**VOTO DEL JUEZ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

 *Brevitatis causa,* remito al voto mayoritario hasta el párrafo número 17. A continuación expongo mi opinión:

 1. Entiendo que la solicitud de la Comisión presenta características poco claras, teñidas de cierta ambigüedad, dado que la recibe esta Corte una vez que la consulta popular se llevó a cabo y, por ende, su suspensión había devenido cuestión abstracta que, por ende, no puede ser materia de ninguna decisión de esta Corte.

2. Descartada tal posibilidad, resta determinar qué se estaría impetrando en concreto en la situación actual, que pueda ser materia de conocimiento de esta Corte. En otras palabras: ante el pedido de medidas provisorias no es lógicamente posible analizar la competencia de la Corte, la procedibilidad de lo solicitado, la concurrencia de los requisitos de extrema gravedad, urgencia e irreparabilidad (indispensables conforme a la jurisprudencia citada en la opinión mayoritaria), sin antes acotar o individualizar con precisión el objeto de la eventual medida.

3. Para despejar la cuestión planteada, entiendo que una vez descartado todo lo devenido abstracto, en concreto se trae a conocimiento ante la Corte la situación de tres de los Consejeros que serían removidos por efecto de la consulta popular realizada.

4. En consonancia con la opinión mayoritaria, entiendo que esta Corte no debe disponer medidas provisionales que en definitiva correspondan, resuelvan o satisfagan planteos de fondo y que, por ende, debieran ser resueltos como coronación de un eventual caso contencioso. Es conocido el fenómeno jurídico general de que todo demandante, impetrante o parte en cualquier proceso, dada la demora o distorsión cronológica que lamentablemente sufren por regla los procesos, procura adelantar la obtención del resultado procesal mediante medidas previas, provisionales, cautelares o como se las denomine en cualquier orden jurídico. De no ser debidamente contenida esta pulsión, se produce una hipertrofia de las etapas preventivas de todo proceso, que en su extremo lleva a decidir las cuestiones de fondo con pretexto de aseguramiento del resultado eventual y no resuelto. Es deber de los jueces contener estas pulsiones preventivistas, cuidando que bajo el pretexto de aseguramiento del resultado no se oculte la satisfacción misma del objeto del proceso, para evitar que se desvirtúe todo el procedimiento, invirtiendo su curso y vaciando de contenido las etapas posteriores.

5. En el caso, la estabilidad de los tres Consejeros plantea un problema que no cabe resolver en el estrecho sentido de sus eventuales derechos adquiridos o de pura estabilidad funcional, porque está imbricado con el fondo mismo del objeto procesal que eventualmente debería ser materia contenciosa y que, en su máxima síntesis, cuestiona la consulta popular misma, alegando que afecta, pone en riesgo o lesiona la estructura democrática del Estado. Este vínculo inextricable entre la estabilidad de las funciones de los Consejeros y el cuestionamiento a la consulta popular es de toda evidencia, en razón de la altísima relevancia de las funciones de los Consejeros, de quienes dependen nombramientos, remociones y control de algunas de las más altas autoridades del Estado.

6. La cuestión de fondo, de la que no puede conocer la Corte en el planteo de meras medidas provisionales, es si la remoción de los Consejeros afecta la estructura democrática del Estado, lo que sucedería si significa una concentración o distorsión de poder que lleve al desconocimiento de la democracia plural. Si bien la consulta popular, el referéndum, el plebiscito y otras formas de democracia directa no afectan en principio el sistema democrático, pues están previstas en muchos ordenamientos constitucionales, existen innegables y tristes experiencias históricas, incluso teorizadas y racionalizadas en el campo doctrinario, en las que, por estos o por otros medios, se apeló a coyunturales resultados mayoritarios para suprimir los derechos de la minoría, cuya preservación hace a la esencia del concepto de sociedad abierta (*cfr.* Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre,* Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 299).

7. Es ampliamente sabido y recalcado por la doctrina constitucional de los Estados democráticos de derecho que, si bien el principio mayoritario es la base de la democracia, no debe ser entendido en sentido absoluto, puesto que tal entendimiento, en su límite extremo, daría lugar a una democracia totalitaria (*Cfr.* Livio Paladin, *Diritto Costituzionale,* Padova, 2006, p. 263), como la establecida en la vieja constitución soviética, toda vez que no garantizaría la posibilidad de alternancia en el poder (*cfr.* Enrico Spagna Musso, *Diritto Costituzionale,* Padova, 1992, p. 151). El principio general parece ser que la mayoría no puede negar los derechos de la minoría, puesto que al hacerlo negaría el de la propia mayoría a cambiar de opinión. Por otra parte, son ampliamente debatidos y problemáticos en este sentido los límites de toda reforma constitucional e incluso la existencia de las llamadas “cláusulas eternas”, como sería entre nosotros el principio republicano (*cfr.* Peter Häberle, *El Estado Constitucional,* Bs. As., 2007, p. 258).

8. Es obvio que toda la normativa interamericana, cuya cita omito por suficientemente conocida, tutela nuestras democracias representativas y, en modo alguno, admite bajo el concepto de democracia una versión totalitaria incompatible con la idea de sociedad abierta; es decir, que tutela las democracias plurales. A la luz de este concepto de democracia debería resolverse en su momento la cuestión de fondo que aparece ahora como inseparable de la referida a la remoción de los Consejeros y en la que, como he manifestado antes, no corresponde que se pronuncie ni adelante opinión esta Corte.

9. De toda forma, entiendo que esta Corte no debe ignorar que todo Estado de Derecho democrático en el señalado sentido plural, debe disponer en su derecho interno de los procedimientos adecuados para la preservación de su propia democracia y ejercer el control jurisdiccional necesario a ese efecto, pues de lo contrario estaría habilitando su propia destrucción, lo que no sería jurídicamente admisible.

10. Es un principio general de todo el derecho, como orden racional de coexistencia pacífica, que no es tolerable que un conflicto de cualquier naturaleza no encuentre solución jurídica, toda vez que lo contrario importaría abrir el camino de la violencia. Este principio se impone incluso en los conflictos de derecho privado, donde expresamente se señalan en todos los códigos civiles los principios conforme a los cuales los jueces deben resolver los no previstos legalmente, siéndoles prohibido sustraerse a ese deber e incluso criminalizada esta omisión. Con mucha mayor razón debe regir este principio en los conflictos de derecho público, en particular cuando se cuestiona nada menos que el propio sistema democrático.

11. Si bien en el caso, el derecho constitucional nacional limita la competencia del más alto tribunal a cuestiones de forma una vez realizada la consulta popular, vedándole el conocimiento del contenido material de ésta, esta disposición no puede entenderse en el sentido de que los máximos órganos del Poder Judicial del Estado son incompetentes cuando se reclama ante ellos por una eventual lesión a la estructura misma del Estado democrático. Frente a un reclamo con tales fundamentos y que tenga algún viso aún lejano de verosimiltud o que, al menos, sea motivo de debate público en el plano nacional, todo Estado de derecho debe habilitar alguna vía interna para decidir al respecto, o sea, que no es admisible que un Estado deje sin solución en su derecho interno un conflicto o discusión acerca de su propia estructura democrática, conforme al principio básico de que todo conflicto debe hallar en el orden jurídico una vía de solución en derecho, como lo exige la paz social.

12. Por consiguiente, el Estado estaría en este caso en falta por insuficiencia de los controles jurisdiccionales internos para resolver la cuestión de fondo que, eventualmente, podría dar lugar al caso contencioso en la jurisdicción internacional. Ante un planteo que esgrime argumentalmente el peligro o lesión al sistema democrático, en el caso el conflicto no ha obtenido una respuesta que lo resuelva, sea que acoja o rechace el planteo, por parte de las instancias máximas de su jurisdicción nacional, lo que pone de manifiesto una violación a su deber de extremar el control y la tutela de su propia democracia plural. Por ende, entiendo que corresponde emplazar al Estado para que en un plazo razonable habilite el control de su máxima instancia jurisdiccional para decidir la cuestión que se pretende prematuramente traer a conocimiento de esta Corte por vía de medida provisoria.

13. De reemplazarse a los Consejeros respecto de los cuales se impetran las medidas provisionales antes de que el Estado someta el conflicto a su máxima instancia interna, la eventual lesión alegada al sistema democrático se hallaría consumada, dado que en el supuesto en que el máximo tribunal nacional hallase que le asiste razón a los peticionantes, los nuevos Consejeros habrían podido realizar actos cuya validez jurídica quedaría cuestionada o invalidada, con gravísima lesión a la seguridad jurídica y a la estabilidad de los derechos de los habitantes.

14. La extrema gravedad que legitima la adopción de medidas provisionales por parte de esta Corte, se desprende de que la remoción y reemplazo de los Consejeros habilita también el reemplazo de altas autoridades del Estado sin que se hubiere determinado en el propio orden interno si esas atribuciones se encuadran en su marco constitucional democrático. La urgencia se desprende de que ese reemplazo y las consiguientes remociones pueden tener lugar de inmediato. La irreparabilidad resulta de las dificultades y de la maraña jurídica que producirían esas remociones y reemplazos, como también de la consiguiente inseguridad jurídica respecto de las decisiones de los reemplazantes y de la eventual lesión que de ellas pueda derivarse a los derechos de los habitantes que, en cualquier caso, requieren previsibilidad y certeza.

15. Cabe insistir en que la disposición constitucional nacional que limita la competencia del máximo tribunal a los defectos de forma de la democracia directa y excluye los contenidos, no puede ser considerada de aplicación al caso desde la perspectiva del control convencional, habida cuenta de que no se discute una cuestión puntual, como sería el caso de lo previsto en la Constitución del Estado, sino directamente el orden democrático mismo. En este caso se discute la naturaleza democrática del propio Estado y, por ende, del plexo jurídico internacional surge el imperativo de que el Estado provea los controles internos hasta su máxima instancia, dada la reiterada prioridad que todo el derecho internacional continental asigna a la democracia.

16. Esta Corte no debe ahora adelantar ningún juicio sobre la cuestión de fondo, pero no puede omitir señalar la falla del Estado al dejar un conflicto de esta naturaleza sin decisión de su última instancia en su derecho interno, incumpliendo el deber de suficiente y completa tutela de su sistema democrático, ante un planteo de tan extrema trascendencia institucional como el presente.

Por consiguiente, voto por:

a. Emplazar al Estado para que en un plazo razonable habilite la competencia de su máximo tribunal para que conozca del caso y decida a su respecto.

b. Disponer como medida provisional que se mantenga a los tres Consejeros en sus funciones hasta que se pronuncie la máxima instancia nacional respecto de la cuestión de fondo.

Eugenio Raúl Zaffaroni

 Juez

Pablo Saavedra Alessandri

 Secretario