Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

EL DERECHO FRENTE A LA PROTESTA SOCIAL

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO: I. *Jueces y teoría democrática.* II. *Minorías y derechos.* III. *Interpretar la Constitución.* IV. *Derechos y privilegios.* V. *El límite de los derechos.* VI. *¿Qué podemos esperar del Poder Judicial?*

QUISIERA REFLEXIONAR, en lo que sigue, sobre la cuestión del derecho frente a la protesta. Este es un tema que nos interesa, nos preocupa, y sobre el cual todos tenemos dificultades para pensar bien. Pero necesitamos pensar bien sobre esta cuestión porque en ella, de uno u otro modo, se juega la suerte de todos.

Antes de ir al núcleo de mi exposición quisiera hacer algunas aclaraciones de importancia. En primer lugar, cuando me refiera a la relación del derecho con la protesta, estaré pensando, en términos generales, en las reacciones del poder público frente a la protesta y, muy especialmente, en las relaciones del Poder Judicial frente a la protesta. El tema puede resultar algo árido para los no especialistas en derecho, pero trataré en lo posible que eso no ocurra.

Cuando me refiera a las protestas, estaré pensando en las quejas avanzadas por ciertos grupos que ven sus necesidades básicas insatisfechas. Quejas que tienen que ver con reclamos por la carencia de trabajo, vivienda digna, asistencia sanitaria, protección social.

También como aclaración previa, quiero señalar que el tema aquí tratado nos refiere a una cuestión más general y más básica acerca del modo en que el poder público trata a los grupos más desaventajados —a quienes viven en peores condiciones—. Es ésta la cuestión más importante en la que, según

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y en Jurisprudencia por la Universidad de Chicago. Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella y de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

creo, debemos pensar cuando reflexionamos acerca de la relación entre derecho y protesta. Decir ésto implica dejar de lado 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?

Finalmente, quisiera señalar que temas como éste nos obligan a pensar sobre cuestiones relacionadas con la teoría de la democracia, la teoría de los derechos, la interpretación constitucional y las teorías de la justicia. Es decir, aquí tenemos involucrados muchos de los temas centrales de la filosofía política y la teoría constitucional.

I. Jueces y teoría democrática

Dicho lo anterior, quisiera referirme ahora a la Constitución, para señalar 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 una doble preocupación: por un lado, proteger a las mayorías, a las aspiraciones democráticas, es decir, lo que la gente quiere; y por otro lado, resguardar a las minorías, a los derechos de cada individuo. Como cualquier Constitución del mundo, la nuestra 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 pensar en términos de qué es lo que la mayoría quiere y hasta dónde seguimos la voluntad de las mayorías. Y cuando uno piensa en el compromiso con los derechos individuales, uno comienza a pensar en algo que parece más bien contradictorio con lo primero: uno tiende a decir que, por más que la mayoría insista, e insista con cierto reclamo, hay cosas que no le pueden ser concedidas. Por ello el conflicto que tenemos, cuando pensamos sobre la protesta social, pues ésta nos refiere siempre a esa tensión entre nuestras aspiraciones democráticas y nuestras preocupaciones por los derechos de cada uno.

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

Ahora bien, cuando se encuentran frente a un conflicto que involucra la protesta social, los jueces deben expresarse sobre el modo en que ellos mismos piensan la democracia. Sin embargo, a veces por pereza, 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 la 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 grados de profundidad, una reflexión acerca del significado de este artículo. Ahora bien, a la hora de preguntarnos de qué modo es que los jueces han reflexionado sobre este artículo y sobre la teoría democrática vemos que, en una mayoría de casos —y no es necesario ser un gran teórico del derecho para notarlo—, sus reflexiones resultan muy pobres.

En principio, ellos encuentran la posibilidad de moverse, con relativa comodidad, entre dos extremos. Ellos 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 lo que la ciudadanía puede hacer. Por otro lado, ellos podrían defender una visión de la democracia más inclusiva y amplia, pensada a partir del principio alternativo de la confianza: 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 preocupante, porque significa 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 aterrizarlas dando algunos ejemplos que nos permitan relacionar lo dicho con lo que nos sucede cotidianamente.

Una de las decisiones más elaboradas que tenemos acerca de cómo tratar la protesta social, surgió a partir de un caso ocurrido en el sur del país, el caso Schiffrin (caso en el que —insólitamente diría— se terminó condenando a una maestra, líder de la protesta, a no volver a tomar parte de reuniones públicas por un periodo prolongado). En tal decisión, la justicia mostró de un modo mucho más claro que en otros casos anteriores, cuál era su visión sobre la democracia, y en particular sobre esta idea constitucional según la cual el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes. Para ello, y citando a un viejo y famoso constitucionalista, sostuvieron que

lo que establece 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 la 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". 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. Creo que no es posible pensar en una visión más restrictiva, elitista y limitativa de la democracia que la que aparece en el núcleo de uno de los fallos más importantes producidos por nuestra justicia 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. Aún quien parta de una lectura muy timorata de nuestra Constitución, debería considerar a las afirmaciones citadas como un escándalo. Ello porque, entre otras razones, la propia Constitución acepta orgullosa mecanismos de democracia directa, habla del derecho de iniciativa, de la consulta popular e invita a la participación política de la gente. Contra dichos compromisos, señalamientos como el antes citado no sólo 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 visión modestamente 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 sus 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 yo pienso en la idea de la democracia, la asocio con un proceso de discusión colectiva, preocupado porque todos, y especialmente aquellos que resultarán más afectados por las decisiones que se tomen, puedan intervenir y decirnos qué piensan sobre aquello que está por decidirse. Esa concepción que yo defendería, además

de ser muy consistente con la letra de la Constitución, nos llevaría a fulminar directamente decisiones judiciales como las vigentes en la Argentina, en lo que hace a la protesta social. Decisiones como la transcrita, 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 les proponía? Me parece que, ante un caso de protesta social, dicha visión diría que la protesta no es un problema para la democracia (con independencia del texto de la protesta, contenido con el cual se puede estar o no de acuerdo). Esta visión alternativa de la democracia 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 el poder político no abuse de las extraordinarias facultades que le hemos dado. Nos debe interesar proteger hasta al último crítico, aunque sea uno sólo, y ello es así, muy especialmente, si esta persona critica al poder público, si no tiene recursos, si tiene dificultades para expresarse.

Por fortuna muchos tribunales, dentro y fuera de nuestro país, supusieron receptar esa otra idea de la democracia. Pienso, por ejemplo en un caso que se presento en los Estados Unidos, y que todavía hoy es considerado el más importante en la historia jurídica reciente respecto de la libertad de expresión y el ejercicio de la crítica frente al poder. Anticipo que particularmente, no tengo ninguna fascinación sobre el modo en que se ejerce la justicia en los Estados Unidos. Se trata de un caso, retomado en muchas ocasiones por los propios tribunales argentinos, que involucró al famoso diario *New York Times*. El mismo concierne a un grupo de gente que realizó una manifestación a favor de Martín Luther King, protesta que fue entonces reprimida por la policía neoyorkina. A raíz de ello, una gran cantidad de personas publicaron una solicitada en el diario, señalando muy críticamente lo hecho por el jefe de la policía, de apellido Sullivan. La solicitada incluyó en su texto algunos errores, señalando una cantidad mayor de heridos que la real. Entonces Sullivan aprovechó el error e inició una demanda millonaria contra el diario, sosteniendo que había sido afectado en su honor de modo gravísimo.

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 solicitada para evitar demandas por montos millonarios. Finalmente, frente a dicho dilema, la Corte se expresó contundentemente y lo hizo —y esto es lo que interesa señalar—, basándose en una concepción de la democracia amplia e inclusiva como la que sugería antes. La Corte dijo entonces que Sullivan había sido, en efecto, afectado, pero sostuvo sin embargo, que su principal compromiso 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, convirtiéndose en el gran bastión de la jurisprudencia contemporánea en materia de libertad de expresión. En la Argentina, nuestros 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 protectiva 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, surgida ante situaciones muy similares. El mismo juez que fundamentó la decisión en el caso *New York Times*, el notable juez Brennan —quien se convertiría desde entonces en uno de los paladines de la defensa de la libertad de expresión—, sostuvo en otra oportunidad que principios protectivos de la crítica, como el citado, merecían un refuerzo aún mayor si el grupo de los críticos era uno, compuesto por personas que no tenían fácil acceso a la televisión o a la radio, y que no tenían la capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos, ni la de hacer circular elaborados panfletos, es decir gente con acceso muy limitado a los funcionarios públicos y al resto de la comunidad política.

Desde la Argentina volvimos a aplaudir estas ideas, notables en su sentido común, que venían a decirnos que los jueces siempre deben hacer un esfuerzo por resguardar al crítico, muy especialmente cuando lo que está en juego es una crítica al poder público y más todavía si el crítico tiene dificultades para expresarse por otros medios. Todo lo cual merecería que empecemos a aproximarnos a temas como el de la protesta social de otro modo. La idea es que el poder judicial debe brindar un resguardo muy especial a la persona que critica al gobierno, en lugar de convertirse, como hoy tiende a convertirse, en líder del reproche frente a quienes protestan.

Este tipo de reflexiones nos llevan a pensar en cuestiones que por ahora sólo dejo constar como nota a pie de página. Ante todo, vale la pena que

pensemos sobre las dificultades expresivas que tienen muchísimos grupos, en nuestro país, y que les impiden hacer conocer a los demás aquellas cuestiones que más les preocupan. Se trata de cuestiones relacionadas con un problema muy serio: el de las necesidades básicas insatisfechas. Adviértase, además, que el hecho de que a menudo vemos a algún piquetero en la televisión no nos dice absolutamente nada acerca de la posibilidad que tienen estos grupos para hacer conocer sus demandas. No tiene nada que ver una cosa con la otra. No interesa que un día o varios días un piquetero o varios piqueteros aparezcan en la televisión. Esto es una pura anécdota. Lo que importa 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 reclamo debe satisfacerse, pero en principio, si lo que tenemos frente a nosotros es un reclamo en pos de necesidades básicas elementales, entonces hablamos de reclamos que tienen una jerarquía superior y que merecen una atención muy especial.

Otra reflexión que dejo a pie de página se refiere al modo en que nuestro país, como sucede en otros, tendemos a distribuir la palabra vinculándola con el dinero. Ello 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 de acuerdo con lo interesante o singular que alguien tiene para decirnos. Lo único que resulta 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 quiere decir. Es decir, por definición, quien quiere 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 de haber liderado esta tarea de esclarecimiento público sobre lo que significa vivir en democracia.

II. 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 derechos de las minorías. Como idea general, diría que en nuestro país, como en otros, se nos dice que el Poder Judicial ha sido orga-

nizado de modo tal de asegurar que el mismo mantenga una preocupación especial por las minorías. Los jueces, por ejemplo, no están sujetos a revocatorias de mandatos, no pueden ser removidos a través de una elección, pues mantienen sus cargos 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 mal o muy bien, pero ello no importa ahora. El tema es que 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, en principio, para atender los derechos de las minorías. El poder Judicial, podría decirse, tiene la posibilidad de reflexionar con tranquilidad sobre todos los problemas que afectan a los grupos minoritarios: no está limitado por elecciones ni urgido por plazos para tomar sus decisiones. De allí también resulta que si el juez no resguarda de un modo muy especial a estos grupos, los sectores minoritarios quedan virtualmente desprotegidos.

De allí que, si el Poder Judicial, como ocurre en países como el nuestro, se coloca a la vanguardia de la sanción o la persecución de los grupos más débiles de la sociedad, la situación que resulta es trágica. Pensemos en el caso de los piqueteros, por ejemplo, que es el que muchos de nosotros tenemos ahora en mente, y respecto del cual tenemos hoy una actitud seguramente distinta de la que teníamos hace algunos años. Ahora, según parece, todos tenemos una relación más distante o más hostil hacia tales grupos. Pues bien, si las encuestas de opinión nos dicen que existe una hostilidad general frente a estos sectores, el juez debería pensar que entonces tiene una razón todavía más fuerte para asumir un compromiso especial en la defensa de tales grupos. Ello así porque, de otra forma, se corre el riesgo de que esa mayoría hostil los aplaste y arrase con ellos.

Ahora que los grupos piqueteros son más impopulares, es cuando aparece una razón todavía de más peso para que los jueces les aseguren la protección que merecen. Esto no significa anticipar cómo debería de 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.

III. Interpretar la Constitución

Reflexionamos sobre teoría de la democracia, reflexionamos sobre los derechos, y quisiera hablar 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 las interpretaciones tienden a diferir mucho entre distintos intérpretes. Existen tantos problemas para interpretar una obra de literatura como para interpretar la Constitución. A veces hay más problemas para interpretar la Constitución que para interpretar otro texto porque la Constitución, de modo muy explícito, se compromete con términos generales y vagos: la idea de justicia, la idea de igualdad, la idea 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 acerca de cuál debería 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—. Destacar esto es, entonces, importante: existen fuertes diferencias de opinión acerca de cómo debería interpretarse realmente el texto constitucional, por lo cual cuando los jueces nos dicen "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 que ellos mantienen. Quiero decir, habitualmente no nos pueden responder, como suelen hacerlo, que ellos deciden como hacerlo porque están obligados por lo que exige la Constitución.

Ahora bien, por lo dicho, surgen muchos riesgos cuando se interpreta la Constitución. Dichos riesgos tienen que ver con el abuso, y esto es lo que vimos, por ejemplo, cuando hablamos acerca del modo en que se interpreta el artículo 22° que, como señalamos, es al menos susceptible de dos lecturas o formas de interpretación antiéticas, una restrictiva y otra más amplia sobre la democracia. Lo mismo que ocurre en ese caso es lo que sucede cuando pensamos sobre cualquier otro derecho. Los jueces, aún los jueces animados con la mejor buena fe, encuentran problemas serios a la hora de interpretar la Constitución porque no sólo tienen que pensar en lo que dice la Constitución, sino que deben tener en cuenta todo lo que dice el derecho: las leyes vigentes, las decisiones judiciales anteriores, la doctrina. Ellos pueden situarse en diferentes lugares y, lo cierto es que, dependiendo de dónde se sitúen 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 que tiene que ver con cómo hacemos para ponerle alguna atadura e impedir que se produzcan abusos al respecto. Ello es así 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 de allá. Si se cita a un doctrinario X, seguramente terminará decidiendo tal cosa, pero si cita al autor X, seguramente terminará decidiendo tal otra cosa, pero si cita al doctrinario Y, terminará decidiendo otra más. Entonces, como juez, uno queda con una enorme discrecionalidad a la hora de decidir.

Desde ya, en nuestro país se producen muchos abusos a la hora de leer la doctrina. Al respecto, quisiera comentar una pequeñísima anécdota que me involucra, que es muy menor pero que nos dice algo. Existen hasta el momento dos fallos realmente importantes sobre el tema de la protesta social. En uno de ellos citaron un trabajo mío para hacerme decir exactamente lo contrario a lo que yo pensaba. Se trataba de un trabajo escrito a modo de crítica de las decisiones judiciales sobre la materia, pero fue citado, para hacerme decir que yo respaldaba este tipo de decisiones. Esta anécdota me causó indignación en lo personal, pero más allá de lo personal, el caso nos ayuda a ver 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 prefieren. En la Argentina, entre otras cosas debido a la inestabilidad política que hubo —inestabilidad que arrastró consigo a la Corte—, existen hoy decisiones judiciales de tono muy diferentes. Los jueces perfectamente pueden basar su decisión actual en miles de fallos que se encuentran en la vereda de enfrente, y que le permiten decir 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 que podemos tener hay casos que a todos deberían resultarnos muy claros. Si el texto dice "cuatro", uno lee "cuatro" si dice; "blanco" uno lee "blanco"; si dice "negro", uno lee "negro". Después siempre habrá quien tironee 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 debe hacer un esfuerzo muy grande para hacerle decir a la Constitución otra cosa de lo que dice explícitamente.

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 decir que todo lo relacionado con lo social forma parte de los "aspectos no operativos", la parte programática de la Constitución. Uno podría preguntarles a los jueces: "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 la Constitución habla del derecho a la industria, habla del 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 pone en el cajón dicho derecho, esperando a que algún día el legislador se acuerde del mismo porque él ha decidido no hacer absolutamente nada al respecto.

Los derechos sociales fueron incorporados en nuestra Constitución en 1957, es decir, no nacieron ayer, por más que se quiera postergarlos a un segundo lugar. ¿Se pretende entonces que alguien que tiene 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 dice 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 la misma. En realidad estos casos deberían ser de fácil decisión, pero la realidad parece decirnos lo contrario. Lo que ocurre es que, 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.

IV. Derechos y privilegios

Otra confusión habitual, a la hora de pensar sobre cómo interpretar los derechos —una confusión 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 me corresponde tanto a mí como a cualquier otra persona, siempre, sin excusas, como el derecho a elegir nuestro gobernante o el derecho de no ser censurado. Cuando hablamos, en cambio, de privilegios, entonces el poder público puede (y está bien que así lo haga) reaccionar de modo muy distinto, incluso colocando esa demanda atras de otras demandas que considera prioritarias.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando una provincia pide especiales desgravaciones impositivas. Su demanda es entonces una demanda por un privilegio, no por un derecho. Y frente a dicha demanda el poder público puede decir que la atiende mañana, pasado o el mes que viene, dependiendo de los recursos y posibilidades con las que ocasionalmente cuente. Frente a un derecho, en cambio, el poder público no tiene discrecionalidad, su obligación es cumplir y hacer todo lo posible para satisfacer ese derecho.

Si en nuestro territorio se detiene a un ciudadano iraní y se lo lleva a juicio, ese iraní tiene derecho a la defensa, no podemos decirle que no hay dinero para pagarle un traductor. Pensemos, entonces, qué es lo que ocurre cuando el gobierno, por ejemplo, trata las demandas de muchos de estos grupos con necesidades básicas insatisfechas, eligiendo a cuál le otorgará "Planes Trabajar", de acuerdo con las razones que se le ocurran; que fulano se portó bien, que zutano se portó mal, que mengano es más amigo, que perengano es menos amigo. Eso es algo que puede hacer, limitadamente, cuando se trata de un privilegio. Pero si el poder político comienza a tratar lo que son derechos como si fueran privilegios, entonces, él mismo crea, reproduce, alimenta y exacerba los reclamos que presenciamos todos los días.

Está claro, si él le da más "Planes" a quien hizo más ruido, bueno, entonces yo mañana voy a hacer más ruido todavía, a ver si esta vez me toca a mí. Y el que está al lado mío va a hacer entonces todavía más ruido, y así sucesivamente.

Por eso cuando el gobierno trata las demandas de derechos como si fueran demandas por privilegios, él mismo alimenta la dinámica que, se supone, nos dice, quiere apaciguar. De todas maneras, mi reocupación principal tiene que ver con el Poder Judicial, y a él vuelvo ahora.

V. El límite de los derechos

Alguien podría decirnos, sensatamente, y frente a lo señalado hasta aquí, que la idea de proteger al que critica está muy bien, pero que sin embargo no se puede protestar de cualquier forma, de cualquier modo, a costa de los demás. A la hora de atender esta sensata observación, sin embargo, todos —pero especialmente los jueces—, solemos ir mucho más rápido de lo que debiéramos. Por alguna razón —que en lo personal creo que tiene que ver con un puro prejuicio de clase—, los jueces suelen decir 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 jueces, uno entre miles otros: "Ningún derecho es absoluto, pues todos deben operar según las leyes, su reglamento, su ejercicio, atendiendo su razón de ser teleológica e interés que protegen". No sé realmente qué quiere decir este juez. Pero de todos modos, y por lo que creo entender, lo primero que uno debería preguntarle a este juez 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 decir que un derecho termina exactamente aquí y el otro empieza exactamente más allá. Y ello, no porque no existan límites, sino justamente porque existiendo nos interesa saber dónde están, y cuáles son las razones que nos permiten aceptar que el límite es éste que él establece y no otro que está un poco más allá. El punto, en definitiva, es el siguiente: si un juez quiere limitar un derecho que la Constitución me concede, él 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.

De allí que con declaraciones como la leída ("todos los derechos tienen su límite"), el juez no nos justifique absolutamente nada. Notablemente, sin embargo, muchos jueces terminan allí su razonamiento, para luego, inmediatamente, decidir el procesamiento penal de los que protestan.

Muchos jueces nos dicen "es que ha ocurrido un choque de derechos". Y esto es obvio, todos los días se producen "choques de derechos" y cada día tenemos que resolver estas trágicas situaciones frente a dos derechos que disputan por el mismo espacio. Pero por supuesto, la discusión no se termina cuando se nos dice: "su derecho chocó con el mío". En todo caso, ahí es donde empieza la discusión. ¿Por qué es que mi derecho es el que pierde y no el que gana? En el caso que mencionamos antes, del comisario Sullivan contra el diario *New York Times*, el derecho a la crítica de los manifestantes que publicaban la solicitada, 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 desafortunado, pero en esta oportunidad, los que ganan son los manifestantes". Si yo critico al Presidente, y lo critico de modo muy violento, y el Presidente me dice "no, usted no puede hacer esto porque afecta mi honor," yo le debo responder "vamos a ver quién gana. Porque no el mero hecho de que usted levante la carta de su honor como presidente supone que me gana." De hecho, la tendencia actual en cuanto al tratamiento de la crítica, dentro de la jurisprudencia internacional, es que el crítico es el que debe ganar. Por supuesto, éstas no son situaciones que el derecho celebre, situaciones con las que el derecho se alegre. Éstas son situaciones angustiosas para el derecho.

El derecho quisiera que todos los derechos pudieran ser acomodados, pero eso no es posible de modo habitual.

Lamentablemente, es cuestión de todos los días que los derechos de uno choquen con los derechos de otro, y es por ello que tenemos que empezar a afinar la letra y pensar en cuáles son las razones para decir que el que gana en dicha 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, el derecho a la crítica no tiene que ser el primero, sino el último en ser retirado. Eso no significa que podemos hacer cualquier cosa con la excusa de que estamos criticando al poder. Quiero decir que cuando se critica al poder, allí ocurre algo muy importante, 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 que 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 me agregan estas anécdotas trágicas, a la reflexión de fondo sobre cómo debemos tratar a la protesta? Absolutamente nada. Piénsese en qué es 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, ¿me dice algo eso acerca de la validez o el respaldo que merece o deja de merecer el derecho a la huelga? No, no me dice absolutamente nada. El derecho a la huelga se mantiene, merece ser mantenido, 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 merecedor de un reproche, pero dicho reproche 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.

Y algo más al respecto. Es muy común que, a la hora de pensar en reproches para quienes han cometido conductas antijurídicas, se recurra inmediatamente al Código Penal. ¿Por qué ocurre esto? Hay miles de respuestas jurídicas posibles frente al conflicto, y miles de caminos que 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. ¿Por qué no pueden explorarse caminos intermedios?

Vayamos a otro punto. Frente a estos casos difíciles en que colisionan derechos, en la doctrina y la jurisprudencia se ha comenzado a defender lo que se llaman "regulaciones de tiempo, lugar y modo". Con esta herramienta en mano, 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 no a las tres de mañana. Muévase unas cuadras más allá, o cambie el horario de la protesta". Ahora bien, cuando reconocemos la existencia de este tipo de posibles regulaciones a la protesta, tenemos que reconocer también que existe un acuerdo muy fuerte sobre lo siguiente: cualquier tipo de regulación de "tiempo, lugar y modo" debe hacerse de forma tal que no socave el derecho de fondo en juego. Permítanme dar un ejemplo al respecto, ocurrido fuera de nuestro país. En una ocasión, y frente a grupos que distribuía panfletos en defensa de sus ideas, el gobierno en turno dijo: "De ahora en adelante, no se pueden distribuir más panfletos porque la gente los tira y así se ensucian las calles. Hagan otro tipo de publicidad porque ésta 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 éste afea las calles".

Los tribunales fulminaron este tipo de respuestas gubernamentales. Ellos dijeron, entonces, 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 la regulación se haga en lenguaje neutral, lo cierto es que una regulación como la expuesta venía a eliminar la expresión de algunos grupos, afectando entonces la sustancia del derecho en juego.

Podemos entonces estar abiertos a regulaciones de tiempo, lugar y modo, pero en la medida en que éstas custodien y no socaven el derecho que vienen a reglamentar. Doy 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 dijeron entonces: "Si usted suprime este tipo de expresiones políticas, afecta especialmente a algunos, a quienes tienen dificultades para expresarse con medios más caros. Si le da la posibilidad de expresarse a esos grupos muy bien, pero mientras tanto, si suprime tales medios de expresión con la excusa de establecer regulaciones de tiempo, lugar y modo, usted afecta muy especialmente a algunos grupos, usted no trata a todos igual".

Algo más. 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 dice que las calles, plazas y avenidas son lugares que tradi-

cionalmente han sido usados para la protesta y que merecen por tanto una protección especial. Yo creo que hay mucho para decir a favor de este tipo de ideas, que por el momento sólo menciono.

VI. Qué podemos esperar del Poder Judicial?

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

Ahora bien, y antes de concluir: ¿hay razones para pensar que el poder Judicial, en el futuro, cuando se calmen un poco las cosas, va a comprometerse con criterios modestamente alternativos a los que hoy defienden? En lo personal, yo creo que no, por más que sea perfectamente posible la aparición esporádica, de algunas buenas y bien fundadas decisiones. Esto nos obliga a tomarnos más en serio la cuestión de cómo es que hemos diseñado al Poder Judicial, tanto en nuestro país como en muchos otros (podríamos incluso avanzar consideraciones similares, a la hora de pensar sobre las bases del poder político o empresarial, pero no es el tema central de este texto). El hecho de que contemos con un Poder a cuyos miembros no elegimos, a los que no podemos remover 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 auto-arrogado esta capacidad), la posibilidad de decir la última palabra sobre todas las cuestiones constitucionales. Esto quiere decir que el Poder Judicial es el que tiene la última palabra, 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. Y dicho Poder, al mismo tiempo, es justamente el Poder que tenemos menos posibilidades institucionales de controlar.

De modo más serio aún, el poder Judicial en la Argentina, como en muchos otros países —y esto es algo que lo prueban absolutamente todos los estudios sociológicos realizados sobre el tema— está compuesto por gente que tiene un perfil particular, para bien o para mal, sobre todo cuando nos referimos a los jueces que ocupan los lugares más importantes: la mayoría de ellos son hombres, católicos, de ideología conservadora, de clase media alta. Entonces, no sólo tenemos que ser más finos a la hora de reflexionar acerca de la protesta y los derechos y la democracia, sino que merece que reflexionemos sobre el modo en que hemos organizado nuestro sistema institucional, el modo en que hemos organizado la distribución del poder institucional.

En tal sentido, todos nosotros 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, el modo en que poco a poco hemos ido perdiendo control y decisión sobre las cuestiones que más nos importan, el modo en que sigilosamente se nos ha expropiado la capacidad de decidir sobre cómo es que queremos vivir juntos.