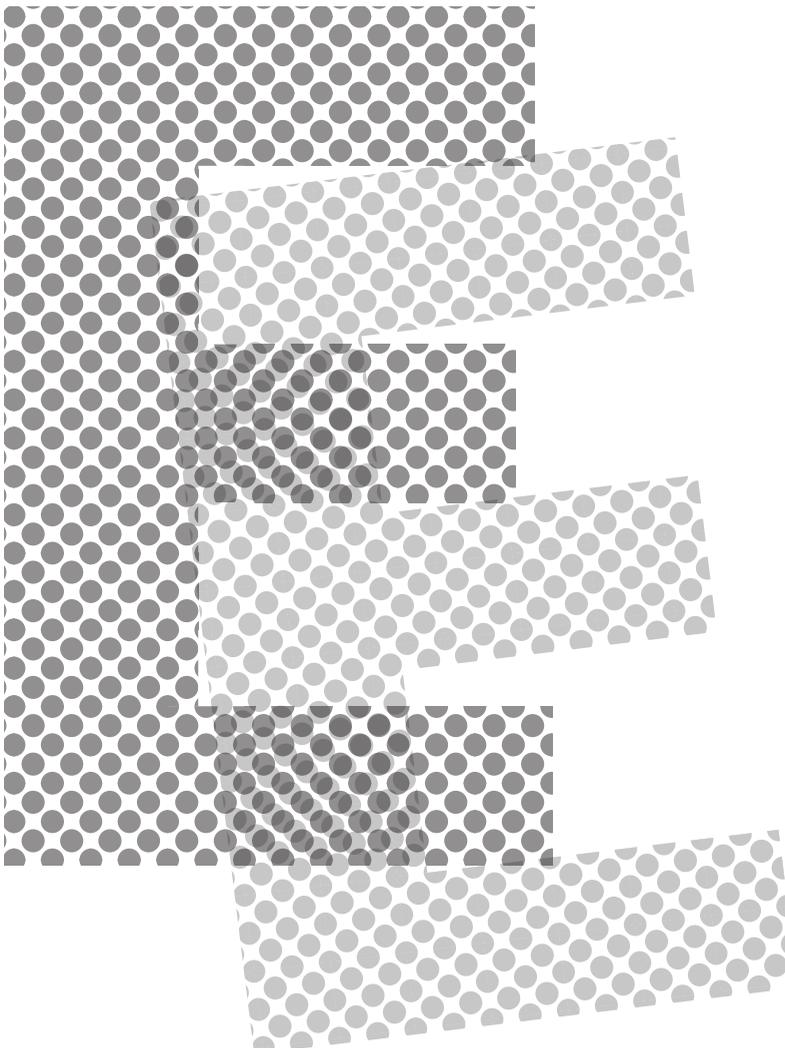


El Derecho frente a la protesta social

Roberto Gargarella

Abogado y sociólogo. Universidad de Buenos Aires.



La cuestión del derecho frente a la protesta es un tema que nos interesa, nos preocupa, y sobre el que se tienen dificultades para pensar bien. Pero necesitamos hacerlo pues en esta cuestión, de un modo o de otro, se juega la suerte de todos.

Antes de ir al núcleo de mi presentación, haré algunas aclaraciones. En primer lugar, cuando hable de la relación del derecho con la protesta, me estaré refiriendo, en términos generales, a las reacciones del poder público frente a esta y, muy especialmente, a las del Poder Judicial.

A su vez, cuando hable de protestas, estaré pensando en las quejas avanzadas por ciertos grupos que ven sus necesidades básicas insatisfechas, consistentes en reclamos por la carencia de trabajo, vivienda digna, asistencia sanitaria, protección social. Además, el tema aquí tratado nos refiere a una cuestión más general y básica acerca del modo en que el poder público trata a quienes viven en peores condiciones.

Decir esto implica soslayar un enfoque muy habitual sobre la cuestión, que empieza preguntándose sobre cuál es el nivel de reproche, represión o enojo público que merecen ciertos grupos que afectan a otros con sus reclamos. Tales temas nos obligan a profundizar en los problemas de teoría de la democracia, de los derechos, de la justicia, de la interpretación constitucional, en las que se involucran muchos de los tópicos centrales de la filosofía política y la teoría constitucional.

Jueces y teoría democrática

En cuanto a la Constitución, es necesario especificar de qué modo los conflictos relacionados con la protesta

nos remiten a una tensión que vive dentro del cuerpo constitucional, y que tiene que ver con un doble compromiso o preocupación: por un lado, proteger las mayorías, las aspiraciones democráticas, lo que la gente quiere; y por otro, resguardar las minorías, los derechos de cada individuo. Como cualquier Constitución del mundo, la argentina encierra, al mismo tiempo, un compromiso con estos dos aspectos. Está claro que si uno se guiara por el primer ideal, el democrático, se vería llevado a meditar en términos de qué es lo que la mayoría quiere y hasta dónde seguimos su voluntad. Y al pensar en el compromiso con los derechos individuales, uno tropieza con algo que parece más bien contradictorio con lo primero: uno tiende a decir que, por más que la mayoría insista con cierto reclamo, hay cosas que no le pueden ser concedidas. Cuando pensamos sobre la protesta social, experimentamos esa tensión entre nuestras aspiraciones democráticas y nuestras preocupaciones por los derechos de cada uno.

Propongo, entonces, mantener esta idea: los conflictos muestran la tensión de cada individuo, que se ve reproducida también en la Constitución argentina, y que refleja una doble preocupación: la de proteger los derechos humanos y, a su vez, la democracia, dos aspiraciones que no se llevan muy bien entre sí. La Constitución nos invita a pensar cómo colocar esas dos preocupaciones juntas, y ese proceso de reflexión todavía está en marcha. Conflictos como los que vemos ahora tornan evidente todo lo que nos falta analizar sobre el tema.

Ahora bien, cuando los jueces se encuentran frente a un conflicto que involucra la protesta social, deben expresarse sobre el modo en que ellos mismos conciben la democracia. Sin embargo, unas veces por pereza, otras por torpeza, o por una falta de atención debida, ellos se deslizan sobre estos problemas sin tomar conciencia sobre la importancia de lo que está en juego. La reflexión sobre el conflicto social nos obliga a pensar sobre teoría de la democracia, entre otras razones, porque la Constitución argentina, al igual que otras, está comprometida con el sistema representativo. Su artículo 22 dice que «el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes». De un modo u otro, en cada una de las decisiones judiciales, en términos de la protesta social, los jueces deben hacer y han hecho, con distintos grado de profundidad, una reflexión en torno al significado de ese artículo.

En principio, ellos encuentran la posibilidad de moverse, con relativa comodidad, entre dos extremos. Podrían, por un lado, suscribir una idea de democracia restringida, limitada, más bien elitista, basada en lo que yo llamaría el principio de la desconfianza: desconfianza respecto de la discusión pública y respecto de lo que la ciudadanía puede hacer. Por otro, ellos podrían defender una visión de la democracia más inclusiva y amplia, pensada a partir del principio alternativo de la confianza: en el ciudadano, en nuestras capacidades colectivas, en

la discusión pública. Pues bien, los jueces han tendido a moverse con mayor frecuencia cerca del primer polo, comenzando así una operación en que una parte central del poder público adopta una visión muy restrictiva sobre la democracia.

Temiendo que las afirmaciones hasta ahora vertidas resulten abstractas, trataré de ilustrarlas con algunos ejemplos que permitan relacionar lo dicho con lo que sucede cotidianamente.

Una de las decisiones más elaboradas acerca de cómo tratar la protesta social, surgió a partir del caso Schiffrin, ocurrido en el sur del país, en el que —insólitamente— se terminó condenando a una maestra, líder de la protesta, a no volver a tomar parte en reuniones públicas por un período prolongado. En tal decisión, la justicia mostró de un modo mucho más claro que en otros casos anteriores, su visión sobre la democracia y, en particular, sobre esta idea constitucional según la cual el pueblo no delibera ni gobierna sino mediante sus representantes. Para ello, y citando a un viejo y famoso constitucionalista, esgrimieron que lo que sostiene el artículo 22 de la Constitución es que la única —entiéndase bien, la única— expresión legítima y soberana del pueblo es la que se produce a través del sufragio. Leo lo que dice el fallo:

Por medio del sufragio, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio —tales como reuniones multitudinarias en plaza, reuniones en lugares públicos, encuestas, huelgas u otros medios de acción directa, vayan o no acompañados por las armas—, no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo sino, a lo sumo, la de un grupo sedicioso.¹

Esta es una típica aproximación de la justicia argentina al tema de la protesta. Se dice aquí que la democracia termina en el sufragio y que cualquier otra expresión cívica (una manifestación, una encuesta o una huelga) tiene más que ver con un delito de sedición, o sea, que todo lo que va más allá del voto regular pasa a ser un comportamiento que, en principio, califica como sedicioso. No es posible pensar en una visión más restrictiva, elitista, limitativa de la democracia que la que aparece en el núcleo de uno de los fallos más importantes producidos por la justicia argentina en materia de protesta social, lo cual es tremendamente alarmante.

Los jueces deberían colaborar en este proceso colectivo de reflexión, podrían ayudarnos de modo crucial a pensar hasta dónde llegan nuestras aspiraciones democráticas. Lo que están ofreciéndonos, sin embargo, es la visión más pobre posible sobre el significado de democracia. Aun quien parta de una lectura muy timorata de la Constitución, debería considerar lo afirmado en la cita como un escándalo. Entre otras razones, porque la propia Constitución acepta orgullosa mecanismos de democracia directa, habla del derecho de iniciativa, de la consulta popular, invita a la participación política de la gente. Dichos

compromisos y afirmaciones no solo no se han visto como un escándalo, sino que resultan hoy parte del núcleo argumentativo central de nuestra justicia sobre el tema de la protesta.

Desde una perspectiva más exigente, pero modesta al punto de no querer ir más allá de lo que afirma la más explícita letra de la Constitución, uno fácilmente puede defender ideas muy distintas de la democracia. No digo que todos deberíamos suscribir estas visiones, pero sí que no podemos dejar de considerarlas. Por ejemplo, cuando pienso en la idea de la democracia, la asocio con un proceso de discusión colectiva preocupado por que todos, y especialmente aquellos que resultarán más afectados por las decisiones tomadas, puedan intervenir y expresar su opinión sobre lo que está por decidirse. Esa concepción que yo defendería, además de ser muy consistente con la letra de la Constitución, nos llevaría a fulminar de manera directa decisiones judiciales como las vigentes en Argentina en lo concerniente a la protesta social. Decisiones como la citada, sin embargo, no representan la solitaria voz de un juez perdido en el medio de la nada, sino la expresión de la Cámara más importante en materia de derecho penal: la Cámara de Casación Penal.

¿A qué conclusiones podríamos llegar si defendiéramos una concepción distinta de la democracia, como la que recién proponía? Ante un caso de protesta social, dicha visión significaría que esta no es un problema para la democracia (con independencia del contenido de la protesta, con el que se puede estar o no de acuerdo). Tal concepción alternativa vendría a sugerirnos, más bien, y contra lo dicho por nuestros jueces, que cuidemos hasta el último momento posible a esa persona que critica el poder público; porque, justamente, estamos en una democracia representativa y, como hemos transferido el control de los recursos económicos y el control de las armas al poder político, nos preocupa que este abuse de los extraordinarios poderes que le hemos dado. Nos debe interesar proteger hasta al último crítico, aunque sea uno solo, y sobre todo si esta persona critica el poder público, carece de recursos, y tiene dificultades para expresarse.

Por fortuna muchos tribunales, dentro y fuera de Argentina, supieron aceptar esta otra idea de la democracia. Pienso, por ejemplo, en un caso ocurrido en los Estados Unidos, y que todavía hoy es considerado el más importante en la historia jurídica reciente en torno a la libertad de expresión y el ejercicio de la crítica frente al poder. Particularmente, no tengo ninguna fascinación sobre el modo en que se ejerce la justicia en ese país. Me refiero, de todos modos, a un caso que, notablemente, fue retomado en muchas otras ocasiones por los propios tribunales argentinos. Se trata de un hecho que involucró al famoso diario *The New York Times*. Un grupo de gente realizó una manifestación a favor de Martín Luther King, que fue reprimida por la policía neoyorkina. A raíz de ello, sesenta y siete personas publicaron un comunicado

en el diario, que señalaba muy críticamente lo hecho por el jefe de la policía, de apellido Sullivan.² El comunicado incluyó en su texto algunos errores, entre ellos indicar una cantidad mayor de heridos que la real. Sullivan aprovechó el error e inició una demanda millonaria contra el diario, en la que sostuvo que había sido afectado gravemente en su honor.

La Corte sabía que su posición tendría un efecto muy importante sobre el debate público. Si aprobaba la postura del demandante, la consecuencia sería que, a partir de esta decisión, la gente y los medios de comunicación se cuidarían mucho de publicar una nueva solicitud, para evitar demandas por montos millonarios. Frente a dicho dilema, la Corte se expresó contundentemente y lo hizo —y esto es lo que me interesa señalar— basándose en una concepción de la democracia amplia e inclusiva como la que recién sugería. La Corte dijo entonces que Sullivan había sido, en efecto, afectado, pero sostuvo, sin embargo, que el principal compromiso de ella era el de custodiar la persistencia de un debate público robusto, desinhibido e ilimitado. Desde entonces, esta decisión fue aplaudida en todo el mundo, glorificada más de la cuenta tal vez, y se convirtió en el gran bastión de la jurisprudencia contemporánea en materia de libertad de expresión. En Argentina, los tribunales receptaron esta doctrina muchas veces, por ejemplo, en casos que involucraron a los periodistas Joaquín Morales Solá y Eduardo Aliverti. Es decir, celebramos aquí que la Corte estadounidense retomara la doctrina protectora del crítico, que viene a decir que hasta el último momento, nuestra preocupación debe ser la de mantener abiertos los canales de la discusión y el disenso.

Aquella doctrina luego fue complementada con otro tipo de ideas, surgidas ante situaciones muy similares. El mismo juez que fundamentó la decisión en el caso de *The New York Times*, el notable William J. Brennan —quien se convertiría desde entonces en uno de los paladines de la defensa de la libertad de expresión— defendió en otra oportunidad que principios protectivos de la crítica, como el citado, merecían un refuerzo aún mayor si el grupo de los críticos estaba compuesto por personas que no tenían fácil acceso a la televisión o la radio, y que no poseían la capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos, ni la de hacer circular elaborados panfletos, es decir, gente con un acceso muy limitado a los funcionarios públicos y al resto de la comunidad política. Entonces, desde Argentina volvimos a aplaudir estas ideas, notables en su sentido común.

Vale la pena considerar las dificultades expresivas de muchísimos grupos en nuestro país, que les impiden divulgar aquellas cuestiones que más les preocupan. Se trata de asuntos relacionados con un problema muy serio: el de las necesidades básicas insatisfechas. Adviértase, además, que el hecho de que a menudo veamos a algún «piquetero» en la televisión, no nos dice absolutamente nada acerca de la posibilidad que tienen estos grupos para dar a conocer sus demandas.

No tiene nada que ver una cosa con la otra. Es pura anécdota. Lo importante es que todos los grupos con necesidades básicas insatisfechas, en cualquier provincia o localidad, cuenten con la posibilidad adecuada de hacer conocer sus reclamos al poder público, y de ser atendidos debidamente. Es obvio que no cualquier demanda debe satisfacerse, pero en principio, si se trata de un reclamo en pos de necesidades básicas elementales, entonces hablamos de reclamos con una jerarquía superior y merecen una atención muy especial.

Otra reflexión se refiere al modo en que en Argentina, como sucede en otros países, tendemos a distribuir la palabra vinculándola con el dinero, lo que representa un problema gravísimo. Adviértase: no distribuimos la palabra de acuerdo con el nivel o la urgencia de las necesidades de quien quiere hablarnos, ni con lo interesante o singular que alguien tiene para decirnos. Lo único relevante es el dinero que uno tiene para comprar un espacio en los medios de comunicación o la capacidad para seducir al dinero (digamos, finalmente, a los avisadores) a partir de lo que él quiere decir. Por definición, quien desea presentar ideas impopulares queda, en principio, fuera del juego de la comunicación.

En definitiva, la cuestión de la democracia merece que vayamos mucho más allá del lugar en donde nos están dejando nuestros jueces. Tenemos que hacer al respecto un esfuerzo argumentativo mayor, aunque lamentablemente son ellos los que deberían haber liderado esta tarea de esclarecimiento público sobre lo que significa vivir en democracia.

Minorías y derechos

Dejando ese aspecto abierto, con sus complicaciones enormes, pasemos ahora al segundo cuerno del problema, relacionado con los derechos de cada uno, los de las minorías. Como idea general, en Argentina se nos asegura que el Poder Judicial ha sido organizado de tal modo que mantiene una preocupación especial por las minorías. Los jueces, por ejemplo, no están sujetos a revocatorias de mandatos, no pueden ser removidos de sus cargos a través de una elección, pues los mantienen de por vida. Eso es muy criticable debido a otras razones, pero hay algo muy positivo en ello. Se ha intentado que los jueces no permanezcan atados a la coyuntura, se ha procurado que ellos puedan pensar con mayor tranquilidad, sabiendo que las «mayorías» ya cuentan con otras formas de expresión institucional: el poder político, los legisladores, el presidente. Por supuesto que estos poderes pueden actuar pésimamente o muy bien, pero eso no importa ahora. Contamos, en principio, con órganos creados muy especialmente para expresar los reclamos mayoritarios. Junto a ellos, o frente a ellos, el Poder Judicial aparece como el poder mejor capacitado para atender los derechos de las minorías.

Este tiene el chance de reflexionar con tranquilidad sobre los problemas que afectan a los grupos minoritarios: no está limitado por elecciones ni corrido por plazos para tomar sus decisiones. De allí también resulta que si el juez no resguarda de un modo especial a estos grupos, los sectores minoritarios quedan virtualmente desprotegidos.

En consecuencia, si el Poder Judicial, como ocurre en países como Argentina, se coloca a la vanguardia de la sanción o la persecución de los grupos más débiles de la sociedad, la situación resultante es trágica. El caso de los piqueteros, por ejemplo, es el que muchos de nosotros tenemos ahora en mente, y respecto del cual mantenemos hoy una actitud seguramente distinta de la que sosteníamos hace algunos años. Ahora, según parece, todos establecemos una relación algo más distante o más hostil hacia tales grupos. Pues bien, si las encuestas de opinión confirman lo anterior, el juez debería pensar que entonces hay una razón todavía más fuerte para asumir un compromiso especial en la defensa de tales grupos. Porque, de otra forma, se corre el riesgo de que esa mayoría hostil los aplaste, arrase con ellos. Ahora que los grupos piqueteros son más impopulares, es cuando aparece una razón todavía de mayor peso para que los jueces les aseguren la protección que merecen. Esto no significa anticipar cómo debiera resolverse cada caso, pero sí definir la tendencia que debería resaltar dentro de las decisiones judiciales —una tendencia, por cierto, opuesta a la actual, en donde dicho poder asume el rol de vanguardia en la persecución de las minorías con problemas.

Interpretar la Constitución

Hablamos sobre teoría de la democracia, sobre los derechos, y quisiera hacerlo ahora sobre la interpretación constitucional. No hay que asustarse. Ocurre que la Constitución argentina, como cualquier texto, obra de teatro o libro de literatura, requiere que la interpretemos, y el resultado puede variar mucho en dependencia de cada cual. A veces incluso hay más problemas para interpretarla porque ella, de manera muy explícita, se compromete con términos generales y vagos: la idea de justicia, la de igualdad, la de libertad... O sea, que comenzamos ya desde una posición difícil.

Anticipo también que, en la historia del Derecho, hace doscientos años que se reflexiona en torno a cuál debiera ser la forma correcta de interpretar la Constitución y todavía no hay acuerdos firmes al respecto —y no sé si alguna vez llegaremos a ellos. De ahí que cuando los jueces declaran «decido esto porque lo ordena la Constitución», siempre tenemos la posibilidad de dudar y de preguntarles cuál es su fundamento, pues seguramente existen visiones alternativas a la de ellos. Quiero decir, habitualmente no nos pueden responder, como suelen hacerlo, que ellos

Todos tenemos el deber cívico de someter a la crítica más radical muchas de las decisiones judiciales que hoy toman nuestros jueces. Pero creo que nuestro deber cívico va más allá. Es un deber empezar a pensar críticamente el modo en que hemos organizado el poder, en que poco a poco hemos ido perdiendo control y decisión sobre las cuestiones que más nos importan, en que sigilosamente se nos ha expropiado la capacidad de decidir sobre cómo es que queremos vivir juntos.

deciden como deciden porque están obligados por lo que exige la Constitución.

Por lo dicho, surgen muchos riesgos cuando se interpreta la Constitución. Estos tienen que ver con el abuso, por ejemplo, cuando hablamos acerca del modo en que se entiende el Artículo 22, que es susceptible, al menos, de dos lecturas: una restrictiva y otra más amplia sobre la democracia. Lo mismo ocurre cuando pensamos sobre cualquier otro derecho. Los jueces, aun los animados con la mejor buena fe, encuentran problemas serios a la hora de interpretar el texto constitucional porque no solo tienen que pensar en lo que este expresa, sino que deben tener en cuenta todo lo que dice el derecho: las leyes vigentes, las decisiones judiciales anteriores, la doctrina. Ellos pueden pararse en diferentes lugares y, dependiendo de dónde lo hagan o en dónde busquen respaldo, es muy posible que encuentren soluciones distintas frente a los casos que deben resolver. Un problema gravísimo, sobre el cual normalmente ni pensamos, es el relacionado con cómo hacemos para poner alguna atadura e impedir que se produzcan abusos al respecto. Porque ningún juez puede ser objeto de un juicio político por apoyarse hoy en este artículo, en aquella opinión doctrinaria o en el caso de más allá. Si cita a un doctrinario X, seguramente terminará decidiendo tal cosa, pero si se refiere al doctrinario Y, aseverará tal otra. Entonces, como juez, uno queda con una enorme discrecionalidad a la hora de decidir.

Desde ya, en Argentina se producen muchos abusos al leer la doctrina. Al respecto, quisiera comentar una pequeñísima anécdota muy ilustrativa, que me involucra. Existen hasta el momento dos fallos realmente importantes sobre el tema de la protesta social. En uno de ellos citaron un trabajo mío³ para hacerme decir lo contrario a lo que yo pensaba. Se trataba de un texto escrito a modo de crítica de las decisiones judiciales sobre la materia, pero se utilizó para hacerme afirmar que yo respaldaba este tipo de decisiones. El suceso me causó indignación, pero más allá de lo personal, el caso evidencia que lo que está en juego es algo muy serio: la absoluta libertad de los jueces para ampararse en la doctrina o jurisprudencia existentes y leerla del modo en que prefieran. En Argentina, entre otras cosas debido a la inestabilidad política que hubo —que arrastró consigo a la Corte—, existen hoy decisiones judiciales de tonos muy diferentes. Los jueces pueden basar su decisión actual en miles de fallos anteriores que dicen

X, o si lo prefieren pueden optar por otros miles que se encuentran en la vereda de enfrente y les permiten concluir exactamente lo contrario.

Ahora bien, a pesar de esas tremendas complicaciones, algunas cosas debieran ser obvias, porque dejando de lado la mala fe, y más allá de los desacuerdos razonables, hay casos que a todos debieran resultarnos muy claros. Si el texto dice «cuatro», uno lee «cuatro». Después siempre habrá quien tiree las palabras un poco pero, en principio, cuando la Constitución dice «vivienda digna», yo leo «vivienda digna»; cuando dice «la ley asegurará control en la producción del trabajo, colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario»; uno lee eso. El punto es que, en muchos casos se precisa de un esfuerzo muy grande para hacerle decir a la Constitución otra cosa de lo que asevera de manera explícita. Sin embargo, notablemente, eso es lo que se hace, es lo más común en la jurisprudencia de nuestro país. Los jueces se las han ingeniado, con la ayuda de la doctrina por supuesto, para expresar que todo lo relacionado con lo social forma parte de los aspectos «no operativos», la parte «programática» de la Constitución. Uno podría preguntarles: «Pero cómo es esto, en la misma línea donde la Constitución habla del derecho a la libertad de asociación o al tránsito (derechos que usted defiende), habla del trabajo; y en la misma línea donde se refiere al derecho a la industria, lo hace también al control obrero sobre la empresa, ¿cómo es que una cosa es aplicable inmediatamente y la otra es “programática”?». Adviértase que lo que ocurre cuando se dice que los derechos sociales son «programáticos» es, en definitiva, que el juez los pone en el cajón, esperando a que algún día el legislador se acuerde de estos porque él ha decidido no hacer absolutamente nada al respecto.

Los derechos sociales fueron incorporados en la Constitución en 1957, es decir, no nacieron ayer, por más que se quiera postergarlos a un segundo lugar. ¿Se pretende entonces que alguien con necesidades básicas insatisfechas no se queje? La Constitución le dice que tiene derecho a la compensación económica familiar y al acceso a una vivienda digna, y el juez le responde que no puede hacer nada al respecto porque, por arte de magia, dichos aspectos de la Constitución han pasado a formar parte de la sección «no operativa» de esta. Tales casos deberían ser de fácil decisión, pero la realidad parece mostrarnos lo contrario. En los hechos, los jueces tienen la capacidad de manipular nuestra Constitución a

su gusto, haciendo un uso más bien discrecional de sus poderes interpretativos.

Derechos y privilegios

Otra confusión habitual, a la hora de pensar sobre cómo interpretar los derechos —que involucra tanto al poder político como al Poder Judicial— surge cuando se tratan las demandas por derechos como si fueran demandas por privilegios.

La distinción entre derechos y privilegios es crucial. Un derecho le corresponde a cada cual, siempre, sin excusas, como el de elegir su gobernante o el de no ser censurado. Cuando hablamos, en cambio, de privilegios, el poder público puede (y está bien que así lo haga) reaccionar de modo muy distinto, incluso colocando esa demanda en la cola de otras que considera prioritarias. Ello ocurre, por ejemplo, cuando una provincia pide especiales desgravaciones impositivas. Frente a esta demanda, el poder público puede decir que la atiende mañana, pasado o el mes que viene, en dependencia de los recursos y posibilidades con las que ocasionalmente cuenta. Frente a un derecho, en cambio, el poder público no tiene discrecionalidad, su obligación es cumplir y hacer todo lo posible para satisfacerlo. Si en nuestro territorio se detiene a un ciudadano iraní y se le lleva a juicio, este tiene derecho a la defensa, no podemos decirle que no hay dinero para pagarle un traductor. Cuando el gobierno trata las demandas de muchos de estos grupos con necesidades básicas insatisfechas, puede, por ejemplo, otorgar Planes Trabajar,⁴ de acuerdo con las razones que se le ocurran. Eso lo puede hacer, limitadamente, cuando se trata de un privilegio. Cuando el poder político trata lo que son derechos como si fueran privilegios, él mismo crea, reproduce, alimenta y exacerba los reclamos que presenciamos todos los días. Si le da más Planes a quien hizo más ruido, yo mañana haré más ruido, a ver si entonces me toca a mí. Y el que está al lado mío hará todavía más, y así... Pero mi preocupación principal tiene que ver con el Poder Judicial, y a él vuelvo ahora.

El límite de los derechos

Alguien podría argumentar, frente a lo señalado hasta aquí, que la idea de proteger a quien critica está muy bien, pero que no se puede protestar de cualquier forma, a costa de los demás. A la hora de atender esta sensata observación, sin embargo, todos —y especialmente los jueces— solemos ir mucho más rápido de lo que debiéramos. Por alguna razón —creo que se debe a un puro prejuicio de clase— los jueces suelen expresar frente a tales casos: «Yo entiendo que usted tiene un derecho afectado, pero su derecho termina donde empieza el derecho del otro». Cito a uno de estos magistrados,

uno entre miles: «Ningún derecho es absoluto, pues todos deben operar según las leyes, su reglamento y su ejercicio, atendiendo su razón de ser teleológica e interés que protegen».

No sé realmente qué quiere decir este juez, pero por lo que creo entender, lo primero que uno debería preguntarle es dónde está, precisamente, el límite entre un derecho y el otro; cómo hace esa distinción; en qué se basa; cuáles son los fundamentos en los que se apoya para decidir que un derecho termina justo aquí y el otro empieza exactamente más allá. El punto, en definitiva, es el siguiente: si un juez quiere limitar un derecho que la Constitución concede, tiene que hacer un esfuerzo extraordinario para poder establecer dicho límite, porque al hacerlo ingresa en la zona más prohibitiva de la Constitución, la que ella más quiere cuidar contra cualquier intrusión indebida. Con declaraciones como esta («todos los derechos tienen su límite») el juez no nos justifica nada en absoluto. Notablemente, muchos jueces terminan allí su razonamiento, para, de inmediato, decidir el procesamiento penal de los que protestan.

Asimismo, muchos afirman: «Es que ha ocurrido un choque de derechos». A diario tenemos que resolver estas trágicas situaciones frente a dos derechos que disputan por el mismo espacio. Pero por supuesto, la discusión no termina cuando se dice: «Su derecho chocó con el mío». En todo caso, ahí es donde comenzaría. ¿Por qué un derecho es el que pierde y no el que gana? En el caso que mencionaba antes, el del comisario Sullivan contra el diario *The New York Times*, el derecho a la crítica de los manifestantes que publicaban el comunicado chocaba frontal y brutalmente contra el derecho al honor de Sullivan. Pero la Corte dijo: «Sí, es cierto, este choque se ha producido y es desgraciado, pero en esta oportunidad, los que ganan son los manifestantes». Si yo critico al Presidente de modo muy violento, y él me reclama «Usted no puede hacer esto porque afecta mi honor», yo le debo responder «vamos a ver quién gana, no porque usted levante la carta de su honor como presidente usted gana». De hecho, la tendencia actual en cuanto al tratamiento de la crítica, dentro de la jurisprudencia internacional, es que el crítico debe ganar. Por supuesto, estas no son situaciones que el Derecho celebre, con las que se alegre, más bien son angustiosas. El Derecho quisiera que todos los derechos pudieran ser acomodados, pero eso no es posible de modo habitual.

Tenemos que empezar a afinar la letra y pensar en cuáles son las razones para decidir que el que gana en la disputa es un grupo y no el otro. En lo personal —y creo que podría argumentar bien a favor de esto— entiendo que cuando el derecho a la crítica choca contra otros derechos, no tiene que ser el primero, sino el último en ser retirado. Esto no significa que podemos hacer cualquier cosa con la excusa de criticar al poder; sino que cuando se hace, ocurre algo que merece el máximo resguardo y amparo por parte de las autoridades judiciales.

Para disipar comentarios habituales y apresurados al respecto, veamos otro ejemplo. Una manifestación corta la calle. En ese momento pasa un taxista y recibe una pedrada, o quiere pasar una ambulancia pero no puede circular, lo cual provoca la muerte de una persona. Por supuesto que estas situaciones son trágicas y este tipo de actos son reprochables. ¿Pero qué es lo que aportan estas anécdotas trágicas a la reflexión de fondo sobre cómo debemos tratar la protesta? Absolutamente nada. Piénsese en lo que ocurre si, en medio de una huelga, se levanta un manifestante y le arroja una piedra al patrón. Nadie duda que esa persona puede ser reprochada, pero, ¿dice algo eso acerca de la validez o el respaldo que merece el derecho a la huelga? No dice absolutamente nada. Ese derecho se mantiene, lo merece, por más que mil personas, ocasionalmente, arrojen mil piedras contra su único patrón. En caso de que alguien lleve adelante un comportamiento violento, ese individuo particular podrá ser acreedor de un reproche, pero ello no agrega ni quita absolutamente nada a la discusión en juego, sobre el valor o la protección que merecen el derecho a la huelga o el derecho a la protesta.

Es muy común que, al pensar en reproches para quienes han cometido conductas antijurídicas, se recurra de inmediato al Código Penal. ¿Por qué? Hay miles de respuestas jurídicas posibles frente al conflicto, y miles de caminos pueden recorrerse antes de recurrir a la respuesta penal, que debería ser utilizada por el poder público del modo más restringido posible, y como último recurso. Quitarle la libertad a una persona durante meses, años o décadas es muy grave. ¿Acaso no pueden explorarse caminos intermedios?

Por otra parte, frente a casos difíciles en los que colisionan derechos, en la doctrina y la jurisprudencia se ha comenzado a defender lo que llaman «regulaciones de tiempo, lugar y modo». Mediante esta herramienta, el poder público puede decir, por ejemplo: «Está muy bien que usted haga esta crítica, y que lleve adelante esta manifestación ruidosa; pero, por favor, no al lado de esta escuela, o a las tres de la mañana. Muévase unas cuadras más allá, o cambie el horario de la protesta». Si bien reconocemos la existencia de este tipo de posibles regulaciones, tenemos que admitir también que cualquier tipo de regulación de «tiempo, lugar y modo» debe hacerse de forma tal que no socave el derecho de fondo en juego. En un lugar fuera de Argentina, y frente a grupos que distribuían panfletos en defensa de sus ideas, el gobierno de turno dijo: «De ahora en más, no se puede distribuir más panfletos porque la gente los tira y así se ensucian las calles. Hagan otro tipo de publicidad porque esta lo ensucia todo. No tengo nada en contra del contenido de lo que usted dice. Lo que digo es que use otro medio para expresarse porque este afea las calles». Los tribunales fulminaron este tipo de respuesta gubernamental. Dijeron que cuando un grupo no cuenta con la posibilidad de acceder a un medio de comunicación, regulaciones de «lugar o modo» como

aquella resultan impermisibles. Aunque se elabore en lenguaje neutral, lo cierto es que una regulación como la expuesta venía a eliminar la expresión de algunos grupos, y afectaba la sustancia del derecho en juego. Podemos estar abiertos a regulaciones de tiempo, lugar y modo, pero en la medida en que estas custodien y no socaven el derecho que reglamentan.

Un último ejemplo: se dispuso en un momento una prohibición a los pasacalles con consignas políticas porque afeaban las calles o distraían a los conductores. Los tribunales respondieron que si se suprime este tipo de expresiones políticas, se afecta especialmente a quienes tienen dificultades para expresarse con medios más caros. Si se suprimen tales medios de expresión con la excusa de establecer regulaciones de tiempo, lugar y modo, no se trata a todos igual.⁹

Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia internacionales han tendido a coincidir en la defensa de lo que se llama «la doctrina de foro público», por la cual se declara que las calles, plazas, y avenidas son lugares tradicionalmente usados para la protesta y que merecen por tanto una protección especial. Hay mucho que decir a favor de este tipo de ideas, que por el momento solo menciono.

¿Qué podemos esperar del Poder Judicial?

Antes de avanzar un comentario final, quisiera hacer un repaso de lo expuesto. Primero, dijimos que casos como el de la protesta social involucran reflexiones sobre cómo concebimos la democracia. Vimos que dichas reflexiones suelen aparecer en las decisiones judiciales, y también que estas se han mostrado, hasta ahora, extraordinariamente deficitarias en lo que hace a la concepción de la democracia de la que parten. Dijimos también que, al pensar sobre los derechos, había que dejar de lado un montón de zonceras que suelen esgrimirse, del tipo «sus derechos terminan cuando empiezan los míos». Afirmamos también que es necesario tomarse más en serio la cuestión de la interpretación constitucional, y que uno no debe dejarse engañar por la estrategia que siguen habitualmente los jueces de desplazar ciertos derechos desde todo punto de vista prioritarios, considerándolos de «segunda clase». Nos referimos, asimismo, a la preocupación especial que debieran tener los tribunales por resguardar la voz de los críticos.

Ahora bien, ¿hay razones para pensar que el Poder Judicial, en el futuro, cuando se calmen los ánimos, va a comprometerse con criterios modestamente alternativos a los que hoy defienden? En lo personal, creo que no, por más que sea perfectamente posible la aparición esporádica de algunas buenas y bien fundadas decisiones. Esto obliga a tomar más en serio la cuestión de cómo hemos diseñado el Poder Judicial en Argentina, como en tantos otros países (podríamos avanzar consideraciones similares al pensar sobre las bases del poder político o empresarial, pero no

es el tema central de esta exposición). El hecho de que contemos con un Poder a cuyos miembros no elegimos, ni removemos y a quienes tampoco podemos reprochar en cuanto al camino que eligen para fundar sus opiniones, es en principio muy problemático, sobre todo si este Poder que no controlamos tiene (porque se ha autoarrogado esta capacidad) la posibilidad de decir la última palabra sobre todas las cuestiones constitucionales. El Poder Judicial decide sobre todas las cuestiones importantes a las que nos enfrentamos, desde privatizaciones, hasta el divorcio, el aborto, los alcances de nuestra libertad de expresión, cómo pensar la democracia, cómo actuar frente a la protesta social. Al mismo tiempo, este es justamente el poder que tenemos menos posibilidades institucionales de controlar.

Más serio aún resulta el hecho de que el Poder Judicial en Argentina, como en muchos otros países —y esto lo demuestran todos los estudios sociológicos realizados sobre el tema— está compuesto por gente con un perfil particular, para bien o para mal, máxime los jueces que ocupan los lugares más importantes: la mayoría son hombres, católicos, de ideología conservadora, de clase media alta. No solo debemos ser más finos al reflexionar acerca de la protesta, los derechos y la democracia, sino sobre cómo hemos organizado nuestro sistema institucional y establecido la distribución del poder institucional.

En tal sentido, todos tenemos el deber cívico de someter a la crítica más radical —en el sentido más interesante de la palabra— muchas de las decisiones judiciales que hoy toman nuestros jueces. Pero creo que nuestro deber cívico va más allá. Es un deber empezar a pensar críticamente el modo en que hemos organizado el poder, en que poco a poco hemos ido perdiendo control y decisión sobre las cuestiones que más nos importan, en que sigilosamente se nos ha expropiado la capacidad de decidir sobre cómo es que queremos vivir juntos.

Notas

1. Véase el fallo de la Cámara de Casación Penal contra la Marina Schiffrin en *APDH La Plata*, www.apdhlaplata.org.ar/juridica/juridicac3.htm.

2. Los hechos dan lugar al caso *Sullivan vs. The New York Times* (376 U.S. 254 de 1964), proceso judicial ante la Corte Suprema de los Estados Unidos y resuelto el 9 de marzo de 1964. Este proceso considerado el origen de la doctrina de la real malicia referida a la libertad de prensa. Véase www.wikipedia.com/ /New_York_Times_contra_Sullivan.

3. Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

4. El Plan Trabajar es un programa público de empleo que consiste en el otorgamiento de subsidios a jefes de hogares desocupados contra prestación de un trabajo determinado. Se comenzó a aplicar en Argentina durante el gobierno del presidente Carlos Menem.