primera.* Democracia vs. eficacia; cuando hablamos de democracia constitucional, entiéndase bien, estamos hablando por oposición a los regímenes autocráticos, ya sea de mero carácter autoritario o de neto corte totalitario, como todos conocen en una distinción que creo es ya universalmente aceptada. De modo que tomo la expresión democracia constitucional en el sentido que Linares Quintana y Mario Justo López, mi ilustre antecesor en esta Academia, han enunciado el concepto. Da la impresión que hay sociedades que desglosan sus expectativas de democracia y de eficacia y que reconocen en ciertos periodos el predominio de una de estas notas en detrimento o en sacrificio de la otra. Muchas veces se ha entronizado la democracia sacrificando a la eficacia y otras veces se ha impuesto el valor de la eficacia con menosprecio o subestimación de las reglas democráticas. Esto es falso, no puede concebirse una democracia constitucional propiamente dicha si no están equilibrados ambos valores. Hoy en día es inadmisibles democracia sin eficacia, como es inadmisibles la pura eficiencia de un régimen gerencial de resultados, sin participar de los valores o de las reglas del juego de los límites y de los procedimientos del sistema democrático. Pero la tensión está allí, podrá aliviarse, podrá equilibrarse, pero es muy difícil poderla eliminar, porque obviamente los estados de ánimo de la sociedad, la relación entre inputs y outputs, de requerimientos y satisfacciones, no es estática, depende de las situaciones y muchas veces los momentos de crisis, los estados de necesidad, las llamadas emergencias llevan a que se agudice esa tensión.

*Segunda.* El segundo par de tensiones se registra entre los valores de representatividad y gobernabilidad. Aquí también ha habido preferencias; hay quienes han acentuado estos valores y han, diríamos, minimizado el otro; incluso hay autores muy serios como Huntington cuando escribió el famoso informe para la Comisión Trilateral y señaló que, el exceso de participación cuestiona y pone en crisis, la posibilidad de gobernabilidad; además, las instituciones democráticas no deben dejar de serlo, pero tienen que asentar algún límite a los institutos de participación para que no sufra un detrimento muy grave la gobernabilidad que, por afectar al valor al cual nos referíamos en el punto anterior, puede crear situaciones insostenibles.

*Tercera.* El tercer par se da entre dos sumatorias: la expectativa que hay respecto de “decisión más ejecución”. Estamos hablando de decisión política, de dirección política, y la expectativa que tiene que estar siempre presente aunque sea como un valor moral, aunque si es posible institucionalmente también, en la suma de límites y de controles. No basta con los límites si no hay controles y, más aún, no basta con los controles si no hay mecanismos que aseguren el valimiento específico de la responsabilidad, porque el control es la antesala de la responsabilidad. De nada nos vale el control, si el control se transforma en un acto abstracto que no se traduce en consecuencias jurídicas institucionales que hagan efectiva la responsabilidad, que es una nota esencial, no sólo de la forma republicana de gobierno sino también de las monarquías constitucionales como miembros que son de las grandes democracias constitucionales contemporáneas.

*Cuarta.* Un cuarto par de tensión es el que se da entre la idealidad y los condicionamientos que emanan de la realidad subyacentes. Heller hablaba hace muchas décadas de la realidad social subyacente. La idealidad lleva a pergeñar planes maximalistas, a veces de utopía institucional, pero los condicionamientos que emanan de la realidad obligan a tomar en cuenta esa realidad y operan como una limitación metajurídica o extrajurídica de todo Constituyente. Es absurdo hablar de la soberanía de los cuerpos constituyentes, no sólo porque sabemos que esos cuerpos sólo tienen lo que la competencia les da, sino porque aparte de las limitaciones que puedan jurídicamente existir, hasta la de 1853 tenía limitaciones que establecía el Pacto Federal de 1831 y que recogía el Acuerdo de San Nicolás; sino que también operan las limitaciones metajurídicas, que son las

creencias, los valores que operan en el Constituyente individual o grupalmente considerado. Y esa realidad social subyacente a la cual apuntaba Heller, que tan agudamente señalaba que en definitiva el Constituyente, no debe exagerar su narcisismo creyendo que elabora las instituciones definitivas, porque lo que él presenta con su aprobación es una oferta o plan presentando a la sociedad, que la sociedad constituida por los órganos del poder y por los destinatarios del poder con su mayor o menor acatamiento, con su mayor o menor rechazo, en definitiva a decir la palabra final.

*Quinta.* Un quinto orden de tensiones, se da entre los valores de la coherencia y las notas de la esquizofrenia jurídica o híbridesces de los textos. Las instituciones tienen que estar pergeñadas con coherencia. La Constitución de la Quinta República (en la que el propio De Gaulle reconoce en sus memorias, en el libro pertinente, el rol de Michel Debre y la forma en que trabajaron en equipo, y como Michel Debre interpretaba el pensamiento de De Gaulle, que no hacía otra cosa más que recoger opiniones y reflexiones de De Gaulle, que venían de la crisis de la Cuarta República y sobre las cuales De Gaulle ya había opinado y escrito a mediados de la década del 30), indica la necesidad de que cuando se cambia algo, se tiene que cambiar con la misma coherencia con que se estableció la institución preexistente.

Si el reformador no tiene coherencia en su propia visión de las cosas, o incrusta instituciones que guardan alta posibilidad de invertebración con las instituciones preexistentes que subsisten dentro del nuevo régimen, es como introducir el caballo de Troya, o en las palabras de Churchill, más gráficas quizás o más sencillas para el mundo contemporáneo, meter un elefante en un bazar.

La esquizofrenia se da en el texto, se da en el lenguaje, cuando el lenguaje tiene manifestaciones abiertamente contradictorias entre sí. Creo que en el análisis que durante el año pasado se hizo en esta Academia y en la Academia Nacional de Derecho, del texto reformado, se ha comprobado un alto número de casos de esquizofrenia del Constituyente: y si no de esquizofrenia, un alto número de híbridesces, de situaciones híbridas que llevan realmente a un panorama desolador. Personalmente me ocupé de la situación del Ministerio Público, que es un caso típico de esquizofrenia en el lenguaje del Constituyente, que crea por un lado a través del artículo 120 un cuarto poder del Estado, en el mismo rango que el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial (título cuarto de la segunda

parte de la Constitución), y que lo enuncia en una forma que parece más un poema que un texto jurídico, pero que uno al leerlo piensa aquello de “cuando la limosna es grande hasta el santo desconfía”: pero que se olvida de asegurar la estabilidad de ese poder que queda a merced de la voluntad del poder político, y, por lo tanto, al no tener asegurada la condición de la estabilidad, no puede operar como un órgano de control, es decir, es un caso de esquizofrenia jurídica o si no queremos ser tan técnicos en el lenguaje podemos decir que es una mentira más del texto constitucional.

*Sexta.* Un sexto par de tensiones se da en la conformación de los que actúan como creadores o gestores del orden institucional. Es la tensión entre el hipernormativismo y el hiperfactualismo, entendiendo por hiperfactualismo la resignación ante las prácticas consumadas, no el realismo constitucional que es una virtud y que ya lo predicaba Alberdi, cuando señalaba que las Constituciones tenían que estar precisamente en función y a la medida de las realidades que se tenían que afrontar y enfrentar. No, el hipernormativismo es creer que por la sola presencia de la norma se va a cambiar la realidad. Es la famosa leyenda del rey Midas que se creía que todo lo que tocaba con la varita mágica, por tocarlo lo convertía en oro; hipernormativismo es creer que cambiando la norma *ope legis* se cambia la realidad; cuando sabemos que la norma lo que da es el cauce, el ámbito, pero la realidad se cambia a través del juego de las grandes fuerzas morales y sociales que, en definitiva, la comunidad pone en funcionamiento para manejarse con esas normas y operar los cambios en su consecuencia.

*Séptima.* El séptimo par de tensiones es el eterno, entre Estado y sociedad. Sabemos que la conquista del constitucionalismo (una de las conquistas del constitucionalismo) entendiendo éste como una de las eras de la humanidad, a partir del siglo XVIII y con los antecedentes inmediatos anteriores del siglo previo en Inglaterra, es que esa línea demarcatoria tiene que existir. Nadie pretende que sea fija, pétreo o inamovible, porque obviamente la sociedad cambia y por lo tanto el Estado tiene que cambiar; por eso es absurdo negarse a la transformación del Estado o taparse los ojos ante el *aggiornamento* de las instituciones. Ya Adolfo Posadas en una de las conferencias que dio en Buenos Aires en la década del 20, decía que de alguna manera le causaba sorpresa escuchar con tanta frecuencia la expresión “la crisis del Estado”, porque desde que hay Estado,

éste ha estado en crisis, en el sentido de que tiene situaciones de tensión que provocan transformación y viene una nueva adecuación para afrontar esas nuevas situaciones. Pero lo fundamental en la democracia constitucional es que, cualquiera que sea el corrimiento, la línea debe existir. Y eso es lo que diferencia los sistemas totalitarios de los sistemas de democracias constitucionales o de democracia liberal, si se los prefiere llamar así. La línea demarcatoria existe, porque es la que permite que funcione en la práctica el valor de la seguridad jurídica. Es decir, conocer anticipadamente las consecuencias que tendrán los actos, actos humanos que vamos a realizar: saber antes de firmar un contrato si está gravado o no está gravado; saber antes de empuñar un arma si es delito o no es delito, en definitiva saber qué nos va a pasar porque de eso depende que lo hagamos o que no lo hagamos. Y como bien ha señalado los sociólogos de Max Weber en adelante, el gran secreto del crecimiento de Occidente y la clase de bóveda de la Revolución Industrial y del auge del capitalismo, ha sido la seguridad jurídica, que nosotros la llamamos así y que, en varios países con otra expresión, se alude a lo mismo cuando se refieren a términos como Estado de derecho, o Estado constitucional y el *Rule of Law* de los anglosajones, y en fin expresiones equivalentes. Es decir, que entre Estado y sociedad tienen que estar claramente establecidos sus respectivos ámbitos de incumbencia.

Vayamos ahora a las siete reglas y resortes que, en mi modesta opinión, permiten resumir la formulación de las condiciones para que se asegure el equilibrio, cualquiera sea el reparto de incumbencias en la toma de las decisiones políticas.

*Primera regla*, a mi modo de ver, la regla de oro, no necesariamente escrita pero subyacente en todo sistema de democracia constitucional (y alguno de los presentes debe estar cansado de escuchármela), es la regla que se puede enunciar de la siguiente manera: a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un acen tuamiento de las garantías y un perfeccionamiento de las responsabilidades. Dicho más brevemente: a mayor poder, mayor control. Entiendo que la forma completa de enunciar ésta es señalando que la equivalencia entre el poder requiere el reajuste simultáneo de los resortes de control, de las herramientas del garantismo y de los mecanismos de responsabilidad; advirtiéndole que en la sociedad contemporánea, doblemente pluralista no sólo por las ideas sino también por los intereses en juego y por las entidades que agrupan a esos intereses en juego. Esta regla también com-

prende a los poderes de hecho, es decir que si aumenta la fuerza o la energía coercitiva con que operan los llamados poderes de hecho o contrapoderes, como los llama algún autor, también para ellos requiere que se reajuste el sistema de garantías con respecto al administrado, al ciudadano, al contribuyente o al que sea, de controles y de responsabilidades.

*La segunda regla* es la de la necesidad de una progresiva transformación de las facultades discrecionales en poderes reglados. Esto es propio del Estado democrático constitucional de Occidente, es propio de la era del constitucionalismo y se ha acentuado en lo que va del siglo y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de la comprobación de los enormes abusos cometidos por los sistemas totalitarios, aun de aquellos de origen popular o de tipo eleccionario, y la crisis que el simple positivismo jurídico había causado desde el punto de vista de la generación de una situación de anomias, es decir sin límites, sin barras, sin marcos de referencia. Esto no implica negar que siempre queda el remanente de las llamadas zonas de reserva, que tienen todos los poderes del Estado, no sólo el Ejecutivo, también el Legislativo, el Judicial y un magnífico libro del doctor Aja Espil sobre los poderes implícitos, donde se ha referido a esto particularmente, en lo que hace a la interpretación del sistema presidencialista y a las facultades del Congreso. Pero estoy apuntado entonces al principio general: un sistema democrático requiere expandir la órbita de las facultades regladas y acotar la órbita de los poderes discrecionales, porque discrecional significará, exento de control y todo el que está exento de control pasa a integrar la tentación de la soberanía. Soberano es en definitiva el que no tiene un poder por encima, el que no reconoce límites y el que no se sujeta a control. Reconocer poderes discrecionales es reconocer una esfera de soberanía que, si cualitativa y cuantitativamente pasa a ser considerable, obviamente pone en juego el equilibrio del sistema; por eso es que, cuando hablamos del control, no sólo debemos hablar de la independencia del órgano que la practica sino del objeto sobre el cual recae el control. En las democracias constitucionales el objeto del control no puede ser lo nimio o secundario, tiene que ser lo fundamental, lo arcóntico, aquello que hace a lo decisivo y decisorio y no a lo meramente coyuntural.

*La tercera regla* se refiere al sistema electoral, entendiendo que en toda democracia constitucional hay una porción considerable del poder político que emana de la voluntad popular. No voy a entrar en la polé-

mica sobre los sistemas electorales que es inacabable y que registra ya un acopio de erudición y de comparación, que permite a cada uno elegir lo que más le plazca, siempre que lo haga pensando en la realidad sobre la cual se va a aplicar. Sólo una cosa quiero rescatar, porque eso sí es regla a efectos de la democracia constitucional El sistema electoral tiene que ser pergeñado de tal manera que no conceda las mayorías especiales al gobierno en turno para permitirle por sí solo modificar las reglas del juego mismo; ésta es la llave de oro. Si un solo partido o un solo grupo tiene la mayoría suficiente para cambiar ellos solos las reglas del juego, el juego se transforma en definitiva en un eufemismo; porque obviamente aunque la Constitución se proclame rígida, se flexibiliza por la existencia de un sistema electoral que ello permita. Recuerdo el caso dramático de la Ley Acerbo en Italia, que fue la ley que le permitió a Mussolini, quien no tenía mayoría en el Parlamento italiano, conseguir que con sólo el 30% de la voluntad popular, tuviera las tres cuartas partes del dominio de la Cámara de Diputados, lo que le permitió tener el acceso al poder en 1922 y 1926, poder provocar lo que podríamos llamar la extinción del régimen de monarquía constitucional para transformarlo en los prolegómenos de lo que después ya se llamaría oficialmente el Estado fascista, sobre todo a partir de la instalación del llamado Gran Consejo Fascista como órgano supremo del Estado igual que la monarquía, al igual que el Senado, igual que la Cámara de las Corporaciones. Esto es importante porque en nuestro país a veces ha sido descuidado y cuando se habla de cambiar el sistema electoral, tentación que recurrentemente aparece, creo que hay que tomar en cuenta este elemento, no porque el sistema de representación proporcional D'Hont sea el ideal, sabemos que tiene muchos defectos pero en la medida en que permite asegurar aquello que algún autor inglés llamó, el equivalente al mapa, que reproduce en pequeño la gran dimensión del territorio, es decir reproduce en la Cámara el cuerpo político del país, hace más difícil la tentación de la hegemonía.

*La cuarta regla* o resorte es que todo depende en última instancia de la independencia del controlante respecto del controlado. Esto parece una perogrullada, como diría la Corte “va de suyo”, que debe ser así, pero en los hechos no es así. Y sabemos que no todos los sistemas que formalmente se proclaman de democracia constitucional, tienen asegurado un juego de poderes en el cual los órganos de control sean independientes del controlado. Es imposible practicar el control si aquel que tiene que cumplir esa función tiene vedada la información, o no tiene espacio

para cumplirlo, o carece de independencia, o porque puede ser removido, o puede ser desautorizado, o puede ser revocado por otro órgano de naturaleza política o político partidaria. Creo que el gran error de 1994 fue no reparar que el meollo de la cuestión pasaba por allí y poner el acento y prestar el consentimiento al enjambre de nuevos órganos, la mayor parte de ellos dislocados con la arquitectura del texto constitucional, y no reclamar el restablecimiento de la independencia de los viejos órganos de control preexistentes, algunos nacidos con la Constitución y otros a partir de la Constitución, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el procurador general de la nación, el Ministerio Público, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, el Tribunal de Cuentas y hasta la Inspección de Personas Jurídicas.

*Quinta regla*, el pueblo no delega, no puede delegar, en una democracia constitucional la más amplia libertad de crítica hacia sus gobernantes como capítulo y parte de esa gran libertad de expresión de la cual es una especie fundamental la libertad de prensa a la que Vélez Sarsfield en su informe de 1860 consagraba como el más absoluto de todos los derechos y que hoy en día, en que estamos todos de acuerdo que no hay derechos absolutos, porque todos los derechos son relativos, en el sentido de que la concepción de un derecho absoluto sería una concepción antisocial, podríamos reformular diciendo más modestamente que es el menos relativo de todos los derechos. Todos los derechos son relativos, pero si hay alguno que no debe ser tan relativo y que puede ser más absoluto es la libertad de expresión.

Los constituyentes de 1819 cuando estamparon en el artículo 108 el siguiente texto:

Al delegar el ejercicio de su soberanía constitucionalmente, la nación se reserva la facultad de nombrar sus representantes y de ejercer libremente el poder censario por medio de la prensa. Es decir, era un poder indelegable que el pueblo retenía y que no pasaba al Estado ni a los órganos representativos elegidos por el mismo pueblo; el pueblo lo reservaba para ejercerlo por sí mismo, esto es fundamental. Democracia constitucional o no democracia constitucional, en gran medida depende de este poder.

*Sexta regla* es necesario que ciertos aspectos de la libertad política, se puedan asumir por el ciudadano sin tener que valerse de la intermediación exclusiva y excluyente de los partidos políticos. No estoy pontificando con todo esto la necesidad de que proliferen las llamadas formas semi-

directas de democracia. Pero tiene que haber válvula de escape o cable a tierra que permita que la marmita de Papin no estalle por exceso de presión cuando la legislación de un país proclame un sistema absolutamente partidocrático. Y quiero aclarar, para quienes en su momento lean esta comunicación, que cuando utilizo la expresión partidocracia, no la empleo en sentido peyorativo, ni tampoco encomiástico, sino neutralmente por lo que quiere decir: un sistema es partidocrático cuando concede a los partidos políticos el monopolio total de la intermediación política. Un sistema así puede funcionar siempre y cuando, el pueblo tenga oportunidad de manifestar su voluntad, sin necesidad de esa intermediación, a través de algún mecanismo de democracia semidirecta, equilibrando, razonable, debidamente contemplado, es decir institucionalizado y no improvisado como decía Alberdi en la nota, al equivalente de lo que después fue el artículo 22 de la Constitución, cuando señalaba que, lo que había que temer no eran las formas institucionales sino las dos grandes deformaciones de la democracia embrionaria nuestra que eran la pueblada y la asonada; que por eso él predicaba ese artículo que comenzaba diciendo: “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”, para evitar la asonada y la pueblada que habían diezmando el ciclo patrio iniciado en 1810 hasta la apertura de la era constitucional definitiva en 1853.

*Séptima regla*, el séptimo y último resorte que quiero mencionar, también tiene su importancia, y es que las situaciones de emergencia no sean abordadas de *legibus solutus* como decían en latín, es decir sueltas de ley, desatadas de la norma.

La gran conquista del constitucionalismo democrático es que también la crisis tiene que ser abordada desde la Constitución y a través de la Constitución. Es inadmisibles sostener que la crisis signifique suspender la Constitución o signifique la emergencia, acceder *ipso facto* a instituciones supraconstitucionales exentas de control, y no sujetas a límites ni de otros órganos del Estado, ni de la sociedad que queda sometida a las medidas que la necesidad le impone a criterio del iluminado gobernante en turno. Esto marca la diferencia entre la monarquía absoluta y la monarquía constitucional: “el Estado soy yo” de Luis XIV, o el *apres moi le deluge* de Luis XV, eran precisamente la posibilidad de afrontar, lo que ellos llamaban la crisis sin limitaciones. La era constitucional involucra la crisis en la Constitución y la Corte nuestra (en tiempos sabios) señaló que la Constitución es suprema en todo momento, de paz y de

guerra. Luego vinieron las excepciones, las interpretaciones que hicieron brecha en ese sabio principio, porque la propia Constitución prevé la emergencia, el estado de sitio, la declaración de guerra, la conmoción interna, el ataque exterior y, a través de los resortes que contiene, la posibilidad de afrontar con mayor fuerza una situación que requiere un poder más enérgico; mismo que en situaciones de normalidad y de permanencia no hace falta. Por eso las emergencias son situaciones anormales pero transitorias también sujetas al control, no la urgencia en sí, sino la medida de los poderes que se ejercen en función de la declaración de emergencia; allí está el meridiano que traza la diferencia entre el poder absoluto o la anarquía absoluta.

No hay una espada de Democles que lleve a caer en un extremo u otro; no es como el estado de Mesina que los navegantes que no chocaban con la roca Caribdis, chocaban con la roca Escila. No hay que elegir entre el poder absoluto o la anarquía total, hay que elegir el cauce constitucional que también contempla las emergencias.

Reduzco a estas siete reglas los pares fundamentales de observación, aunque podrían agregarse otros. Hay un test que no falla nunca, no es una regla, es un test, para comprobar si la democracia constitucional funciona como tal o no. Es el test del Código Penal. Cuando uno ve en el Código Penal de un país que se permiten las leyes penales en blanco; que autoriza la analogía en materia penal, es decir; que el juez puede aplicar una figura prevista para tales comportamientos a otros comportamientos diferentes; cuando el Código Penal permite la legislación penal retroactiva, cuando éste prevé el delito de opinión y dos o tres cosas más, aunque la Constitución diga que es un Estado democrático constitucional, si lo que se aplica es el Código Penal y ese Código se inspira en el derecho penal antiliberal, no hay democracia constitucional, no hay equilibrio, porque hay evidentemente, una herramienta de cerrojo que permite disponer sobre la vida, la libertad, el honor, el patrimonio y la seguridad de las personas por parte de un juez que con ayuda de ese reglamento deja de ser un juez para convertirse en un fñhrer. El principio del fñhrer permitía en la Alemania de Hitler que el juez tuviera el poder del fñhrer en el momento de juzgar, y si uno observa los códigos penales de la Alemania de Hitler, de la Rusia de Stalin, y de la Italia de Mussolini, notará que más allá del lenguaje puramente retórico de la ideología, estos rasgos que acabo de referir son comunes.

Por último, vayamos a las conclusiones: creo en primer lugar que lo que llevamos dicho hasta ahora supone admitir la necesidad de un doble equilibrio: por un lado el equilibrio de los poderes que es regla histórica del derecho constitucional, pero por otro lado, algo que hace a ese equilibrio y que es la oxigenación de la sociedad. De nada nos vale la Constitución ideal: Hugo Preuss cuando diseñó la de Weimar con el asesoramiento de Weber, creía que era la octava maravilla del mundo y ni siquiera fue necesario derogarla. El nacional socialismo la extinguió por el solo acceso al poder y el ejercicio de tentación subsiguiente del poder. Oxigenar la sociedad significa, evidentemente, poner el acento no sólo en las normas sino también en saber cómo está la salud de esa sociedad.

A Montesquieu, quien decía que sólo el poder contiene al poder, lo interroga Heller dos siglos después recordando una vieja expresión latina ¿quién controla al control? Y la repuesta a esto que parece una verdadera cuadratura del círculo, se resuelve en una sociedad democrática de una sola forma: con fortaleza pluralista, que no es lo mismo que ser plural. Hay muchas sociedades plurales donde hay pluralidad de ideas y de intereses, y pluralidad de situaciones, pero ser pluralista significa que la sociedad asuma concientemente esa pluralidad, se comporte en consecuencia como vale para una sociedad pluralista. No es el mero reconocimiento de la pluralidad, sino el comportamiento consecuente a ello.

Acá se repite también aquello de que los grandes problemas no pasan por el orden de las normas sino por el orden de los comportamientos, y del ajuste de estos comportamientos a ciertos valores que se supone que las normas han recepcionado. En consecuencia, el tema de la decisión política y de la dirección política, el tema del equilibrio del poder, es también un problema cultural, y no estoy haciendo un reduccionismo o una simplificación elemental. Lo que estoy diciendo es que hay que apuntar a la generación de condiciones que favorezcan la mayor igualdad de oportunidades en el acceso a las libertades. Porque de nada vale tener un Ministerio Público, aún independiente, si no hay una sociedad que no lo inste a actuar. De nada vale tener una Fiscalía de Investigaciones si no hay nadie que va y formula una denuncia. De nada vale tener todo el arsenal imaginable de resortes: defensor del pueblo, auditores, todas las instituciones que ya tenemos y otras que se puedan inventar, si la sociedad está sumida en la resignación, cloroformada y resignada en aceptar pasivamente la consumación de los hechos.

El acceso a los ejercicios de las libertades es fundamental para motorizar instituciones de las cuales depende el control, del cual a su vez dependen los equilibrios.

Entonces, la pregunta final de ¿dónde está el asiento de la decisión política en el régimen de la democracia constitucional?, no tiene una respuesta unívoca.

Parte de la decisión política la toma el poder político que se compone fundamentalmente del Congreso y del Poder Ejecutivo; a veces predomina uno, a veces predomina otro, y a veces las incumbencias están suficientemente separadas; parte de la decisión la toma el pueblo cuando tiene la oportunidad de ser juez de las situaciones y prestando el consenso o retaceando el consenso provoca la alternancia o provoca la continuidad de las políticas vigentes. Es decir que el pueblo tiene un resorte fundamental y lo hace a través de las opciones que le ofrece esa intermediación política a la cual me refería, y los partidos políticos han sido erigidos en un factor de decisión política.

La Constitución reformada potencia los roles de los partidos que ya existían anteriormente, aunque no estaban previstos con nombre y apellido en la Constitución, pero nacieron bajo el amparo de la Constitución por el ejercicio de la libertad de asociación, del derecho de reunión y de las libertades de expresión reconocidas a la sociedad.

Pero la Constitución ha ido más allá. En este periodo intermedio le ha dado el derecho de nominación de los senadores, en que las legislaturas, que son las elegidas por el pueblo, lo único que podrían hacer es decir amén, o sea convalidar los nombres sugeridos por las cúpulas partidarias, sin requerirle a ese proceso previo de nominación que tenga en su trámite interno las mismas reglas, órganos y procedimientos de vigencia democrático, que se exigen para elegir una legislatura o una asamblea en las provincias.

¿Y los jueces? Y los jueces no son poder político. Pero bien sabemos que cuando ejercen su función de control, ciertos actos supremos en que tienen la palabra final revisten consecuencia de corte político. Declarar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso o de un acto del Poder Ejecutivo produce consecuencias de poder político.

Porque si por poder político, de Locke en adelante, y sobre todo en la definición de Locke, es el poder del que hace y deroga la norma. Entonces, si un juez puede inaplicar la norma porque al declararla inconstitucional, si bien no la deroga la hace inválida; para el caso concreto está

produciendo una decisión política, sobre todo por la fuerza paradigmática de su decisión y más aún cuando el pronunciamiento emana de un Tribunal de última instancia que a sí mismo se ha definido —como lo ha hecho nuestra Corte— diciendo que es el intérprete final de la Constitución y nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales.

Entonces el tema de la nominación de los jueces, al cual ya en más de una oportunidad esta Academia ha dedicado su tiempo, reviste una enorme importancia, porque elegir a un juez, cualquiera sea su grado y jerarquía no es lo mismo que elegir a otro funcionario.

Al elegir un juez estamos eligiendo —no sólo como dije recién— al que decide en última instancia sobre la vida, la libertad, el honor, el patrimonio, la seguridad y la garantía de los habitantes, sino también elegimos al que decide sobre la validez o invalidez constitucional de las normas; y yo agrego, con las Constituciones programáticas y con las Constituciones de texto frondoso y pormenorizado, también estamos designando a través del juez a quien va a decir qué normas son operativas y cuales no, qué normas amparan directamente al habitante o al ciudadano, y que normas depende de la intermediación del legislador o del poder reglamentario.

Por eso la cuestión no pasa tanto por los tipos ideales o teóricos de las formas de gobierno o de los regímenes políticos, sino que pasa por las ecuaciones concretas de poder y de equilibrio que las circunstancias ofrecen y que la sociedad tolera o admite; y no encuentro mejor forma que refrendar esto que con una referencia a Michel Debre, traída por el doctor Aja Espil del Congreso Internacional de Ciencias Políticas celebrado en París en 1961 donde Michel Debre decía: “gobernar es decir dirigir los servicios públicos, tomar a su cargo la vida colectiva, garantizar la sociedad contra la invasión, el desorden, la injusticia, la miseria, esta tarea inmensa y nunca terminada es la responsabilidad del poder, entonces ¿cuáles son los límites de su acción?”.

Y contesta Debre:

No puede haber obstáculos a la voluntad del poder, todo lo que es útil debe ser emprendido y acabado, en fin de cuenta es el individuo el beneficiado pero... —agrega Debre— son los hombres libres, la libertad es el testimonio de nuestra conciencia, la exigencia de nuestra razón. Cada individuo debe ser dueño de su conducta, de su pensamiento, de su trabajo, entonces toda sociedad que acepta la libertad debe someter la acción del poder a reglas precisas.

Y termina diciendo la cita de Debre: “Ciertos fines no pueden ser considerados, ciertos medios están prohibidos, el poder no lo es todo y no lo puede hacer todo”.