

Constitucionalismo: 1 - Democracia: 0.

O de cuando el control de constitucionalidad embate al poder constituyente.

Por Juan Manuel Mocoroa¹

El control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial sobre el ejercicio del poder constituyente resulta para el demócrata un hecho insoportable. Tal vez, esta primera consideración sea algo exagerada. Sin embargo, no por ello deja de ser verdadera.

Son varios aspectos de difícil comprensión para una teoría constitucional los que se encuentran en danza en el tema que aquí se estudia. Empero no por dificultoso que sea el camino ha de dejar de ser andado. Por ello mismo, se torna imperioso hacer ostensibles ciertos presupuestos teóricos desde los que parte el que esto escribe. En efecto, entiendo que la relación constitucionalismo y democracia no es una relación fácil. Más aun cuando a la tradición constitucionalista se le adiciona dos arreglos institucionales no suficientemente problematizados en nuestro país. Me estoy refiriendo, por un lado, a la *rigidez constitucional*, y, por el otro, al control de constitucionalidad de las leyes. Obvio es decirlo, pero se hace imperioso, que si encuentro dificultoso el control de constitucionalidad de las leyes mayores serán mis resquemores para con el control de constitucionalidad del producto normativo efectuado por el poder constituyente.

Sobre este tópico, con acierto, se ha manifestado que en este caso nos encontramos ante un hecho institucional de singulares características e imponderables consecuencias².

Como tarea previa los fines de analizar la relación del binomio que será objeto de estudio, es necesario que me refiera a cuál es la función que, entiendo, debería tener el Poder Judicial en un sistema democrático. Para ello, haré una (muy) breve referencia a la concepción deliberativa de la democracia.

¹ Abogado (UNC) Docente Adscripto en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Social de la UNC

² FERREYRA, Raul Gustavo, *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2007, *passim*.

Luego de ello, analizaré (brevemente) una reciente que pone sobre el tapete las cuestiones a las que me estoy refiriendo. En efecto, me ocuparé de la decisión adoptada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán por la que se declaró la nulidad e inconstitucionalidad de los artículos 155³, 166⁴, 101 inciso 5⁵, 162⁶ y 129⁷. Asimismo, en la sentencia que será objeto de estudio se dispuso que la situación de incertidumbre que pesa sobre el art. 126 de la Constitución de Tucumán debería ser despejada entendiendo que la representación legislativa en el Jurado de Enjuiciamiento se integre con la participación de dos legisladores – como mínimo – que no pertenezcan al bloque oficialista ni a bloques del partido o alianza política con representación mayoritaria en la Legislatura.

A los fines de analizar la referida sentencia utilizaré, como contraposición, dos comentarios laudatorios que ha recibido la misma. Por una lado, me será de utilidad un artículo reciente de Andrés Gil Domínguez y por el otro sendos trabajos en diversos medios periodísticos publicados por Roberto Gargarella.

³ Art. 155.- *Esta Constitución también podrá ser reformada por la vía de la enmienda. Mediante este procedimiento no podrán declararse caducos los nombramientos del Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Legislatura y/o de la Corte Suprema, obtenidos y efectuados de conformidad a las disposiciones de la Constitución de la Provincia y leyes vigentes.*

La enmienda deberá ser sancionada por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Legislatura y luego aprobada por el sufragio afirmativo del pueblo de la Provincia, convocado al efecto en oportunidad de la primera elección de carácter provincial que se realice, en cuyo caso la enmienda quedará incorporada como texto constitucional.

Para que el referéndum se considere válido, se requiere que los votos emitidos hayan sobrepasado el cincuenta por ciento de los electores inscriptos en el padrón electoral de la Provincia.

Las enmiendas a que se refiere el presente artículo no podrán llevarse a cabo sino con intervalo de dos años.

⁴ Art. 166.- *El sistema de enmienda prescripto en el Artículo 155 no podrá ser utilizado sino después de dos años de entrar en vigencia la presente Constitución. A estos fines la Legislatura deberá sancionar una ley que reglamente su procedimiento.*

⁵ Art. 101, inc. 5º) *Nombrar, con acuerdo de la Legislatura, los jueces de la Corte Suprema, de las Cámaras, de primera instancia, el Ministro Fiscal, los fiscales, los defensores y asesores en la administración de Justicia, y demás funcionarios para cuyo nombramiento se exija este requisito. Para nombrar los jueces de primera instancia, de las Cámaras, defensores y fiscales, el Poder Ejecutivo organizará un Consejo Asesor de la Magistratura, cuyo dictamen será vinculante y que tendrá como criterios rectores en la selección de candidatos, los siguientes: concursos de antecedentes y oposición, entrevistas y opiniones vertidas por la ciudadanía acerca de los candidatos propuestos, para lo cual deberá habilitarse un período de impugnación.*

⁶ Art. 162: *El Poder Ejecutivo, en el plazo de seis meses de sancionada esta Constitución, reglamentará la creación y funcionamiento del Consejo Asesor de la Magistratura.*

⁷ Art. 129.- *Cualquier habitante de la Provincia, la Corte Suprema y el Ministro Fiscal tienen acción para denunciar el delito o falta, a efecto de que se promueva la acusación. La denuncia deberá presentarse ante la Comisión Permanente de Juicio Político de la Legislatura, a la que corresponderá decidir la acusación, con el voto de las dos terceras partes de los miembros de la misma. En caso de dar curso a la acusación, la Comisión Permanente de Juicio Político deberá sostener la misma ante el Jurado.*

La particularidad que tienen ambos trabajos es su sustancial acuerdo en elogiar la decisión dictada. Ahora bien, hasta allí llegan las coincidencias.

Ello así pues, en el momento clave de explicarnos porqué se trata de un decisorio que merece ser elogiado ambos profesores disienten radicalmente. En efecto, la distancia que separa a ambos autores trasluce, si se quiere, cuestiones *preteóricas* de vital relevancia. Esto es, a lo que en última instancia se refiere la polémica entre los nombrados profesores trasluce una disímil comprensión acerca de la conflictiva relación entre constitucionalismo y democracia, y, por su intermedio, o por derivación de aquella, la posición institucional que es dable adscribirle al Poder Judicial en el seno de una democracia.

Ahora bien, es necesario resaltar, desde ya, que los presupuestos desde los que parto son más cercanos a los propuestos por Roberto Gargarella, en diferentes trabajos.⁸ Sin embargo, en el caso de marras, esto es, en la aplicación práctica de todas y cada una de esas coincidencias basales, las diferencias nos separan. Por ello, adelantando conclusiones al respecto, no creo que en el caso *sub examen* la decisión última sobre los tópicos tratados haya debido darla el Poder Judicial. Para ser más preciso, no creo que en este caso se trate del control de constitucionalidad sobre un aspecto de los denominados *precondiciones de la democracia*. En cambio, intuyo que en el decisorio comentado sólo nos encontramos ante una disidencia específica de parte de dos miembros del Poder Judicial de la Provincia de Tucumán, con concretas decisiones adoptadas por el Poder Constituyente.⁹

Por el contrario, entiendo, pese a mis diferencia teóricas con los productos sancionados por la Convención Constituyente de la Provincia de Tucumán (¿es necesario decirlo?), la batalla por su reforma debía ser dada en la arena política. Dentro del clamor de ella, y no fuera, en el recinto de Tribunales, es donde debían subsanarse, si es que algo

⁸ Autor citado, *Nos los representantes, La Justicia Frente al Gobierno, El derecho a la protesta. El derecho a tener derechos, El constitucionalismo según Rawls y El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina*

⁹ En similares términos se ha pronunciado, recientemente, el Prof. Gregorio Badeni, Vid. “Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional: razonabilidad y excesos”, publicado en Diario La Ley del Lunes 10 de Marzo de 2008, específicamente en p. 8, puede leerse: “No rechazamos el activismo judicial... Sí rechazamos los excesos del llamado activismo judicial mediante el cual se pretende que los jueces adopten decisiones sobre la base de los criterios políticos de conveniencia y al margen de la estructura del orden jurídico. Es que, una cosa es la cuestión política, concepto abarcativo de una (sic) área que tiende a reducirse sensiblemente, y otra la politización de Poder Judicial. En el caso que comentamos, no hubo activismo judicial sino politización del Poder Judicial manifestada en su disconformidad con las soluciones adoptadas por la Convención Reformadora de la Provincia de Tucumán”

debía ser subsanado, las deficiencias de la Constitución Tucumana. Con esto que estoy diciendo se van develando ciertas proposiciones en las que creo.

Modernamente se viene desarrollando (por un cierto sector de la doctrina), que practica profesión de fe hacia ciertos aspectos de la constitución, ciertas cuestiones que se asemejan más a una *teología constitucional* que a una verdadera teoría de la constitución.¹⁰ Por ello mismo, como ya dije, es necesario que vaya mostrando los cimientos en los que se basan las conclusiones a las que se llegará aquí, con similares términos a los usados por esta corriente. Creo en las cuestiones políticas. No como evasión del Poder Judicial. No como una forma de obsecuencia ante el Poder Político de turno. Por el contrario, las entiendo una manifestación concreta de aquello que la doctrina alemana ha denominado “*principio de corrección funcional*”.¹¹ Creo en la objeción contramayoritaria. Entiendo que

¹⁰ Sobre esta forma de entender el derecho constitucional alejada de la noción de “lo político”, Vid. RIBERI, Pablo C., “*Notas Comparadas sobre Neutralidad Liberal, Disenso y Criptoconstitucionalismo*”, ponencia presentada en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, UCA, Paraná, Septiembre de 2007, el auto entiende por “*criptoconstitucionalismo*” aquella “...*corriente de pensamiento constitucional que dentro de la disciplina exhibe un escasísimo interés por la democracia y la tradición republicana*”, p. 3 n. 2. Intuyo que existe una gran semejanza entre ambas ideas. Entre los teólogos y los *criptoconstitucionalista*. En ambas ideas, entiendo, lo que se quiere poner de resalto es lo alejado que se encuentran estas manifestaciones del movimiento constitucionalista de los *fundamentos políticos* de las democracias complejas modernas.

¹¹ HESSE, Konrad “*Interpretación constitucional*”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Pedro Cruz Villalón (trad.), p. 47, en cuanto entiende, concluyendo a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, que éste es uno de los principios de interpretación constitucional. Específicamente nos viene a decir que éste comporta “...*si la constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre legislador y tribunal constitucional: puesto que al legislador solo le corresponde frente, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo*”. Acerca de la interpretación formulada en el cuerpo de este trabajo del mentado principio, en cuanto plasmación hermenéutica del principio de respeto del juez constitucional para con el Parlamento democrático, a los fines de evitar la vacuidad y circularidad del razonamiento, en síntesis como la idea de la interpretación de la constitución como *principio de deferencia hacia el legislador democrático*, Vid. FERRERES COMELLA, Victor, *Justicia Constitucional y Democracia*, CEPC, Madrid, 1997, p. 38 y ss. específicamente, refiere: “...*el juez debe interpretar el texto constitucional de tal modo que sus decisiones acerca de la ley con socaven el sistema de relaciones institucionales que en una democracia representativa deben regir entre Parlamento y juez constitucional. Así reformulado, el argumento impone al juez la exigencia de tener en cuenta, como factor relevante a la hora ponderar las razones a favor y en contra de una posible declaración de inconstitucionalidad, el hecho de que la ley proviene de un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal*. Es el respeto al valor de la democracia lo que quiere destacarse con la apelación a la ‘*corrección funcional*’” (el resaltado es mío), p. 41. Es menester recordar que éste principio de interpretación constitucional también ha sido invocado a los fines de invalidar el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre el producto normativo efectuado por la Reforma Constitucional de 1994 (art. 99 inc. 4, tercer párrafo y la disposición transitoria undécima) *in re* “Fayt, Carlos

no es fácil conciliar en una democracia la autoridad y el poder que detentan los jueces en nuestro sistema político de descalificar decisiones adoptadas por el poder político de turno. Creo en la regla de la mayoría. Debido a la base moral en la que se asienta al proteger la autonomía de las personas y considerar que cada uno de nosotros, Ud. y yo, somos capaces de adoptar decisiones que nos conciernen. Creo en el Poder Político. Esto es, entiendo que existe una esfera diferenciada en lo que se refiere al poder jurídico y al poder político. Este último crea al primero y el segundo lo limita. Empero, es necesario recalcar que si bien cada una de estas esferas tienen amplias relaciones de imbricación las líneas de separación no dejan, por ello, de existir. En síntesis creo en la *concepción geográfica del Derecho Constitucional*, como ha sido caracterizada (¿irónicamente?) por el Prof. Pietro Sanchís, la cual posee como presupuesto teórico que “...la política y el derecho poseen espacios propios”.¹² Por último, creo en las limitaciones de esa práctica social a la que llamamos derecho. En fin, la limitación misma del saber jurídico, del saber constitucional. En síntesis, entiendo que no siempre el *topos* adecuado a los fines de la resolución de disputas constitucionales ha de ser dada en los estrados de Tribunales. Por el contrario, los espacios que le concedo a “lo político” son bien amplios.

Procedimentalismo vs. Sustancialismo. O de cuando las razones al demócrata no le satisfacen.

A esta altura del desarrollo de la presente ponencia se torna imperioso que pase a desarrollar cuáles han sido los argumentos dados por Roberto Gargarella al momento de analizar el fallo que se comenta. Este autor, como ya se adelantó, ha defendido la actuación de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán entendiendo que lo que es acertado del decisorio es resultado. Mas no, todas y cada una de las argumentaciones desplegadas por los magistrados.¹³ Por ello nos dice que “*La Cámara en lo Contencioso*

S, c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, por parte del Dr. Antonio María Hernández, Vid. *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 36-37, p. 56, p. 78, p. 87 n. 99.

¹² Autor Citado, “El constitucionalismo de los derechos”, en Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2007, p. 221.

¹³ Aut. Cit. “Una decisión que importa porque marca límites” en La Gaceta de Tucuman 14 – 02 – 08

*Administrativo de Tucumán ha tomado una decisión notable, que la pone -merecidamente- en el centro de la atención constitucional de la Nación.”*¹⁴ Sin embargo nos advierte que *“Es posible, de todos modos, que la Cámara haya ingresado al lugar correcto por la puerta equivocada”*.¹⁵ Ello así pues entiende que las argumentaciones que fueran esbozadas por el Tribunal al declarar la nulidad e inconstitucionalidad de la reforma constitucional son sólo *“parcialmente convincentes”*.

La principal objeción de parte de este autor con el fallo se centra en dos vías argumentativas. Por un lado, la vía que podría llamarse *por exceso* y, por el otro, la vía que denominaré *por defecto*.

Los déficits del fallo por exceso. De este talante son las consideraciones que el autor al que estoy siguiendo en este punto cuando afirma: *“...confirió un particular peso a los “mandatos” que los convencionales estaban constreñidos a respetar; y prestó una especial atención a lo que podríamos llamar la “esencia” de los organismos que debían crearse”*

La otra estrategia argumentativa para descalificar el resolutorio, esa que he denominado *por defecto*, se basa en aquellos argumentos que estaban a mano de los jueces para decidir como lo hicieron, pero a los que, sin embargo, no acudieron. En cuanto a este tópico nos refiere: *“Básicamente, ninguna reforma local puede poner en riesgo los componentes republicanos del sistema institucional provincial. Ninguna reforma puede erosionar el sistema de procedimientos que permite que la ciudadanía -directamente o a través de sus representantes- decida el modo en que quiere vivir. Ninguna Constitución provincial puede dejar de asegurar su administración de Justicia, ni confrontar con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional: simplemente, la Constitución Nacional ordena que así sea.”* Más adelante, aclara que se está refiriendo a las precondiciones y procedimientos del sistema democrático, pese al *fumus* de cuestiones pétreas.

Sin embargo, el autor es bien conciente de cuáles podrían ser las derivaciones de este planteo. Por ello mismo, abre el paraguas ante posibles malas interpretaciones de lo por él afirmado. Así, dice: *“Conviene llamar la atención sobre los alcances y límites de lo dicho. No se propone aquí que el Poder Judicial siga expandiendo más y más su poder, con*

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ GARGARELLA, Roberto – ARBALLO, Gustavo *“El caso de la Reforma de Tucumán”*, publicado en Página/12 el 16 – 02 – 08.

la voracidad de tantas veces. La idea es más bien la contraria: la Justicia debe dejar que la ciudadanía (sola o a través de sus representantes) se haga cargo de su propia vida colectiva. Sin embargo, para ello, y por ello, debe ser cada vez más estricta y severa en el control de las precondiciones y procedimientos que hacen posible que la ciudadanía se autogobierne.”

Si bien es cierto que los artículos a los que me estoy refiriendo tienen carácter divulgatorio y no científico, existen ciertos compromisos que un académico no puede dejar de soslayar. Entre ellos se encuentra la posibilidad de evitar las falacias en los razonamientos. Entiendo que esto no debe perderse, ni siquiera cuando se escribe para un público lego.

Ello así pues, es palmariamente clara la petición de principio en la que incurre nuestro autor. En el trabajo publicado no nos dice cómo es que la reforma de la Constitución Tucumana viene a romper con las precondiciones del sistema democrático de gobierno. Cuáles son esas precondiciones que se están poniendo en juego. En síntesis, lo que afirma Gargarella sin argumentarnos es, 1) Porqué la Reforma Tucumana erosiona el sistema de procedimientos que permite que la ciudadanía decida el modo en que quiere vivir; 2) Porqué la Reforma Tucumana deja de asegurar su administración de justicia; 3) Porqué la Reforma Tucumana confronta los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.

Es obvio que el contrarrestar esta crítica manifestando que por las razones dadas por el fallo que comento nos envuelve en una circularidad mortal. No podemos justificar nada de los que estamos hablando sin remisiones mutuas. Por eso, intuyo, sería interesante que pensáramos en los interesantes puntos que plantea Gargarella, sin pensar en las circunstancias concretas de este o aquel Gobernador que, intuimos, quiere anquilosarse en el poder.

Por eso mismo, y en lo que respecta a 1) es necesario que repensemos, por caso, la enorme crítica que desde diversos sectores doctrinarios se le dispensa a la rigidez de las constituciones; en lo que se refiere al punto 2) (que intuyo se refiere al CAM) es menester recalcar el espinoso problema de teoría constitucional que se encuentra en la dermis del mismo; es necesario resaltar que una mayor injerencia de elementos no políticos en la designación de los jueces, y teniendo en cuenta la facultad de declarar la

inconstitucionalidad de normas dictadas por los poderes políticos, debilita, aun más, la legitimidad democrática de estos funcionarios; en cuanto a 3) es necesario resaltar que existen diversas normas en el marco de la Constitución Nacional que hubiesen dado pie para decidir lo contrario; el federalismo consagrado en ella en cuanto dota de autonomía con la reserva dispuesta en el art. 5 CN. Igualmente, es necesario resaltar que no ha de ser necesario para que la garantía mentada funcione que las constituciones provinciales funcionen como espejo de la Nacional. Ellas se encuentran dotadas de amplios márgenes. En cambio, la interpretación de nuestro autor parecería estar pidiéndonos constituciones espejo. No creo que ello sea correcto. Como así tampoco creo que en el caso se encontrasen en juego algunos de los requisitos mencionados como precondiciones de la democracia.

Sustancialismo vs. Procedimentalismo. O de cuando las razones al neoconstitucionalista es todo lo que le satisface.

El profesor Andrés Gil Domínguez al comentar el fallo, lo sitúa en un espectro mucho más amplio del de una simple contienda judicial. Por el contrario, para el autor citado, *“El fallo implica un episodio más en la “guerra silenciosa” que se libra entre el Estado constitucional de derecho y Estado legislativo de derecho, la deliberación y la argumentación, la Democracia y la Constitución, el positivismo y el Neoconstitucionalismo...”*¹⁶ Esta no deja de ser una frase rimbombante que logra el efecto buscado. Es atractivamente reflexiva. Si bien, debo reconocer que me surgen algunas dudas de la pertinencia de los términos utilizados. Por caso, no deja de resonar en mí los términos argumentación vs. deliberación. Sería bueno tener presente que autores inscriptos en la conocida concepción deliberativa de la democracia, si bien no utilizan ambos y términos como sinónimos entienden que entre ambos existen una imbricación necesaria. Ello así pues, es inconcebible la idea de una deliberación sin que exista argumentación a los fines de que esta pueda ser llevada a cabo.¹⁷

¹⁶ Autor Citado, *“Un golpe certero a las anacrónicas cuestiones políticas no justiciables. El ejemplo tucumano”*, Diario La Ley del 13 de Febrero del Corriente año.

¹⁷ Vid. por caso HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, con traducción de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, 1998, Madrid, *passim*.

Es obvio que en el pensamiento del autor existe una preponderancia implícita acerca de la racionalidad superior de la argumentación jurídica por sobre la argumentación política.¹⁸ Ello no tiene porqué presumirse. Por el contrario, invito a los presentes a que evitemos ciertas inconsistencias que esta actitud provoca.¹⁹ Debemos evitar la idea común de auscultar al Poder Judicial a su mejor luz y a la política, por el contrario, a su peor luz. Una consideración intermedia nos impele a que aceptemos que nuestros legisladores se encuentran tan capacitados como los jueces a los fines de leer la constitución. Las interpretaciones que estos pueden dar son tan o más asequibles que las de estos últimos.

Intuyo que este razonamiento implícito que he tratado de desnudar se encuentra fundado en lo que Nino denominaba *elitismo epistemológico*. “*La perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión. Es entendible que aquellos juristas que celebran las bondades del control judicial de constitucionalidad se sientan ellos mismos más identificados con los jueces que con los políticos y, de este modo, se inclinen a pensar, como sostiene Michael Walzer, que aquello que ellos consideran ser las soluciones correctas – sus propias decisiones correctas – serían más factiblemente descubiertas por los jueces que por los políticos*”.²⁰

¹⁸ El razonamiento que describo como implícito se encuentra desarrollado en forma explícita en un reciente trabajo publicado en el Diario La Ley del 14 de Marzo del corriente año, según el cual nuestro autor traza un puente de inferencia lógica entre lo que el llama Estado Constitucional de Derecho y que la última palabra sobre cuestiones constitucionales controvertidas se encuentre en manos de los jueces. Vid. *Neoconstitucionalismo y última palabra*.

¹⁹ En necesario recordar, con Waldron, que sólo una actitud prejuiciosa acerca de cómo es que funcionan en la realidad nuestros Tribunales y nuestros Parlamentos sostiene esta idea. El autor citado pone por caso que no es dable concluir que las deliberaciones, las argumentaciones que se dan en el seno del Poder Legislativo, por caso, para la discusión acerca de la permisón constitucional del aborto no difieren en mucho de las que se dan en la propia Corte Suprema. Vid. WALDRON, Jeremy *Derecho y desacuerdos*, con traducción de Joseph Luis Marti et all, Marcial Pons, Madrid, 2005

²⁰ NINO, Carlos S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, con traducción de Roberto Saba, Gedisa, 1997, Barcelona, p. 260. El elitismo al que me refiero, y a la amplia superioridad, sin justificación suficiente otorgada a la argumentación jurídica por sobre la deliberación política del autor puede vérsela aquí: “*También es posible hacer un ejercicio comparativo entre los justificantes emergentes de las deliberaciones de la Convención Constituyente y los argumentos ponderados por el Tribunal actuante. ¿Cuál de los dos*

El Prof. Gil Domínguez, entiende que los peligros que implica el ejercicio del control de constitucionalidad sobre el producto de la reforma constitucional son despejados por la sentencia. Así nos refiere: *“La sentencia despeja los infundados temores apocalípticos de los defensores de las cuestiones políticas no justiciables, por cuanto el Tribunal actuante verifica una máxima neoconstitucionalista que dice “que todo sea constitucionalmente verificable no implica que todo sea inconstitucional”. En otras palabras, el control de constitucionalidad obliga a que los demás poderes, aun en el ejercicio de atribuciones propias consignadas por una Constitución, deban resguardar la razonabilidad y la proporcionalidad cuando producen las respectivas normas. Imaginar una Constitución con fuerza normativa, pero a la vez con espacios exentos del control de constitucionalidad sin razón alguna (más allá del principio basado en la decisión de una mayoría eventual), es una entelequia desquiciada...”*²¹

Si bien es discutible, como creo que lo es, el aserto de esta conclusión a los productos normativos dispuestos por el Poder Legislativo en tanto la Ley se encuentra dotada de una especial dignidad democrática, el problema es mayor en el caso de marras. Ello así pues, pasa por alto el autor que nos estamos refiriendo no a un poder sino al PODER, con mayúsculas.²² Estamos en presencia del ejercicio más alto de soberanía popular. Estamos en presencia, insisto, de “lo político”. La más alta expresión deliberativa de la ciudadanía. Aquí no cabe formular la distinción entre el Poder Constituyente Originario y el Derivado. Siendo este limitado y todas las características que por oposición la doctrina les adosa a cada uno. Ello así pues la apertura de la instancia reformista implica la apertura de este ámbito de libertad, no de limitación. Este ámbito, sin dudas, es “lo político”. Mi profesor de Derecho Constitucional me enseñaba que el inicio del proceso de reforma es como “abrir la puerta para ir a jugar, uno nunca sabe lo que se va a encontrar”.²³

*métodos esgrime un mayor sesgo de racionalidad? Cada cual esgrimirá su respuesta, yo creo sin lugar a dudas que el argumental elaborado por la Sala Segunda.”*GIL DOMÍNGUEZ, Andrés *op cit* p. 11.

²¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés *op. Cit.* Cita omitida.

²² La referencia es a Pablo Riberi quien en sus clases de derecho constitucional lo explica con estos términos siguiendo a Foucault en su *Microfísica del Poder*.

²³ Debo agradecer estas ideas al Prof. Pablo Riberi cuando desde aquellas clases de Derecho Constitucional, pasando por los seminarios y hasta en la actualidad me sigue insistiendo con esta idea que no me resultaba fácil comprender ni digerir. Espero que haya entendido bien.

Entiendo que la visión en clave teológica constitucional que desarrolla el autor que comento le impide visualizar cuáles son los fundamentos políticos de nuestro sistema constitucional, una de cuyas piedras basales es el principio mayoritario, sin dudas.

AGD nos dice que si la Cámara habría declarado que se trataba una cuestión política no justiciable, como creo que debió haber hecho, “...*se hubiera consagrado una reforma constitucional cuyo producto final sería una Constitución flexible..., con un Consejo de la Magistratura sometido a la voluntad absoluta del Poder Ejecutivo y un Jurado de Enjuiciamiento sin representación de minorías...*”. No entiendo cual es el problema con que la contitucion sea flexible en los términos dispuestos por la Constitución Reformada de Tucumán. Puedo o no estar de acuerdo desde un punto de vista de política constitucional, sin embargo no veo porque no ha de ser una opción válida para el ejercicio del poder constituyente. Incluso, ciertas objeciones que los demócratas dirigen con fuerza contra el censo mismo del constitucionalismo como institución se verían disminuídas. Las otras dos conclusiones a las que arriba son, también desafortundas. Por caso, la que se refiere a la inexistencia de minorías la Constitución no decía nada al respecto, por ello entiendo que la admisión de la declaración de certeza en el caso es extemporánea por prematura. No se había dado caso alguno, si así hubiera sido, entiendo que el Poder Judicial podría haber declarado inconstitucional la ley reglamentaria del Jurado de Enjuiciamiento, mas no hubiese habido necesidad de declarar inconstitucional una norma constitucional.

Ello no por las razones sustanciales a las que aduce el Prof. Gil Domínguez sino más bien, por la imposibilidad de aceptar en el seno de esta comision del necesario disenso. Esto es la presencia de las minorías parlamentarias. Aquí, podría decirse el argumento se asemeja al esbozado por Gargarella. Entiendo que se estaría violando las precondiciones de la democracia al no dejar participar en las comisiones a formarse a las minorías políticas