

Proceso colectivo y diálogo político.

Por José María Salgado.

Conflicto, política y poder judicial.

Las fuerzas políticas optan por trasladar sus disputas de su arena natural a los despachos judiciales. Se trata de una tendencia que ha ido en franco crecimiento. Todos los días se tiene noticia de alguna decisión judicial que agrega sentido al diálogo político y urde la trama de la democracia. Dentro del movimiento de mayor acceso a la jurisdicción, se han dejado de leer en las sentencias argumentos fundados en “las cuestiones políticas no justiciables” como motivación para la abstención¹.

Podríamos identificar una lista de justificativos de ese proceder sin necesidad de calificarlos. La falta de un franco diálogo institucional, una forma rudimentaria de concebir la vida democrática, el bloqueo sistemático de las decisiones de gobierno o la falsa percepción de que, trasladando las cuestiones a manos de los jueces, montando una crisis en el medio, se eluden responsabilidades que le son inherentes a los funcionarios electos.

En este trabajo no ahondaremos en las razones por las que los buscadores de jurisprudencia se han colmado de este tipo de fallos, sino en cómo tratar estos conflictos, conscientes de que los jueces deben salir al ruedo, a veces convocados por actores sociales, otras por los propios cuadros políticos. La idea del silencio o la abstención pocas veces resulta razonable. A veces favorece –en una mirada del sistema social- el estancamiento de las instituciones y en otros casos coarta el desarrollo de la vida. Casi siempre mirar

¹ La nómina es solo ejemplificativa de algunos casos de la última década:

CSJN, 29/3/2005, “Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/Reajustes varios”, Fallos: 328:566;

CSJN, 14/6/2005, “Simón, Julio Héctor y otros”, Fallos: 328:2056;

CSJN, 8/8/2006, “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS”, 329:3089;

CSJN, 23/5/2007, “Rosza, Carlos A. y otro s/Rec. de casación”, 330:2361;

CSJN, 2/12/2008, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”, G. 147. XLIV;

CSJN, 25/8/2009, “Arriola, Sebastián y otros s/Causa N° 9080”, Fallos: 332:1963;

CSJN, 15/6/2010, “AFIP c/Intercorp SRL”, Fallos 333:935;

CSJN, 13/3/2012, “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197;

CSJN, 24/04/2012, “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 335:452;

CSJN, 18/06/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho);

CSJN, 6/5/2014, “Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.S.E.S. s/ acción de amparo”, C. 766. XLIX. COM.

CSJN, 14/4/15, “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro”, CSJ 22/2009 (45-C).

para otro lado, o no involucrarse, es un modo de complicidad con tipologías de conductas como las descritas que –seguramente- ningún juez estaría dispuesto a respaldar en el texto de sus fallos.

Creo que en el juego dialógico de la democracia existe cierto convencimiento de que los jueces demuestran prudencia y mesura mediante la abstención o devolviendo a los actores políticos los entuertos en su estado puro, sin ningún aditamento. Sin embargo, en tanto se comience a advertir que el valor que debe darse al silencio institucional es, cuanto menos, igual al resultado que produce su falta de intervención, dejaremos de esconder bajo la alfombra el problema, esperando que nadie note este proceder, y comenzaremos a legitimar la labor judicial como un mecanismo propio de la vida constitucional.

Hay que cambiar entonces la pregunta. No podemos iniciar el análisis inquiriendo si es, o no, potestad del juez dirimir una cuestión. El silencio, bien mirado, en realidad es un grito a la hora de adoptar una postura. Desde la jurisdicción debe pensarse cuál es el mejor sentido que puede darse a su intervención. No sólo sopesando el menor o mayor avance sobre las órbitas de los otros poderes, sino en la justificación constitucional que se haga, que será lo que dará legitimidad al actuar de los jueces.

El proceso colectivo: un diluyente de la objeción contramayoritaria.

Entre los diversos argumentos que se han utilizado para justificar la autorrestricción de los jueces, la objeción contramayoritaria es el que tiene mayor peso jurídico². Este se sustenta en la representatividad política de la autoridad que toma la decisión, donde se confía en que la legitimidad del sistema político se apoya en la soberanía popular, por lo que debe preferirse el accionar de las autoridades electas por la voluntad mayoritaria antes que el de la autoridad tecnocrática de los jueces. Dicha preferencia se asienta, en esa misma línea de análisis, en las mayores posibilidades de control por parte del electorado a través de los canales del proceso político.

Un segundo argumento que se suele utilizar se enfoca en cuestiones funcionales, señalando la incapacidad de los tribunales de llevar a cabo tareas

² Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, (1986).

que implican el virtual reemplazo de las decisiones de órganos estatales. Afirman que el litigio no es el mejor ámbito para discutir cuestiones de política pública que pueden implicar priorizar objetivos, distribuir recursos, equilibrar intereses contrapuestos. También se aduce la falta de formación profesional de los jueces para resolver cuestiones que requieren conocimientos técnicos específicos e información sobre los hechos, aspectos para los cuales una agencia administrativa especializada estaría mejor preparada.

Señalar el carácter contramayoritario del Poder Judicial, como un desmedro a su autoridad para adoptar decisiones de esta especie, implica dar por sentado que los restantes poderes del Estado siguen las decisiones fijadas por la voluntad mayoritaria.

Courtis señala que esa afirmación contiene una exagerada influencia norteamericana, donde se da por descontada la regla de juego democrática y el relativo buen funcionamiento de las instituciones representativas; aspectos que no se verifican en Sudamérica, bien por la ausencia de democracias (o leyes dictadas por gobiernos de facto aún vigentes), bien por la disfuncionalidad de las instituciones³. Para seguir al autor en esa afirmación –creemos- no será necesario tener pruebas irrefutables de sospechados contubernios; bastará analizar si la agenda legislativa refleja las necesidades de las mayorías, o pensar si se trata de abordajes temáticos pautados por los ritmos electorales. También podríamos reflexionar por qué la mentada agenda registra, muchas veces, la temática que en ella hace ingresar el sindicato como menos democrático de los poderes.

Es claro que la objeción contramayoritaria carece de relevancia cuando el Poder Judicial es llamado a resolver interferencias sucedidas en la actuación superpuesta de los otros dos poderes del Estado, o denominado conflicto de poderes, pues se patentiza que la no intervención importa beneficiar la actuación de aquel poder acusado de extralimitarse.

La legitimidad representativa debe ponderarse en un contexto donde muchas veces aquellos que la han obtenido en las urnas la pierden en la

³ Courtis, Christian, Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales, en Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí, Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk (compiladores), Buenos Aires, Prometeo, 2003, p. 307.

función y los que nunca se han postulado como representantes –los jueces- la ganan con la aprobación generalizada de su obrar.

Sin embargo, los argumentos basales de esta discusión se centran en el conflicto existente entre los fundamentos de la democracia, en cuanto debe prevalecer la voluntad de las mayorías, y la validez de las correcciones o limitaciones que sobre aquélla realizan los jueces, con sustento en la primacía del orden constitucional, en defensa de las minorías y sin contar con el respaldo popular legitimador⁴.

Recordemos que *El Federalista*⁵ fomenta la idea de la representación como el mecanismo idóneo para el funcionamiento republicano. Madison asume la existencia de espíritus facciosos que corrompen la administración – movidos por una pasión común o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos- y que su ordenación, manteniendo a raya sus efectos, es la tarea principal de la legislación moderna. La democracia pura, agrega, no puede evitar los peligros del espíritu sectario; la república –un gobierno en que tiene efecto el sistema de representación- es el remedio a esos males⁶.

Debe considerarse que la democracia es el gobierno que se ejerce por la discusión pública y no sólo por la imposición de las mayorías; el desacuerdo público es el instrumento esencial del gobierno popular y sólo la voluntad formada en un debate vigoroso y abierto debería recibir autoridad soberana. El derecho a la oposición legalmente garantizado es, por tanto, una norma fundamental del gobierno democrático; la minoría no sólo defiende sus derechos con el proceso, sino que ayuda a corregir e instruir las decisiones de las mayorías. Los frenos de las minorías, antes que resultar sistemáticamente antidemocráticos y generar esa tensión con el constitucionalismo, también son aptos –dependiendo el modo en que sean utilizados y direccionados- para

⁴ Ely, John H, Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997; Cappelletti, Mauro, ¿Jueces legisladores?, Communitas, Lima, 2010, p. 147.

⁵ Se trata de una serie de ensayos que se publicaron entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en distintos diarios de Nueva York, bajo el seudónimo de “Publius”. Lo hicieron para contrarrestar publicaciones que se oponían a la ratificación de la Constitución de Estados Unidos (Filadelfia, 1787). Luego de sancionada la Constitución surgieron diferencias, principalmente con Hamilton, quien cuestionaba la estructura de autoridad establecida en el texto y defendía la idea de una soberanía absoluta de un gobierno general, de modo de extinguir los gobiernos estatales, afirmando que dos soberanías no podían coexistir dentro de los mismos límites. Burt, Robert A., Constitución y conflicto, Edudeba, Buenos Aires, 2000, p. 80.

⁶ Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John, El federalista, Fondo de Cultura Económica, México, p. 38.

reforzar la idea misma de democracia y para producir o aumentar la libertad de las personas⁷.

Se ha destacado que los frenos y contrapesos, *cheks and balances*, no favorecen la justicia dialogal, sino que se basan en una estructura obstruccionista, de control recíproco -una paz armada- entre mayorías y minorías que, en el mejor de los casos, logra enfriar las tensiones. La polifonía volitiva que actualmente se incorpora a la conversación constitucional no garantiza una mejor representación o legitimidad en la decisión; por el contrario, se verifica la sumatoria de voces no provenientes de demandas políticas, sino sostenedoras de intereses poco visibles que intentan manipular la cuestión antes que centrarse en el proceso deliberativo⁸.

La legitimación de los jueces para tomar parte en estas cuestiones –en las que son puestos por los propios actores políticos- depende, en buena parte, del modo como construyen la decisión. Si trasladamos la discusión al contexto del proceso colectivo⁹, considerando el modo en que ha sido fijado por los fallos de la Corte nacional, debemos considerar que la decisión adoptada por las autoridades representativas –usualmente legisladores- debería ser cribada, tamizada, analizada y debatida por diversos sectores vinculados a sus disposiciones. Este aspecto es vital y desde el ángulo del proceso puede ser canalizado bajo el prisma de la representación adecuada, donde necesariamente se abrirá la participación a la multipolaridad de intereses en juego.

Consiste en que la jurisdicción evalúe y controle que quien está actuando en el proceso sea un fiel representante, autopostulado claro, de los intereses del sector al que pretende defender o cuyos derechos intenta gestionar. Debemos estar seguros que la representatividad sea real, que no existan prerrogativas, argumentos o pruebas omitidos o solapados, de modo tal que ningún integrante de ese grupo pueda sostener que él o un tercero hubiera representado de mejor manera esos intereses. Se trata de la pauta más

⁷ Holmes, Stephen, El precompromiso y la paradoja de la democracia, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, Constitucionalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 217 a 262

⁸ Gargarella, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, en Gargarella (compilador), Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo Veintiuno, 2014, p. 119/158.

⁹ Abram Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, Harvard Law Review, v. 89 (1976), 1312. Sabel, Charles - Simon, William H., Destabilizing rights: how public law litigation succeeds, 117 Harv. L. Rev., 1015, February, 2004, p. 80/82.

relevante de esta matriz procesal, que confiere validez constitucional a los procesos representativos.

Los jueces deben actuar en un litigio de política pública en el que las objeciones contramayoritarias se diluyan, demostrando que sus decisiones, aún cuando sean tomadas por funcionarios no electivos, dan necesariamente respuestas en sus fundamentos a las posiciones de los sectores mayoritarios y minoritarios. Ni más, ni menos, que un debate democrático.

En efecto, el proceso colectivo no puede ser desarrollado en el secretismo del expediente en el que sólo se considera el esfuerzo del particular y en el que el juez resuelve en la soledad de su despacho, dando satisfacción a las postulaciones y a los esfuerzos de personas que han actuado en forma personal; por el contrario, la decisión debe tomarse en un marco participativo – que de ningún modo es agotado por la adecuada representatividad- y debe ser sometida al escrutinio de todos¹⁰.

La falta de idoneidad en este ámbito es natural y sólo puede ser removida con la capacitación, con el ejercicio y con la estructuración de un proceso que cuente con distintos instrumentos que, necesariamente, robustecerán la prestancia del fallo.

El Poder Judicial conforma uno de los estamentos que gobiernan el Estado y no cabe duda que los jueces, aun cuando deban fundar en derecho sus sentencias, son actores que toman decisiones políticas. El déficit actual de esta dinámica se centra en el modo en cómo se abre ese debate, en la definición de los estándares mínimos que deben respetarse para lograr una decisión legítima, con un fuerte anclaje constitucional, que definitivamente valide el obrar de la jurisdicción, antes que opacar su actuación¹¹.

En esas condiciones el litigio dialogal, de matriz representativa, no sólo es apto para diluir las objeciones anotadas, sino que se presenta como el ámbito más adecuado para canalizar las tensiones democráticas en la discusión de la política pública.

Estado actual de los instrumentos del litigio publico colectivo.

¹⁰ Verbic, Francisco, Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano, LL, 2014-A, 867.

¹¹ Salgado, José María, El proceso colectivo y la política pública. Un sistema en construcción, LL, 30/6/2015, AR/DOC/1998/2015.

Dentro de este campo se deben mencionar los avances habidos en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en la última década y tomando como bandera el saneamiento de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, ha tenido un marcado activismo en la generación de nuevos instrumentos que coadyuvan al trámite de los litigios colectivos vinculados a las políticas públicas que tramitan en su sede.

Mediante las acordadas 28/2004, 14/206 y 7/2013 incorporó la figura de los *amicus curiae*, definidos como actores sociales convocados a los litigios para pluralizar y enriquecer el debate constitucional y así fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por la Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional¹². El art. 2° de la Ac. 7/13 indica que “El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. En el primer capítulo de su presentación fundamentará su interés para participar en la causa y deberá expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representara -directa o mediatamente- beneficios patrimoniales”.

La Corte decidirá en qué casos la actuación de los *Amicus* resulta necesaria y su actuación tendrá “... por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas. No podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes” (art. 4, Ac. 7/13).

Las audiencias públicas ante el Máximo tribunal fueron reglamentadas mediante la Ac. 30/07, también con la finalidad de “...elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República (...) permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la

¹² Acordada 7/2013 de la CSJN.

administración de justicia que realiza este Tribunal”¹³. Se prevén tres tipos de audiencias: informativa, conciliatoria y ordenatoria, que podrán ser convocadas con el voto de tres de sus integrantes. En la asistencia a las audiencias se dará prioridad para participar a las partes y a quienes ellas designen, también al público en general en la medida de las capacidades de la sala. Los jueces podrán interrogar libremente a los abogados, sin que ello implique prejuicio. Las audiencias serán filmadas y grabadas, sus actas serán públicas y accesibles.

Con la Acordada 36/2009 creó la Unidad de Análisis Económico, su función principal es brindar opiniones fundadas sobre los posibles impactos macroeconómicos que pudieran derivarse de las decisiones que adopte el Alto Tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional.

También se creó una Oficina de Justicia Ambiental, bajo la Superintendencia de la CSJN, que tiene entre sus funciones impulsar, coordinar y fortalecer la difusión de las decisiones e iniciativas vinculadas con la justicia ambiental a nivel nacional e internacional¹⁴.

El Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante tribunales del Poder Judicial de la Nación, que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de su Secretaría General y de Gestión fue una de las últimas novedades. La Corte invitó a los superiores tribunales provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a suscribir convenios para compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos¹⁵. Como anexo de la Acordada 32/14 se acompaña el Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos (RRPPC)¹⁶.

En línea con estas innovaciones la Corte ha emitido fallos de carácter exhortativo decidiendo, por ejemplo, que los haberes por jubilaciones y pensiones debían contar con un índice de movilidad¹⁷, que debía adecuarse el Régimen Penal de Minoridad a los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional¹⁸, dispuso la declaración de inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones establecido por el Consejo

¹³ De los fundamentos de la Ac. 30/07.

¹⁴ Acordada 1/14.

¹⁵ Acordada 32/14.

¹⁶ Salgado, José María, Clase, certificación y registro de procesos colectivos, LL, 2014-E, 510.

¹⁷ CSJN, 8/8/06, “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS”, Fallos 329:3089.

¹⁸ CSJN, 2/12/08, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”, G. 147. XLIV.

de la Magistratura¹⁹, ordenó a un gobierno de un Estado Provincial la reposición en su cargo de un funcionario²⁰, reprochó la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires y la distribución de los recursos y esfuerzos destinados para solventar los derechos de personas de necesidades extremas²¹, entre otros.

Ciertamente, el *leading case* que ha servido como faro de las innovaciones en el Máximo tribunal, ha sido el proceso destinado al saneamiento de la cuenca hídrica más contaminada de esta parte del planeta²², donde ha recurrido a diversas propuestas para avanzar en la composición de una vergonzosa realidad. La Corte se mostró extremadamente diligente en el desarrollo de un proceso ágil y dinámico, que fue llevado adelante en tiempos sumamente acotados, no en comparación con este tipo de causas, sino incluso en relación a los procesos tradicionales. El objetivo fue trazar un plan de saneamiento, garantizar la transparencia y la participación de terceros interesados y la convocatoria a audiencias públicas –que fueron cuatro- para la discusión del plan gubernamental para trabajar sobre la cuenca. El proceso se llevó adelante con un manejo alejado de las formalidades, en el que los plazos y los estándares de prueba se ajustaron a las necesidades de la discusión²³.

El Tribunal se constituyó a sí mismo como un agente supervisor del cumplimiento del plan remedial. Delegó la ejecución en otro magistrado a efectos de dinamizar la gestión, con mayor inmediación respecto de los afectados; creó una agencia –Autoridad Cuenca Matanza Riachuelo (Acumar) - para el mejoramiento y la coordinación de la implementación del plan y el monitoreo e inspección de las empresas asentadas en la cuenca; dispuso que el control externo de la sentencia, en lo relativo al flujo de fondos, fuera efectuado por organismos públicos –Auditoría General de la Nación- y organizaciones no gubernamentales; creó un Cuerpo Colegiado, coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación e integrado por diversas ONG

¹⁹ CSJN, 23/5/07, “Rosza, Carlos A. y otro s/ rec. de casación” Fallos 330:2361.

²⁰ CSJN, 20/10/09, “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”, LL, Sup. Const. 2009 (noviembre), 75.

²¹ CSJN, 24/04/2012, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 335:452.

²² “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)” en las distintas intervenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²³ Bergallo, Paola, La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en Gargarella (compilador), Por una justicia dialógica. ob. cit.. 245/291.

presentadas como terceros en la causa, con el objeto de brindar un nuevo ámbito de participación a la sociedad civil, recoger sugerencias de la ciudadanía, recibir información actualizada y formular planteos concretos ante la Acumar para el mejor logro del propósito buscado²⁴. Se ha destacado que esta combinación de mecanismos de seguimiento para la transparencia, la participación y la rendición de cuentas ha generado una serie de estímulos recíprocos entre la actuación del juez sobre el que se delegara el cumplimiento y el Máximo Tribunal²⁵.

El reverso de la trama.

Entre la batería de herramientas instrumentales que la Corte nacional ha proporcionado en miras a tener una versión aceptable del proceso colectivo, hoy todavía huérfano de una ley que lo ampare²⁶, se presentan casos que, pese a involucrar debates plurales fueron gestionados en el sigilo de la bilateralidad. En el campo de los intereses multipolares nombrarlos sirve como ejemplo de lo que no debe hacerse. A veces pasan desapercibidos porque, otra vez, se trata de miradas excluidas que, lógicamente, no están explicitadas en el texto del fallo.

Un caso, o asunto²⁷, al que le cabe esa descripción es “Rizzo”²⁸. Allí se declaró, por mayoría²⁹, la inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 y del decreto 577/2013, lo que importó dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura a representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico.

Se invalidó la norma en razón de la elección directa o semidirecta de los integrantes del Consejo de la Magistratura señalando que son los sectores representados quienes deben encargarse de hacerlo. Para llegar a esa conclusión la mayoría efectuó el análisis de: i) el sentido literal del art. 114 de la Constitución Nacional; ii) los objetivos que persigue la Constitución Nacional al

²⁴ Verbic, Francisco, Un nuevo proceso para conflictos de interés público, LL, 2014-F, 805.

²⁵ Bergallo, Paola, La causa “Mendoza”, ob. cit., p. 264.

²⁶ Oteiza, Eduardo, La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los “ampare”, en Procesos Colectivos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 21.

²⁷ Trionfetti, Víctor R., La función jurisdiccional y el veto judicial, LL, AR/DOC/1589/2015.

²⁸ CSJN, 18/6/2013, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar”, R. 369. XLIX. REX.

²⁹ Zaffaroni votó en disidencia.

incorporar el Consejo de la Magistratura; iii) las expresiones del constituyente al dar origen al texto y; iv) el sentido que debe dársele en el contexto constitucional.

La contradicción más grande del fallo, creemos, es que merced al resguardo de la representatividad en los distintos estamentos, y minorías, dentro del Consejo de la Magistratura, argumento central de la inconstitucionalidad declarada, el Máximo tribunal oculta la ausencia de ese mismo parámetro en el marco de la discusión propuesta.

La postulación es sostenida por una agrupación integrada por abogados de la matrícula federal que participa en los procesos de elección de los representantes, pero que no representa la opinión de todos los abogados. No se convocó a representantes de los jueces, de los académicos y de los científicos, en cada caso diversificando la cuestión en las distintas vertientes de opinión, jurídicamente relevantes, que podríamos encontrar. Así se empobrece el debate restringiendo el acervo argumental del que podría disponerse.

Entiéndase bien, no hace falta emitir opinión sobre las bondades o defectos de la decisión para poder concluir que, al ser el resultado del diálogo, su ausencia la convierte necesariamente en un acto carente de legitimidad. Salvo, claro está, que se sostuviera que se trata de una inconstitucionalidad palmaria, afirmación que no sólo no se condice con las argumentaciones del fallo, sino que goza de una marcada omnipotencia.

La demanda, presentada en el marco de un falso debate, fue canalizada en el marco de un “amparo”, cuyas notas características son la rapidez y la celeridad. Además, se habilitó la vía del recurso de salto de instancia (*per saltum*), prescindiendo -quizás con coherencia interna- de la opinión de la segunda instancia. Esas notas dan la impresión de cierto apuro en emitir una opinión y de dar un sentido inmediato a la discusión política.

Prescindamos de hacer una evaluación comparativa con otros casos de la misma relevancia en lo tocante a los plazos para su resolución y centrémonos en el rol del Tribunal dentro del diálogo democrático. Entendemos que la intervención, casi abrupta en sus modos, trasluce una ansiedad que pone al órgano fuera de *tempo*. La jurisdicción, como lo diremos nuevamente en este trabajo, es violencia que garantiza la paz, por lo que su uso debe ser acompasado para que su fin no se malogre. La Corte es un actor político, pero

no debe moverse con la misma soltura que suelen hacerlo las otras fuerzas de la democracia.

¿Cuán dispuestos estamos a respetar el resultado del diálogo?

Existe un presupuesto que proviene del funcionamiento de la estructura del Estado y que, inevitablemente, se hace presente dentro de la justicia dialogal. Se trata del cuestionamiento a que un tribunal sea intérprete final de la Constitución. Los jueces, señala Cover, son gente de violencia. No se caracterizan por crear derecho, sino por destruirlo. El cargo que ocupan es jurispático: ante el exuberante florecimiento de un centenar de tradiciones legales, su tarea es la de afirmar que sólo una es derecho y destruir o tratar de destruir el resto. Los jueces también son gente de paz, pues aseguran la función regulativa que permite una vida de derecho antes que de violencia. El grado de violencia que pueden ordenar (pero que generalmente no ordenan) constituye la medida del grado de paz que establecen³⁰.

Posicionarse en ese rol implica restarle importancia a la idea de elaboración conversacional de la solución. La pregunta que debemos formularnos es en qué medida seremos capaces de respetar la lectura de la constitución que comunitariamente se haga en el proceso dialógico o en qué medida impondremos sobre ella el poder coercitivo que ejercen los jueces fijando una solución determinada.

La construcción social de un significado jurídico dentro de la vida democrática, enseña Álvarez Ugarte siguiendo a Cover, genera un compromiso de esa comunidad de vivir bajo esa regla cuyo significado ha sido decodificado mediante la lectura y la discusión colectiva. Cuando este fenómeno sucede, la comunidad interpretativa se compromete con un significado que el Estado rechaza y aparece la violencia como resultado posible y probable. En tal sentido el pluralismo tiene sus límites en aquellas concepciones –o mundos normativos- que el Estado acepta y está dispuesto a defender por medio de la

³⁰ Cover, Robert, Derecho, narración y violencia. El poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial. (originalmente Nomos y narración, en Harvard Law Review 97:4), Barcelona, Gedisa, p. 88.

violencia, negando la posibilidad de construir una comunidad democrática y persuadiendo a sus miembros sin recurrir a esa amenaza³¹.

La Corte, o cualquier otro tribunal, al cerrar la discusión con la palabra final, se posiciona en un plano de desigualdad respecto de los sujetos que participan del debate y asume un discurso autoritativo en su implementación que impone una solución y modifica el resultante del proceso colectivo. Álvarez Ugarte, toma las premisas de Cover aunque sin llegar a sus conclusiones más extremas, y señala como deseable la reducción de la coerción al mínimo indispensable³².

Es cierto, como lo ha señalado Jackson, que la Corte no es el intérprete final de la Constitución por ser infalible, sino que es infalible por ser el último intérprete³³.

Frente a ello, no debemos olvidar que cuando discutimos sobre política pública buscamos elaborar un programa que determine nuestras condiciones de vida, que está sujeto a un constante escrutinio y debe ser revisado diariamente, ello nos impide hablar de falibilidad y nos obliga a pensar en términos de justificación democrática; estrategia de cierre a la que sólo se llega mediante un diálogo real que haga replantear las posiciones de los grupos involucrados³⁴.

³¹ Álvarez Ugarte, Ramiro, La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, en Gargarella (compilador), Por una justicia dialógica. ob. cit., p. 322/335.

³² Álvarez Ugarte, Ramiro, ob. cit., p. 325.

³³ Brown vs. Allen, 344 U.S., p. 443, 540 (1953).

³⁴ Álvarez Ugarte plantea la cuestión de lo que denomina un diálogo significativo que sea capaz de producir cambios de preferencias en los actores involucrados. Álvarez Ugarte, Ramiro, El constitucionalismo popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un contexto latinoamericano, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 1, p. 71/121.