

Roberto Gargarella

El derecho a la
PROTESTA

El primer derecho

AD-HOC

Colección
DERECHO, ESTADO Y SOCIEDAD

①

DIRECTORES:

MARY BELOFF (UBA)

ROBERTO SABA (UBA)

Roberto Gargarella

EL DERECHO A LA PROTESTA

El primer derecho

AD·HOC

Primera edición: abril 2005

Diseño de tapa: Guadalupe Ruiz
lupeguadaruiz@yahoo.com.ar

Roberto Gargarella.
El derecho a la protesta: El primer derecho
1ª ed. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005
266 p., 23x16 cm.

ISBN: 950-894-485-4

1. Teoría de Estado. 2. Filosofía. I. Título.
CDD 100

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Vilela

Copyright by Departamento de Publicaciones,
Facultad de Derecho/UBA
y AD-HOC S.R.L.

Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
info@adhoc-vilela.com
www.editorialadhoc.com

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-485-4

ÍNDICE

<i>Presentación de la Colección, por Mary Beloff y Roberto Saba</i>	11
<i>Prólogo y agradecimientos</i>	15
<i>Introducción</i>	19
 I. Ruta 1: Expresión cívica y "cortes de ruta"	23
1. <i>El valor especial de la expresión</i>	26
2. <i>Libre expresión y dificultades expresivas</i> ...	29
 II. Ruta 2: ¿Un camino sin salida? El derecho ante los "cortes de ruta"	33
1. <i>Dos lecturas posibles sobre los derechos individuales</i>	33
1.1. <i>Una concepción "débil" o "dependiente" de los derechos</i>	33
1.2. <i>Los problemas de la concepción "dependiente"</i>	36
1.3. <i>Los derechos concebidos como "cartas de triunfo"</i>	38
2. <i>Crisis social, conflictos de derechos, y "cortes de ruta"</i>	41
 III. Por qué el fallo "Mais" es (jurídicamente) inaceptable	47
 IV. Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta	59
1. <i>Democracia, debate público, y dificultades expresivas</i>	59

2. <i>Derechos vs. bien común</i>	65
3. <i>Derechos vs. bien común: los derechos frente a las "necesidades" de la economía</i>	69
4. <i>Derechos vs. derechos</i>	72
5. <i>La Constitución mirada desde el derecho penal</i> <i>cial</i>	74 77
7. <i>La doctrina del "foro público", y regulaciones de "tiempo, lugar y modo"</i>	82
8. <i>Conclusiones</i>	85
 V. <i>Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina</i> ..	
1. <i>Introducción</i>	87
2. <i>Consistencia e igualdad</i>	90
3. <i>Democracia</i>	94
3.1. <i>Preservación de la regla mayoritaria</i>	95
3.2. <i>Preservación del carácter republicano del gobierno</i>	98
4. <i>Derechos humanos</i>	101
4.1. <i>Debido proceso y situaciones de emergencia. La doctrina de las cuestiones políticas no judiciales</i>	103
4.2. <i>Autonomía, razones públicas, deliberación colectiva</i>	111
5. <i>Minorías y grupos desaventajados</i>	114
6. <i>Conclusiones</i>	118
 VI. <i>"Piedras de papel" y silencio: la crisis política argentina leída desde su sistema institucional</i>	
1. <i>Introducción</i>	125
2. <i>"Piedras de papel"</i>	126
3. <i>Los controles endógenos y la Corte</i>	129

4. Los conocidos defectos del hiperpresidencialismo	132
5. El Senado y después	134
6. Nuevas herramientas	138
VII. La alienación política en la Argentina	141
VIII. Derechos especiales para grupos desaventajados	153
1. Introducción	153
2. ¿Qué reformas institucionales pueden pensarse, para atender las necesidades de los grupos más desfavorecidos?	158
3. Argumentos y contraargumentos en la discusión sobre los derechos de los grupos desaventajados	163
IX. Derechos de grupos, revisión judicial y "motivos personales"	169
1. Introducción	169
2. "Medios constitucionales" y "motivos personales"	170
3. ¿Cómo proteger los intereses minoritarios en sociedades modernas?	176
4. El mandato constitucional de proteger grupos minoritarios	178
5. La "natural" inclinación de los jueces hacia la protección de los intereses minoritarios	179
6. La fe en la razón	181
7. Las condiciones institucionales de la tarea judicial	183
8. La imposibilidad estructural de regular las decisiones judiciales	187
X. El socavamiento de las instituciones de la democracia constitucional	191
1. Introducción	191

2. <i>El autogobierno como principio político, y sus instituciones</i>	193
3. <i>Ciudadanos comprometidos, reglas para el compromiso</i>	193
4. <i>Notas finales</i>	202
XI. <i>La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal</i>	205
1. <i>Introducción</i>	205
2. <i>Resistencia constitucional y otros conceptos afines</i>	207
3. <i>La resistencia a la autoridad en el núcleo del constitucionalismo</i>	210
4. <i>Las primeras fundamentaciones del derecho de resistencia: ¿cuándo se justifica resistir?</i>	215
5. <i>El pueblo como "última corte de apelación"</i> ..	220
6. <i>El derecho frente a la resistencia</i>	225
7. <i>La vida presente de un pariente cercano: el derecho a la desobediencia civil</i>	228
8. <i>La resistencia constitucional como última carta</i>	232
XII. <i>Liberalismo, socialismo y derechos</i>	239
1. <i>El liberalismo como tradición emancipadora</i> ..	241
2. <i>El liberalismo más conservador</i>	244
3. <i>El liberalismo más igualitario</i>	250
4. <i>El socialismo</i>	257

PRESENTACIÓN DE LA COLECCIÓN

El derecho es una práctica social compleja en la que participamos todos los miembros de la comunidad jurídica y política, a lo largo de la historia, en diferentes generaciones. Por medio de esta práctica, jueces, abogados defensores, querellantes, fiscales, especialistas, periodistas y ciudadanos "construimos" colectivamente el significado de la ley.

Ninguna de estas personas sanciona la ley, la aplica, la interpreta o la critica como si fuera la primera persona en la historia de la comunidad de que se trate que sanciona una ley. Esta práctica social que es el derecho nos construye en el desempeño de nuestro rol, cualquiera sea éste.

Por otro lado, también es cierto que por diferentes razones es posible re-fundar, re-crear esa práctica. Tal sería el caso, por ejemplo, si ella es absolutamente perniciosa para el respeto de la autonomía de la persona. Una práctica social que interprete que la tortura o la esclavitud son alternativas válidas para combatir el terrorismo o desarrollar económicamente a una nación puede ser legítimamente contradicha y/o transformada por aquellos que creemos que las personas son fines en sí mismas y que jamás pueden ser utilizadas como medios por terceros o por el Estado para realizar objetivos individuales o colectivos.

En ese sentido es posible "refundar" una práctica social, que podríamos llamar "constitucional", pero debemos hacerlo—incluso en ese dramático instante de la historia de una comunidad política— con la más absoluta conciencia de lo que estamos haciendo.

De este modo, la "creación" o el "conocimiento" del derecho (dependiendo de la posición metaética que se adopte) requiere de un rico y robusto proceso de diálogo entre los miembros de la comunidad jurídica y política, la cual es, además "histórica" en el sentido de transgeneracional. El "derecho ar-

gentino" es el que han ido construyendo las generaciones que nos han precedido y aquellas que vendrán luego de que la nuestra ya no exista. Ese diálogo plural, robusto e intergeneracional no puede ser comprendido desde una perspectiva dogmática y estrecha de aquello que consideramos "derecho".

Por ello, la "creación" del derecho (o su descubrimiento) requiere del conocimiento y de la habilidad de combinar complejos aspectos teóricos y muchísima información (en un sentido que excede el "dato jurídico"). En cada paso del razonamiento jurídico tendiente a dar respuesta a los problemas del derecho (sea mediante la decisión acerca de la norma o la institución correcta o mediante la resolución de un caso judicial) y que lleva a cabo cualquiera de los actores de la comunidad jurídica (que es también la comunidad política) es necesario recurrir a conocimientos de metaética, ética, teoría democrática y constitucional, teoría política, teoría moral, economía, sociología, antropología, psicología, historia, lingüística, teología o estadística, por citar algunos ejemplos. En otras palabras, la interpretación de la ley (principal tarea del jurista cualquiera sea el rol desde el que realice su trabajo) es imposible de ser llevada a cabo con éxito sin incorporar al razonamiento y argumentación cuestiones vinculadas a disciplinas que exceden la estrechez del estudio dogmático del texto de la ley.

La formación de abogados y abogadas capaces de hacer una contribución significativa a la construcción y al fortalecimiento del Estado democrático de derecho exige que ellos conozcan las principales discusiones de las ciencias sociales y, fundamentalmente, aquellas vinculadas con las características del Estado y de la sociedad en los que viven y desarrollarán su actividad profesional. Prácticamente no existe hoy escuela jurídica que no reconozca la importancia de la inclusión de saberes "no jurídicos" (en el sentido dogmático tradicional) para la formación de buenos abogados.

Una cultura jurídica que asume las características antes señaladas y se reconoce como el producto de reflexiones que trascienden el autismo de la pequeña comunidad jurídico-judicial es más rica en términos de su capacidad para producir ciudadanía. "Ciudadanía" en el sentido de una más profunda comprensión de los derechos y una más cierta exigibilidad y garantía, tanto a través del litigio judicial cuanto a través de la formulación de políticas públicas universales. Los derechos

individuales son violados por acción u omisión del Estado o de otros particulares y, en muchas ocasiones, esas violaciones ocurren por la existencia de políticas sociales inadecuadas o por su inexistencia (la criminalización de la pobreza es un caso claro). A modo de ejemplo, podemos afirmar que no hay teoría (normativa) de la igualdad que pueda bajar a tierra —y por lo tanto análisis de casos de desigualdad estructural—, sin la ayuda de datos sociológicos que expliquen si un grupo es concretamente discriminado, excluido o sojuzgado por otro. Si bien existen, son raras las leyes que consagran un trato discriminatorio —en sentido negativo— explícito en su texto; sin embargo, un enfoque desde las ciencias sociales puede poner en evidencia cómo determinadas prácticas sociales van en contra de un principio que el derecho afirma y los derechos que éste pretende proteger.

La Colección que aquí presentamos parte de estas convicciones, pretende superar reduccionismos y recuperar la centralidad que las diferentes escuelas de pensamiento jurídico moderno otorgan a una discusión más amplia de lo jurídico en el marco de nuestras sociedades. Para alcanzar ese fin pretende reunir trabajos cuyas dispares perspectivas asumen que el derecho no es sólo el texto jurídico, y que su interpretación requiere de una amplia gama de actores, instituciones y saberes.

De este modo, aspiramos a que cada uno de los libros de esta Colección contribuya a la formación y el perfeccionamiento de aquellos que, desde la abogacía o desde otras profesiones, deseen realizar un aporte significativo a la compleja práctica social que es la construcción colectiva de un mejor derecho pensado en términos de una sociedad más democrática, inclusiva y justa.

Buenos Aires-New Haven, abril de 2005

MARY BELOFF y ROBERTO SABA

PRÓLOGO Y AGRADECIMIENTOS

Los artículos incluidos en este libro examinan algunas de las protestas ejercidas recientemente por grupos desaventajados, las razones institucionales que tienden a originarlas o agravarlas, y las dificultades encontradas por sus protagonistas en las esferas política y económica frente a las que presentaron sus apelaciones. Los capítulos que forman parte de la Primera Sección de este volumen pretendieron dar cuenta de (una parte de) las respuestas obtenidas por estos manifestantes en la justicia y la doctrina jurídica de nuestro país —respuestas que se repiten, con formas variadas, a lo largo de la historia jurídica argentina, y que sólo exageran, según intuyo, argumentos y prejuicios que se encuentran también en otros países—. Los textos que aparecen en la Segunda Parte del libro revisaron algunos de los factores institucionales presentes en estos escenarios de conflicto social. A través de ellos me interesó mostrar de qué modo nuestra armazón política y judicial no sólo no contribuye a facilitar la resolución de los conflictos bajo examen, sino que pasa a ser parte de tales problemas, en ocasiones generándolos directamente, y en otras extremando algunos de sus peores rasgos (p. ej., en razón de un persistente sesgo contrario a los puntos de vista de ciertos grupos). A partir de esta convicción —acerca de la responsabilidad del propio sistema institucional en las recurrentes crisis sociales— los dos últimos trabajos fueron dedicados a explorar dos cuestiones teóricas que considero cruciales. La primera tiene que ver con la pregunta sobre qué hacer cuando el derecho maltrata sistemáticamente a toda o parte de la sociedad; y la segunda —finalmente vinculada con la anterior— se refiere a la justificación misma de un sistema institucional como el que hoy tenemos, y que muestra características como las señaladas más arriba. Espero que los trabajos que aquí se incluyen sirvan de apoyo a aquellos que sospechan que el pensa-

miento jurídico predominante necesita de revisiones urgentes, capaces de librarlo de las solemnidades, inercias y dogmatismos que hoy lo asfixian.

Las investigaciones que integran esta obra se beneficiaron enormemente de las excepcionales búsquedas bibliográficas que realizaron, en distintos momentos, Ileana Arduino, Lucas Arriada Antón, Carolina Garber y Damián Navarro (que se hizo cargo, además, de una pesada parte en la edición de este libro). Estoy profundamente agradecido a todos ellos. También tuve la oportunidad de discutir muchos de los temas reunidos aquí con quienes integran, integraron o se vincularon de algún modo con mi cátedra en la UBA, que procuró ser siempre un foro de discusión abierto, especialmente hacia quienes mostraban un temprano entusiasmo frente a la vida académica. Entre otros, y a pesar del horrible riesgo de olvidar algunos nombres, mencionaría a Paola Bergallo, Nicolás Dassen, Mariano Fernández Valle, Horacio González, Juan González Bertomeu, José Ipohorski, Laura Clérico, Gustavo Maurino, Julia Maskivker, Rosalía Mora, Ezequiel Nino, Carla Piccioni, María Piqué, Victoria Ricciardi, Roberto Saba, Laura Valdivia, Carolina Varsky, Carlos Véliz, Marcela Villarrazo, Natalia Volosín y Demián Zayat. Debati sobre la cuestión de la protesta social, a veces acaloradamente, en un pequeño foro que constituimos con mi amigo Marcelo Alegre, con Lucas Grossman, Jaime Malamud Goti, Martín Böhmer y Carlos Rosenkrantz. Presenté algunos de estos temas en seminarios organizados por la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Di Tella y la Universidad de Córdoba, y en el exterior, en el Instituto Christian Michelsen (Noruega), y en las universidades de Bergen (Noruega), Duke e Indiana (Estados Unidos). Discutí sobre la criminalización de la protesta social también en el ámbito de la Biblioteca Nacional, en el marco de unas presentaciones amablemente organizadas por Horacio González. Alberto Binder, Robert Barros, Christian Courtis, Félix Ovejero, Silvina Ramírez y Maristella Svampa me acompañan y acompañaron fraternalmente en la reflexión sobre algunos de estos temas. Mis escritos sobre la resistencia al derecho se enriquecieron, además, con los comentarios de muchos amigos y colegas extranjeros, entre ellos Fernando Aguilar, Joshua Cohen, Owen Fiss, Frances Olsen, y Thomas Pogge. También quisiera agradecer a Mary Beloff, directora del Departamento de Publicacio-

nes de la Facultad de Derecho de la UBA; a la editorial Ad-Hoc, por la enorme colaboración prestada para hacer posible este libro; a la Universidad Di Tella (especialmente a mis colegas de los departamentos de Derecho y Ciencia Política) por el apoyo institucional y personal que me han ofrecido en estos años, y a la Fundación Harry Frank Guggenheim que financió una parte importante de este proyecto.

ROBERTO GARGARELLA

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, como en otros, el derecho acostumbra a hacer lo que no debe: maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar. Esta preocupada convicción acerca de aquello en lo que el derecho se ha convertido une, según me parece, a los diferentes textos agrupados en este libro. El razonamiento que reside detrás de dichos textos es simple, y puede resumirse del siguiente modo. Ante todo, sistemas jurídicos como el argentino han ganado legitimidad a partir de una promesa de tratar a todos como iguales (promesa que se expresa en compromisos constitucionales básicos como el de respetar la diversidad de credos; proteger la expresión de ideas diferentes; dotar a cada uno de un voto, con independencia de cualquier diferencia de capacidad, género, raza, o clase social entre las personas). Contra dicha promesa, sin embargo, grupos amplios de nuestra sociedad sufren de un grave y sistemático maltrato, que los lleva a vivir en condiciones mucho peores que las del resto, por razones completamente ajenas a su propia responsabilidad. Si el derecho pretende honrar su promesa originaria (por ser dicha promesa valiosa, y no por el mero hecho de ser original), lo que debe hacer es asegurar a todos, pero muy especialmente a aquellos que hoy agravia, un trato igualitario. Y mientras ello no ocurre, el derecho debe dar especial protección a quienes reclaman por ser tratados como iguales, es decir, debe proteger en lugar de acallar a la protesta. El derecho a protestar aparece así, en un sentido importante al menos, como el "primer derecho": el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos.¹

¹ Lo dicho no implica negar la obvia centralidad del derecho a la vida, ni la urgente necesidad de satisfacer básicos derechos sociales, como condición

Cada una de las afirmaciones anteriores merece un sustento mayor, algo que he tratado hacer, al menos en parte, en otros trabajos.² En los escritos que aquí se agrupan me ocupo especialmente del último de los puntos citados, referido a las reacciones del derecho frente a las necesidades básicas insatisfechas de ciertos grupos, y las demandas y protestas de quienes padecen sistemáticas violaciones de derechos. Me interesa examinar el paradójico hecho de que el derecho tienda a hacer exactamente lo opuesto a lo que deberíamos esperar que haga ante tales reclamos.

Los primeros trabajos que aquí se incluyen están contruidos a partir de decisiones judiciales recientes en materia de "cortes de ruta". Describo los problemas en juego y evalúo críticamente las reacciones judiciales frente a ellos. Me interesa señalar, principalmente, la pobreza argumentativa y discrecionalidad que caracteriza a la mayoría de las decisiones judiciales que han aparecido sobre la materia. Al mismo tiempo, me preocupa mostrar que tales tendencias tan poco atractivas se encuentran fuertemente enraizadas en la práctica judicial argentina, desde sus orígenes. La historia de la jurisprudencia del máximo tribunal argentino se encuentra, en efecto, plagada de contradicciones y malas decisiones, que muestran los compromisos de nuestro Tribunal superior con los poderes establecidos —ya sea que se trate de dotar a los golpes de estado de la legalidad de la que carecen; de respaldar el Estado de sitio y la consiguiente restricción de libertades; o de dar fundamento al incremento de los poderes

para ejercer adecuadamente los demás derechos. Tal afirmación intenta recuperar, más bien, ideas como las defendidas por Jeremy Waldron al hablar del derecho a la participación como "el derecho de los derechos," finalmente tributarias de la línea de pensamiento que desarrollara John Rawls, al pensar en la prioridad lexicográfica del principio de libertad que protege derechos básicos como el derecho a la crítica (Rawls, J.: *A Theory of Justice*, Harvard U.P., 1971; Waldron, J.: *Law and Disagreement*, Oxford U.P., 1999).

² Véase, p. ej., GARGARELLA, R.: *Nos los representantes*, Maño y Dávila, Buenos Aires, 1995; *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996; *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999; *La Constitución de la desigualdad. Los orígenes del constitucionalismo en América 1776-1860* (manuscrito por publicarse, 2005). En trabajos como los anteriores definí ciertos principios básicos de la teoría igualitaria, e intenté mostrar algunas de las derivaciones que podrían tener tales principios en materia de diseño institucional.

discrecionales del presidente. Acompaño este análisis jurisprudencial, además, con un examen crítico de las posturas asumidas por la doctrina argentina —notablemente— a favor de la restricción de los derechos de quienes protestan; y con un intento por desmenuzar algunos de los principales argumentos usados por la doctrina y la jurisprudencia en contra de los derechos de grupos desaventajados.

Una segunda serie de trabajos intenta mostrar que tanto las condiciones sociales que generaron —entonces, como hoy— las protestas sociales y políticas, como las implausibles respuestas que ellas han tendido a recibir del poder público, se han debido menos a la mala voluntad de unos cuantos —mala voluntad que en muchos casos resulta obvia—, que a un sistema institucional ineficaz (en cuanto a muchos de los fines que él mismo se traza) y disvalioso (en cuanto a los principios en que se encuentra fundado). Dedico especial atención, en tal sentido, al análisis del Poder Judicial. Me interesa decir, al respecto, que no es dable esperar cambios significativos en los modos y contenidos de sus decisiones —habitualmente conservadoras, muchas veces reaccionarias, siempre oscilantes y débilmente fundadas—. Ello, al menos, en la medida en que sus miembros sean seleccionados del modo en (y de acuerdo con los criterios con) que hoy lo son, permanezcan libres de casi todo control público, tal como en la actualidad, y sigan estando institucionalmente capacitados para tomar el tipo de decisiones que hoy toman, del modo en que hoy lo hacen.

Los dos últimos trabajos que se incluyen en esta obra (uno, acerca de la resistencia al derecho, y otro acerca de las miradas liberal y socialista sobre los derechos), tratan de aportar nuevas herramientas con las que pensar críticamente los límites del derecho "realmente existente", y las alternativas abiertas frente a él.

Los temas de los que se trata en este trabajo son demasiado actuales y urgentes, y es dable pensar que seguirán con nosotros por mucho tiempo. Espero que estos escritos sirvan para tomar alguna distancia frente a ellos y, en particular, que nos ayuden a mirar mejor las decisiones judiciales que han aparecido al respecto. La pobreza, oscuridad o arbitrariedad de tales decisiones no deben inducirnos a que dejemos de esforzarnos por argumentar bien y argumentar claro contra ellas.

I. RUTA 1: EXPRESIÓN CÍVICA Y "CORTES DE RUTA"

Este capítulo tiene como objeto examinar una de las manifestaciones más notables que ha tenido el conflicto social en nuestro país en los últimos años. La modalidad del conflicto a la que voy a referirme es la del "corte de ruta" —esto es, tal como la hemos conocido, la decisión de un grupo de individuos de bloquear el paso en alguna Ruta Nacional, con el objeto de llamar la atención al resto de los ciudadanos acerca de la gravedad de un determinado problema social—. Para llevar adelante este estudio tendré en cuenta, fundamentalmente, dos decisiones más o menos recientes tomadas por la justicia de nuestro país —curiosamente, en uno y otro extremo de la geografía argentina.

La primera decisión a la que haré referencia será la tomada por el Juzgado Federal N° 1 en San Salvador de Jujuy, en agosto de 1997. En dicha ocasión, se decidió procesar a un grupo de desocupados y trabajadores de escasos recursos, por el hecho de haber instalado un "piquete" en el puente sobre el Río San Lorenzo, obstruyendo el libre tránsito en la Ruta Nacional N° 34. El fallo en cuestión, escasamente fundado, se apoyó en el art. 194 del C.P. que sanciona la obstrucción a la libre circulación del tránsito.

La segunda decisión bajo examen es más reciente, y fue tomada en Comodoro Rivadavia en julio de 1999, por el conjuer federal Ricardo Napolitani, del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Federal. En este caso, nuevamente, nos encontramos con un corte de ruta realizado por un grupo de manifestantes sobre la Ruta Nacional N° 3, y que obligó a una gran

* Una primera versión de este artículo fue publicada como "Expresión cívica y 'cortes de ruta'", en GONZÁLEZ, F. y VIVROS, F. (eds.): *Igualdad, libertad de expresión, e interés público*, Univ. Diego Portales, Chile, 2000, pp. 285-293.

mayoría de vehículos a circular por un camino alternativo para poder entrar o salir de la ciudad. En este fallo, más densamente fundado que el anterior, el Dr. Napolitani condenó a prisión a los líderes de los manifestantes apoyándose, fundamentalmente, en el mismo art. 194 del C.P. al que se aludía en el caso previo.

En lo que sigue, analizaré los fundamentos de las decisiones citadas y presentaré una serie de argumentos destinados a contrabalancear el peso de tales fundamentos. Concluiré diciendo que el veredicto condenatorio recaído sobre la práctica de los cortes de ruta es menos obvio de lo que parece: hay buenas razones —sostendré— para que el poder público reaccione de un modo diferente frente a tales sucesos.

¿Qué argumentos utilizó y cuáles descartó la justicia, en las decisiones bajo examen?

Como ya lo adelantara, el principal (y en algún caso único) argumento utilizado por la justicia para condenar a algunos de los responsables de los cortes de ruta fue el art. 194 del C.P., destinado a proteger "la eficacia del transporte o del servicio público, su normal cumplimiento y prestación". El delito en cuestión, se ha señalado, queda consumado cuando la acción, en este caso el "piquete", impide, estorba o entorpece el transporte. En su fallo, el juez Napolitani agregó que el delito citado no sólo atentaba contra la norma penal, sino también contra la Constitución, la moral y las buenas costumbres, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (que requiere que el derecho de reunión sea ejercido con atención a las restricciones que la ley imponga). Veamos a continuación, con mayor detalle, cuál fue el balance de razones realizado por el juez de Comodoro Rivadavia para el dictado de su sentencia.

Ante todo, el juez interviniente descartó que los acusados pudieran alegar exitosamente en su favor el "estado de necesidad" invocado por su defensa. Ello, dado que —sostuvo el juez— "no se ha probado que los imputados causaran un mal para evitar otro mayor inminente al que han sido extraños ni se probó que no contaran con otro medio para petitionar a las autoridades... y hacer sus reclamos". El juez aclaró, además, que "la angustiante situación en la que se encuentran muchísimas personas; la desocupación imperante y la crisis social del momento no son consideraciones que permitan avalar un estado de

necesidad". Distinguió también, y para los mismos fines, entre el estado de necesidad y las situaciones de penuria económica (como la que distinguiría a los manifestantes del caso), para lo cual citó una decisión de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, del 17 de septiembre de 1990.

Por otro lado, el fallo de Comodoro Rivadavia rechazó la alegación de la defensa conforme a la cual los manifestantes hacían un legítimo uso de sus derechos de reunirse, peticionar y reclamar ante las autoridades. Para fundar este rechazo, el juez hizo referencia al hecho de que los imputados habían participado, momentos antes del corte de ruta, de un paro nacional que no había sido objeto de cuestionamiento alguno. Más aún, el Dr. Napolitani afirmó que los acusados habían violentado los derechos de reunión alegados, al invocar la representación de todo el pueblo, dado que la Constitución prohíbe a todo grupo atribuirse los derechos del pueblo y peticionar en su nombre.

El juez Napolitani sostuvo también que, en el pretendido ejercicio de los derechos alegados, los manifestantes incurrieron en la restricción de los derechos de terceros. Y agregó que "ningún derecho es absoluto pues todos deben operar según las leyes que reglamenten su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen". En este sentido, el juez sostuvo que el derecho de reunión fue plenamente respetado durante el paro nacional, pero que durante el corte de ruta —que no fue pacífico— fue menoscabado el derecho de tránsito en mayor medida que el derecho de reunión. Y agregó entonces: "[é]ste es un caso claro para representar la función de la justicia en forma correcta. Nadie le quita a nadie el derecho a ejercer sus derechos de reunirse o de peticionar a las autoridades, pero el ejercicio de éstos no puede hacerse como en el caso de autos".

Como conclusión de su fallo, el Dr. Napolitani señaló que "[s]i la justicia no preserva el Estado de derecho para la sociedad en su conjunto, el edificio institucional de la democracia se irá resintiendo gradualmente". Por ello, alegó que no podía hacer caso omiso a la ley ya que de ese modo "se ultrajaría el Estado de derecho, se alimentaría la desconfianza, el descrédito a la ley y ahí sí que nos encontraríamos ante un verdadero caos social".

¿Qué otras consideraciones convendría tomar en cuenta, en casos como los que nos ocupan?

En lo que sigue, quisiera sopesar más detenidamente los argumentos avanzados en la sección anterior, contrastándolos con otros alternativos. Mi propósito es el de determinar si las razones hasta aquí enunciadas eran lo suficientemente contundentes como para decidirnos a inclinar la balanza en el sentido en el que se la ha inclinado. Con dicho objetivo, alinearé una diversidad de argumentos que, según entiendo, merecerían ser tenidos en cuenta a la hora de tomar alguna decisión frente a situaciones como la de los cortes de ruta, antes referida.

1. El valor especial de la expresión

Ante todo, considero que en casos como los citados conviene tomar más en serio el peso de un derecho como el de la libertad de expresión. Es absolutamente cierto, como dijera la justicia en los fallos revisados, que el ejercicio de un derecho no puede importar la supresión de otros. De todos modos, al momento de hacer un balance acerca de qué peso asignarle a cada derecho, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática. Esto es, en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que —mucho más— requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático.

Frente a lo dicho en el párrafo anterior, obviamente, alguien podría recordarnos que las protestas de las que hablamos no consistieron en simples expresiones publicitadas a través de los medios de comunicación, frente a las cuales podríamos, en todo caso, cambiar de página o de emisora. Se trató, más bien, de expresiones que fueron hechas públicas en importantes y muy transitadas vías de tránsito. Las expresiones en juego, además, no fueron meramente "verbales" sino que vinieron acompañadas, en la generalidad de los casos, por severas molestias para muchos de los demás integrantes de

las comunidades en cuestión. Sin embargo, frente a tales dichos, presentaría las siguientes observaciones.

En primer lugar, retomaría la muy protectiva y consolidada doctrina norteamericana sobre el "foro público". Tal doctrina, surgida al calor de los fallos "Hague" y "Schneider",² considera, justamente, a las calles y parques como lugares especialmente privilegiados para la expresión pública. "[Las calles y los parques] —se sostuvo en "Hague"— han sido confiadas al uso público desde tiempo inmemorial, usándose desde siempre para el propósito de que los ciudadanos se reúnan en asambleas, se comuniquen entre sí, y discutan sobre cuestiones públicas". Notablemente entonces, y desde "Hague", la Corte Suprema norteamericana se preguntó: ¿dónde, si no en la vía pública, pretender la expresión de la ciudadanía?

En el caso "Schneider", en donde se cuestionaba la actividad de unos manifestantes que arrojaban panfletos a la calle, los jueces reprodujeron, básicamente, los mismos conceptos que habían presentado en "Hague". El hecho de que el máximo Tribunal norteamericano decidiera dar una fuerte protección a las expresiones realizadas en parques y calles, aun cuando la actividad en cuestión involucrara ciertos perjuicios a terceros, resultaba particularmente relevante. En tal sentido, Harry Kalven, una de las principales autoridades del pensamiento jurídico norteamericano en materia de libertad de expresión, destacó la notable enseñanza de casos como "Schneider" para la jurisprudencia futura. Debemos advertir —señaló Kalven— que la "distribución de panfletos en la vía pública... constituye un método de comunicación que acarrea una consecuencia tan inextricable como esperada, que es la de la suciedad en las calles —calles que la ciudad tiene la obligación de mantener limpias—. También constituye un método de comunicación que provoca el enojo de una mayoría de personas; mientras que es dudoso que tenga un gran impacto sobre la audiencia. Sin embargo [y a pesar de todo lo dicho], el balance constitucional en "Schneider" fue decidido enfáticamente en favor de mantener abierto el foro público a este tipo de comunicación".³ La

² "Hague v. Cio", 307 US 496 (1939), y "Schneider v. State", 308 US 147 (1939).

³ KALVEN, H.: "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", 1965, Sup. Ct. Rev. 1, pp. 18-21.

mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía acarrearán costos y molestias para terceros que, sin embargo, y en principio, deben tolerarse en honor de la libertad de expresión.⁴

De todos modos, alguien podría contra-argumentar, con cierta razón, que las situaciones típicas de cortes de ruta diferían sustantivamente de aquellas otras examinadas por la doctrina norteamericana. Ello, debido a que los conflictos sociales aparecidos en nuestro país no implicaban, "meramente", ruidos molestos, suciedad en las calles, o un cierto desorden en el tránsito. Tales conflictos vinieron acompañados, en una mayoría de casos, de incendios, agresiones, destrucción de la propiedad pública y privada. Frente a esta crítica convendría señalar lo siguiente. En primer lugar, y como punto aclaratorio, cabría insistir en la idea básica expresada por Kalven. La pretensión central de este autor era la de hacernos advertir que "todos los discursos implican expresiones y 'algo más'. Si se trata de una expresión oral —decía Kalven— tenemos ruidos que pueden interrumpir a otros; si se trata de una expresión escrita, tenemos la posibilidad de ensuciar [la vía pública]".⁵ Pero —y esto es lo que más le preocupaba al profesor norteamericano— en todos los casos mencionados, y cualesquiera fueran los repudiabiles desmanes de los manifestantes, tenemos ideas en juego y, por ello mismo, la prioritaria obligación del poder público de resguardar tales ideas. Adviértase que la actitud asumida habitualmente por el poder público, en nuestro país, es fundamentalmente contraria a la que aquí se aconseja: en nuestro contexto se parte de la idea de que la ruta debe ser "liberada", el tumulto disuelto, y los manifestantes dispersados, y luego, en todo caso, se presta atención a los demás "detalles" involucrados por la manifestación ciudadana. La expresión de ideas, las críticas al poder público, no parecen merecer, en nuestro país, un cuidado especial. Del mismo modo, el fundamental derecho a criticar a las autoridades no parece ocupar un lugar privilegiado en la escala de valores utilizada por una mayoría de funcionarios políticos, jueces y fiscales, en el cumplimiento de sus tareas. Por el

⁴ Existen, claramente, permisibles limitaciones a la expresión en cuanto a su "tiempo, lugar, y forma". Pero ellas no deben atentar en ningún caso contra el contenido del discurso en juego, o contra la misma posibilidad de que éste se convierta en público.

⁵ KALVEN: *ob. cit.*, p. 23.

contrario, la libertad de expresión aparece —en el razonamiento de tales funcionarios— como un elemento más, que tiene un peso inferior o en todo caso idéntico al de los demás valores en juego (p. ej., el derecho al libre tránsito, el cuidado frente al riesgo de daños potenciales, etc.).

Finalmente, cabe decir que una postura como la aquí avanzada no necesita ni pretende desentenderse de los lamentables efectos colaterales que habitualmente han acompañado a muchos cortes de ruta. Por el contrario, podría decirse, la comunidad en cuestión tiene pleno derecho a reprochar tales excesos (rotura de edificios públicos, lesiones, etc.). Sin embargo, aun así, no debe perderse de vista lo más importante: es perfectamente posible distinguir estos reprochables excesos de la prioritaria necesidad de resguardar las expresiones públicas de la ciudadanía.

2. Libre expresión y dificultades expresivas

Llegados a este punto alguien podría decirnos, con algo de razón, que el planteo anterior ignora algunos datos de indudable importancia. Ello, fundamentalmente, porque en los casos bajo examen no resulta tan claro que la libertad de expresión de los manifestantes haya sido coartada, algo que nuestro análisis simplemente supone. Claramente, sabemos que en el caso de Comodoro Rivadavia, al menos, los manifestantes acababan de participar de un paro nacional que se había desarrollado pacíficamente, luego del cual los imputados decidieron iniciar un corte de ruta con las consecuencias conocidos por todos. Este tipo de hechos, resaltados por el juez Napolitani en su fallo, vienen a decirnos que los manifestantes contaron, en efecto, con vías alternativas de expresión pero que, no obstante ello, prefirieron seguir adelante con una medida directamente perjudicial para muchos de los habitantes de la comunidad.

El punto mencionado es efectivamente relevante ya que, de ser cierto, desvirtuaría mucho de lo que hemos sostenido en la sección anterior, en donde hicimos referencia a la prioritaria necesidad de resguardar la libertad de expresión. Sin embargo, no deberíamos ir tan rápido a la hora de descalificar los argumentos anteriores. Para comenzar con una posible réplica, sostendría que son muchos los casos en los cuales puede darse una violencia sobre la libertad de expresión, aun a pesar de que la situación en

juego no involucre una explícita moción de censura. Para decirlo de otro modo: el hecho de que los manifestantes en cuestión hayan tenido alguna posibilidad de expresar sus ideas no es un dato obviamente relevante a la hora de evaluar el curso de acción a tomarse frente al corte de ruta. Por ejemplo, si en nuestra comunidad nos permiten pararnos en la esquina de una barriada alejada y vociferar desde allí nuestras críticas al gobierno de turno pero se nos impide, al mismo tiempo, manifestar esas mismas ideas en el "ágora" central de nuestra sociedad, luego, es posible concluir que en tal contexto la posibilidad de crítica frente al poder se encuentra severamente restringida. Por supuesto, en algún sentido es absolutamente cierto que en dicha comunidad las personas tienen la posibilidad de expresar aun sus ideas más radicales. Sin embargo, todos nosotros dudaríamos mucho antes de afirmar que en el caso citado se respeta el disenso. Y ello, no porque el resto de la ciudadanía se decida a no escuchar o a desobedecer los consejos del orador de turno, sino porque en la comunidad referida no se aseguran sus derechos básicos a ejercer su crítica de un modo apropiado.

Señalo lo anterior por lo siguiente (y aunque éste es, reconocidamente, un terreno sobre el que conviene andar con cautela): mi intuición es que en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hechos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio público; que otros acampen en la plaza municipal; que otros se decidan a comer en público animales domésticos; que otros más bloqueen una Ruta Nacional; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública. Y en este punto, según entiendo, es que los funcionarios públicos deben saber asignarle a prácticas como las citadas la gravedad que ellas tienen: es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público.

El juez William Brennan —uno de los jueces más brillantes de toda la historia de la Corte Suprema norteamericana, y uno de los mejores defensores de la libertad de expresión— supo avanzar una significativa reflexión al respecto. Sostuvo

Brennan: "Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para [expresar sus ideas] a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos".⁶ Este dato —nos enseñaba Brennan— debía ser tenido muy en cuenta por la justicia, a la hora de fundar sus decisiones. Notablemente, el juez de la Corte sostenía esta opinión en defensa de un grupo de manifestantes que, justamente, eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad.⁷

Las consideraciones avanzadas hasta aquí, según espero, aportan nuevos argumentos a tomar en cuenta a la hora de evaluar decisiones como las propuestas por nuestra justicia, frente a los cortes de ruta. Esta evaluación, como bien dijera el Dr. Napolitani, involucra una reflexión acerca de cuál es el mejor modo de preservar "el edificio institucional de la democracia". Y es por ello mismo —por la exigencia democrática de tratar a todos como ciudadanos iguales— que el poder público debería reconsiderar la forma en que está haciendo uso de la fuerza que le hemos delegado.

⁶ En *Adderley v. Florida*, 385 US 39 (1966), voto disidente.

⁷ Interesa ver, también, *United States v. Kokinda*, 110 S. Ct. (1990). Allí, y junto con los jueces Marshall, Blackmun y Stevens, Brennan volvió a sostener una posición semejante en el caso de unos jóvenes que bloqueaban la única entrada posible en un edificio público. Alegó entonces la doctrina del foro público y la prioridad que debía dársele a la expresión, más allá de su acuerdo con el interés del gobierno por hacer posible el ingreso en el edificio público. Cass Sunstein, uno de los principales especialistas contemporáneos en el derecho de la libertad de expresión, muestra tener preocupaciones muy similares a las del juez Brennan. Para él, las autoridades públicas deben prestar una muy especial atención frente a la situación de grupos con dificultades para vehicularizar sus puntos de vista. Extendiendo tal preocupación, Sunstein ha señalado que, en determinados contextos, puede resultar aceptable la ocupación de ciertos lugares públicos, y aun privados, con el objeto de difundir un cierto punto de vista, y en tanto no existan lugares claramente alternativos para lograr los mismos propósitos. P.ej., señala Sunstein, en lugares en donde el aeropuerto o el "shopping center" constituyen los únicos ámbitos en donde el público se reúne en cantidad, puede tornarse constitucionalmente tolerable la presencia de manifestantes que, en otros contextos, podría ser razonablemente desalentada. Sunstein, C.: *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard U.P., 1993.

II. RUTA 2: ¿UN CAMINO SIN SALIDA? EL DERECHO ANTE LOS "CORTES DE RUTA"

En este capítulo, me propongo profundizar el examen de los problemas jurídicos creados por los llamados "cortes de ruta", esto es por la práctica de bloquear alguna vía pública con el objeto de demandar al gobierno nacional o local la resolución de algún problema social particular. Dicha práctica reconoce matices sobre los cuales debería prestarse más atención ("cortes" producidos en zonas urbanas o rurales; cortes liderados por grupos de desocupados o por entidades gremiales; etc.) pero, a falta de espacio, aquí no tomaré en cuenta tales variaciones.¹ Me referiré, en general, a los diversos derechos que suelen entrar en conflicto durante dichos "cortes de ruta", y examinaré el modo en que la comunidad jurídica, y los jueces en particular, deberían situarse frente a ellos. A los fines de llevar adelante lo propuesto, en la parte inicial de este capítulo tendré en cuenta dos enfoques (más bien opuestos) acerca de cómo analizar los problemas jurídicos vinculados con la interpretación de los derechos constitucionales.

I. Dos lecturas posibles sobre los derechos individuales

I.1. Una concepción "débil" o "dependiente" de los derechos

El primer enfoque sobre el que llamaría la atención sería aquel que nos propone evaluar el alcance de los derechos

¹ Véase al respecto, p. ej., el interesante trabajo de LOPELA, G.: "Social Reactions to Economic Adjustments in Argentina. Roadblocks in the 90's", mimeo, Univ. Di Tella (2001), y sobre todo SWANEY, M., y PEREYRA, S.: *Entre la ruta y el barrio*, Biblos (2003).

constitucionales a la luz de ciertos intereses colectivos —el “bien común;” el “bienestar general;” el “interés nacional”— o ciertos valores que, según se asume, son compartidos por la totalidad o casi totalidad de la Nación —p. ej., los valores propios de la religión católica; las “buenas costumbres”, etc.—. Los derechos, en este caso, no parecen tener una fuerza moral intrínseca, y su respeto resulta dependiente, en última instancia, de valores o intereses externos a ellos.

De modo muy habitual, los jueces que adhieren a este tipo de posturas comienzan sus razonamientos normativos proclamando ideas tales como la de que “no existen derechos ilimitados”, o “el derecho de cada uno termina donde comienzan los derechos del otro”. Por supuesto, afirmaciones como las citadas muestran tener muy poco contenido informativo, y menos aún prescriptivo. Luego de afirmar ideas como éstas (“no existen derechos ilimitados”), sabemos poco más sobre el mundo ante el que tenemos que actuar, y no tenemos ningún indicio interesante acerca de cómo deberíamos actuar: ¿cuál derecho, de entre los derechos eventualmente en conflicto, deberíamos recortar, y de qué modo? ¿Cuándo es que podríamos o deberíamos poner límite a un cierto interés fundamental? La proclamación de aquellas frases no nos dice nada al respecto. Sin embargo, curiosamente, ellas aparecen de un modo sorprendentemente frecuente en las decisiones de nuestros magistrados. Y, lo que es peor, constituyen, muchas veces, la premisa fundamental —si no la única— antes de concluir un razonamiento que dice que un cierto derecho debe ser limitado. Dicha operación, obviamente, resulta irracional e incomprensible apenas se comienza a meditar sobre ella.

Ahora bien, lo más habitual es que, con el objeto de dar fundamento “real” a sus opiniones, los jueces apelen adicionalmente a ciertos valores o intereses generales que —según proclaman— constituyen el punto desde el cual debe interpretarse todo el entramado constitucional. Se nos dice, entonces, y en primer lugar, que “todos los derechos tienen su límite”, para afirmar luego que el límite en cuestión se halla en el “bien común”. Cuando apelamos a la idea de “bien común”, aparentemente, adquirimos algún tipo de información adicional significativa. Ahora sí, podría decirse, contamos con algún parámetro concreto a partir del cual evaluar los derechos constitucionales. Un buen ejemplo de este tipo de posturas aparece

en una reciente opinión del juez Antonio Boggiano, de la Corte Suprema argentina, hablando del básico derecho de la libertad de expresión. De acuerdo con el voto de Boggiano, "la tutela constitucional de la libertad de expresión encuentra límite en la necesidad y el deber de preservar la moral pública inherente al bien común".² Nuestra práctica constitucional nos ofrece otros múltiples ejemplos de este tipo de razonamientos. Así, en "Bertotto",³ la Corte sostuvo que, en honor del interés público, se justificaba constitucionalmente la negativa del jefe de correos de Rosario de admitir la distribución postal del diario *Democracia*. De acuerdo con la opinión mayoritaria del tribunal, resultaba obvio que la libertad de prensa no era absoluta y que "desde luego [era] inconciliable su utilización para fines contrarios a la organización política argentina, a la moral pública y a las buenas costumbres".⁴ Para citar otro ejemplo importante, podríamos decir que parte de la doctrina constitucional argentina adhirió a formas de razonamiento semejantes cuando sostuvo una idea como la de los "partidos antisistema" (que propiciaba la prohibición de ciertos partidos políticos "extremistas") para la cual el derecho de asociación encontraba su límite en el "interés general" de defenderse frente a quienes disentían radicalmente con los valores democráticos.⁵

En otro

caso, el

² CSJN, 314:1531 (1991), en el llamado caso "C.H.A."

³ CSJN, Fallos, 167:136.

⁴ Un análisis similar a éste en Nino, C.: *Fundamentos de derecho constitucional*, Astres, Buenos Aires, 1992, cap. 2, b.

⁵ Como modo de reforzar consideraciones como las anteriores, los jueces han sostenido, muchas veces, que la protección judicial del "bien común" resulta necesaria para preservar la misma estructura social, política y moral que nos permite tener derechos constitucionales. Se nos dice (aludiendo, seguramente, a la imagen bíblica sobre la desgracia que asoló a las corruptas poblaciones de Sodoma y Gomorra), que si se permitiera a algún grupo socavar las bases sobre las cuales se asienta nuestra sociedad, luego, toda nuestra comunidad tendería a desmoronarse. Este tipo de criterios —avanzados, históricamente por jueces como lord Devlin, en Inglaterra— fueron retomados en nuestro país en una diversidad de casos. Así, p. ej., el juez Antonio Boggiano sostuvo —citando en su opinión testimonios como el de lord Devlin— que "la democracia requiere de un sustrato de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad indispensable para su gobierno mismo". Véase el citado caso "C.H.A."

1.2. Los problemas de la concepción "dependiente"

A pesar de su popularidad, esta primera visión sobre los derechos enfrenta serias dificultades teóricas que amenazan con tornarla poco atractiva. Ante todo, debe señalarse que esta postura sigue sin decirnos nada acerca del modo en que debemos obrar frente a cada caso concreto. Ello, ante todo, porque las mismas pautas a las que recurre son, en el mejor de los casos, demasiado vagas. En efecto, es dable imaginar que, frente a un mismo caso, y desde distintos sectores de la sociedad, se digan cosas muy diferentes a la hora de develar el contenido de aquel "bien común". Así, y por ejemplo, podríamos preguntarnos si honramos el "bien común" cuando interrumpimos una manifestación de protesta, o cuando dejamos de hacerlo. O también, si custodiamos apropiadamente el "bien común" cuando silenciamos al opositor, o cuando le permitimos que lance sus críticas más severas. O si respetamos el "bien común" cuando censuramos a las publicaciones pornográficas, o cuando permitimos que ellas se vendan libremente. El magistrado Enrique Petracchi, desde la Corte Suprema (y replicando a opiniones como las de Boggiano, arriba citadas), destacó de qué modo nuestras autoridades habían explotado la ambigüedad del término "bien común" para imponer decisiones arbitrarias: "Frecuentemente en nuestra historia —sostuvo Petracchi— [hemos advertido] el triste hábito de recurrir a conceptos tales como el de 'bien común', para justificar decisiones de gobiernos de turno, restrictivas de la libertad".⁶

Cabe señalar, de todos modos, que los problemas de una postura como la descripta hasta aquí (la que pretende evaluar el alcance de los derechos desde el "bien común" o los "principios de la moral cristiana") no se resolverían, tampoco, siotáramos con una forma indisputable de interpretar el contenido de nociones como las referidas ("bien común", "moral cristiana"). Ello, entre otras razones, porque la misma idea de

⁶ Ídem. Si el recurso a la idea de "bien común" resulta, cuanto menos, muy peligroso, algo similar puede decirse del recurso a otras ideas o principios como los de "la religión católica". Ello porque, bien lo sabemos, los textos bíblicos son tanto o más complicados de interpretar que nuestros principales textos jurídicos: desde hace siglos, distintas concepciones religiosas (y distintas ramas, dentro de cada una de tales concepciones) se disputan el "monopolio" de la interpretación correcta de los "textos sagrados".

medir los derechos constitucionales desde una perspectiva (indisputable, asumamos ahora) como la del catolicismo, importaría una decisión por lo menos extraña: dentro de una comunidad que, como la nuestra, predica la tolerancia religiosa —y la tolerancia de las ideas diferentes, en general— desde el nacimiento de su vida constitucional, limitar o minusvalorar los derechos de algunos por contradecir las convicciones mayoritarias resultaría (como mínimo) muy cuestionable.⁷

Importa señalar que, aun si estuviéramos de acuerdo en cuáles son los valores predominantes en el país y en su importancia, ello no nos daría una razón para sostener (como lo han hecho muchos de nuestros jueces) que tales valores deben preservarse con el objeto de impedir que todo el orden social se desmorone. Dicha consideración negaría la razonable postura según la cual las costumbres o convicciones morales predominantes de una comunidad pueden cambiar, sin que ello implique, en absoluto, la disolución de la sociedad: puede ocurrir perfectamente que dicha renovación de valores nos permita alcanzar una comunidad mejor, más madura o más libre, en algún sentido interesante del término.⁸

⁷ Lo dicho no implica sostener, p. ej., que en ninguna circunstancia se pueda regular alguna expresión ofensiva a alguna religión en particular. Lo que se pretende decir es otra cosa: que las autoridades públicas en ningún caso deben hacer uso de su poder coercitivo en nombre de una cierta religión. En caso de actuar de ese modo, los derechos de una parte de la comunidad apartarían valiéndose menos que los del resto, y las vidas de sus miembros resultarían peores que las de los demás por el mero hecho de afirmar valores diferentes de los de la mayoría. Este resultado, obviamente, debería ser vedado teniendo en cuenta que, según nuestra Constitución, todos los habitantes de la Nación deben ser tratados como iguales, con independencia de cuáles sean sus convicciones morales particulares. Admito que el tema puede resultar algo polémico para algunos, pero asumiré también que el principio del igual respeto hacia todas las religiones se encuentra suficientemente consolidado en nuestra práctica constitucional.

⁸ Tal vez sea cierto, p. ej., que las comunidades occidentales sufrieron un brusco cambio en sus valores, durante la década del '60, pero muchos podrían sostener —plausiblemente— que tales comunidades "crecieron" o "mejoraron", en lugar de empobrecerse (en términos de libertad individual y colectiva) luego de dicho período. Quien estuviera en desacuerdo con esta última valoración debería coincidir con nuestro análisis, como mínimo, en la afirmación de que tales sociedades no se "disolvieron" con posterioridad al cambio cultural que atravesaron. Las sociedades pueden cambiar radicalmente sus compromisos morales básicos sin que ello conlleve, en modo alguno, consecuencias sociales dramáticas.

Finalmente, y lo que es más importante, el hecho de que ciertas prácticas, valores o tradiciones sean predominantes dentro de una determinada comunidad no nos dice nada acerca de su plausibilidad o su aceptabilidad. Como afirmaba el filósofo H. Hart, no debe confundirse la idea de "moral vigente" con la de "moral válida", ni superponerse una idea con la otra.⁹ Esto es, ciertos valores (p. ej., los del nazismo) o prácticas (p. ej., la de resolver los conflictos sociales de un modo sangriento) pueden encontrarse muy extendidas en una determinada sociedad, y pueden mantenerse estables a lo largo del tiempo y ser, a pesar de ello, moralmente repudiables. Por supuesto, muchos casos son de difícil evaluación (a diferencia de lo que ocurre con casos como el del nazismo), dado que tenemos desacuerdos fundamentales acerca de cuál es la "moral válida". Sin embargo, ello no quita nada de lo afirmado: la "moral vigente" no debe ser identificada con la "moral válida" —la moral que merece la pena defenderse— por el solo hecho de ser la que una mayoría afirma en un momento determinado.

1.3. Los derechos concebidos como "cartas de triunfo"

Lo dicho hasta aquí nos lleva a pensar en un enfoque diferente sobre los derechos, uno en donde éstos no resultan dependientes de consideraciones externas (p. ej., el "bien común"), como ocurría en el enfoque anterior. De acuerdo con este segundo enfoque, los derechos son concebidos como inviolables, y lo son en la medida en que se les reconoce la capacidad de resistir los embates de cualquier grupo, con independencia de su poder. Los derechos, en este caso, son considerados intrínsecamente valiosos —son vistos como "cartas de triunfo" frente a cualquier tipo de pretensiones adversas, para retomar la terminología de Ronald Dworkin—. ¹⁰ Así, e invirtiendo la postura defendida por algunos jueces de nuestra Corte (conforme con la cual los derechos constitucionales deben ser interpretados a la luz de la noción del "bien común") jueces como Petracchi defendieron que es la noción de "bien común" la que debe leer-

⁹ Hart, H.: *Law, Liberty and Morality*. Oxford U.P., Oxford, 1988.

¹⁰ Dworkin, R.: *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.

se a la luz de los derechos constitucionales: "conceptos como los de "bien común" y "buenas costumbres" —aseveró Petracchi— "deben ser interpretados conforme a los derechos [incorporados en la Constitución]".¹¹

Según la concepción que aquí defendemos, los derechos sirven, ante todo, para dar protección a la autonomía individual.¹² Los derechos tienden, así, a permitir que cada individuo desarrolle libremente su plan de vida, y ello, porque se asume que cada persona tiene tanta dignidad moral como las demás. Para decirlo de otro modo, conforme con esta visión ningún individuo merece, en principio, disfrutar de privilegios de los que se priva a otros: las concepciones del bien de cada individuo merecen un igual respeto, con independencia de cuál sea su peculiar contenido. Así, y en tanto las acciones de nadie afecten significativamente a terceros, todas ellas deberán ser respetadas y protegidas a través de la fuerza pública. Por ello, y por ejemplo, el Estado debe permitir que yo desarrolle el modo de vida que prefiera; trabaje intensamente o me dedique al ocio; escuche la música que me guste; lea las publicaciones que quiera; haga con mi cuerpo lo que prefiera. Afortunadamente, la estructura constitucional argentina —la parte dogmática de nuestra Constitución, en general, y artículos como el 19, en particular— sostiene principios como el citado (la defensa de la autonomía individual), lo cual nos alivia en parte la tarea de argumentar en favor de esta postura.

A partir del compromiso anterior, la concepción que aquí se defiende sostiene el valor —derivativo— del sistema de procedimientos democrático. La democracia tiene valor, según esta postura, como modo de persistir en la defensa de la autonomía de cada uno. El sistema democrático merece ser defendido porque es (y en tanto sea) el mejor medio a nuestro alcance para permitir que la vida de cada uno dependa fundamental-

¹¹ En el citado caso "C.H.A.". Obviamente, puede ocurrir —como suele ocurrir en países como el nuestro— que los mismos sean violados o manipulados, que se abuse de ellos. Sin embargo, tales faltas, circunstanciales o no, no nos impedirá seguir hablando de violaciones de derechos, ejecutadas o no por el poder público de la comunidad. Esto es, la práctica habitual de violación de derechos no la legítima, sea quien fuere el que la lleve a cabo.

¹² En este sentido, p. ej., Wáase Nino, C.: *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.

mente de cada uno (y no de la voluntad arbitraria de ningún otro). La idea es que la democracia constituye el mejor medio a nuestro alcance para resolver muchas cuestiones fundamentales (típicamente, cuestiones como las de cómo distribuir los recursos que tenemos o generamos; o cómo invertir las ganancias que obtenemos), sin deshonorar nuestro compromiso inicial con el respeto a la igual dignidad de cada uno. Aquel compromiso con la autonomía individual, entonces, reconoce una continuidad en el principio del respeto al autogobierno colectivo. Nuevamente, en este caso podemos decir que también somos afortunados ya que nuestra estructura constitucional reconoce el valor del principio que aquí se defiende: toda su parte orgánica viene a organizar el funcionamiento del proceso democrático.

Por supuesto, afirmar nuestro compromiso con el procedimiento democrático no implica decir demasiado: nos interesa saber, con mayor detalle, de qué hablamos cuando hablamos de procedimientos democráticos. ¿Hacemos alusión, exclusivamente, a las elecciones periódicas? ¿Hablamos, en cambio, de un sistema que alienta la participación colectiva en la toma de todas las decisiones relevantes de la comunidad? El tema es extraordinariamente polémico, según sabemos: el concepto de democracia es un caso típico de los (que Jeremy Waldron denominaría) "conceptos esencialmente controvertidos", esto es, conceptos sobre cuya definición esencial existen disputas radicales. Como éste no es el lugar apropiado para llevar adelante tal discusión, en lo que sigue asumiré, simplemente, que el compromiso con el sistema democrático implica un compromiso con un sistema de toma de decisiones organizado a partir de la idea de contar con un "debate público robusto". Esta idea —afirmada por destacados autores contemporáneos;¹³ y sostenida jurisprudencialmente en casos tan importantes como *"New York Times v. Sullivan"*—¹⁴ también se contará dentro de los principios que guíen a este trabajo, en lo

¹³ Véase, p. ej., ELSTER, J. (ed.): *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge U.P., 1999; NINO, C.: *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996; FISS, O.: *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara, México, 1997.

¹⁴ 376 US 254 (1964).

que sigue. En razón de lo dicho hasta aquí, y por ejemplo, cada persona deberá ser protegida en sus libertades fundamentales —p. ej., en su libertad de expresión— y las medidas que el Estado tome al respecto (en el ámbito de la moral pública, ya que tendría vedada toda intervención en el ámbito de la moral privada) deberán evaluarse conforme al señalado compromiso con un “debate público robusto”. Específicamente, esto implica defender un arreglo institucional en donde, por ejemplo, no sólo se deje de lado la censura previa, sino que además se procure asegurar que las distintas voces (demandas, quejas) presentes en la sociedad puedan ser escuchadas. En líneas más generales, el esquema defendido hasta aquí implica un compromiso con un sistema institucional en donde los derechos más estrechamente vinculados con la autonomía individual y el autogobierno colectivo reciben una protección privilegiada (una sobreprotección) por parte del Estado. El Estado, aquí se asume, encuentra en el respeto más firme de tales derechos el fundamento mismo de su propia legitimidad.

2. Crisis social, conflictos de derechos, y “cortes de ruta”

Una vez que hemos realizado el ejercicio anterior, nos encontramos en mejores condiciones para entender y evaluar las decisiones de nuestros tribunales en una situación tan conflictiva como la que aparece habitualmente durante los “cortes de ruta”.

Al respecto, son varios los elementos que suelen estar en juego, y diversas las respuestas que puede dar el Estado a través de sus representantes en la rama judicial. En situaciones como la citada suelen entrar en conflicto, ante todo, derechos básicos como el derecho a expresarse; el de organizarse, reunirse, reclamar y peticionar a las autoridades constituidas; el de transitar y comerciar libremente; el de preservar intacta la propiedad privada; el de contar con una sociedad tranquila y ordenada. A toda la comunidad suele interesarle, además, la preservación de la paz social tanto como el hecho de que cada persona tenga satisfechas sus necesidades básicas, o que todos accedan a un trabajo y puedan vivir una vida digna —pre-fensiones, por lo demás, constitucionalmente respaldadas—. Por lo dicho, y frente a la extraordinaria complejidad de este tipo de situaciones, las autoridades judiciales deberían ser muy

cuidadosas con las decisiones que tomen y, especialmente, del "balance de derechos" que escojan llevar a cabo una vez enfrentados a ellas. Comúnmente ocurre, sin embargo, que nuestros jueces descuidan la fundamentación de las decisiones que toman en esta materia, que cuando argumentan lo hacen muy pobremente, y que cuando deciden lo hacen inclinándose por las respuestas más drásticas de entre todas las posibles.

De entre varias decisiones judiciales en la materia, la principal decisión examinada en el capítulo anterior sintetiza los rasgos que suelen distinguir a las respuestas públicas en estos casos. La decisión a la que me refiero fue la adoptada por el conuez federal Ricardo Napolitani, del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional, en Comodoro Rivadavia, en julio de 1999. Allí, y retomando la *peor línea argumentativa* examinada en la primera parte de este trabajo, el juez Napolitani encabezó su sentencia afirmando que "ningún derecho es absoluto pues todos deben operar según las leyes que reglamenten su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen". Según vimos, sin embargo, este tipo de enunciados no nos agregan ninguna información interesante: para saber si ésta sí es una situación en donde los derechos merecen ser limitados, y para saber de qué modo limitarlos, en todo caso, necesitamos de una robusta argumentación adicional que el juez, en su sentencia, no supo ofrecer. En tal sentido, el juez Napolitani desplazó prontamente la consideración de los derechos de los manifestantes, afirmando que ellos no podían alegar a su favor ni el encontrarse en un "estado de necesidad", ni el derecho de peticionar a las autoridades (ya que poco antes habían tenido la posibilidad de participar de un paro nacional). Inmediatamente después, y ya en las conclusiones de su escrito, el juez aseveró que su función como representante del Estado lo obligaba a tomar medidas severas frente al caso (aquí, el procesamiento de los manifestantes), ya que —afirmó— "[s]i la justicia no preserva el Estado de derecho para la sociedad en su conjunto, el edificio institucional de la democracia se irá resintiendo gradualmente". De no proceder de ese modo —concluyó Napolitani— "se ultrajaría el Estado de derecho, se alimentaría la desconfianza, el descrédito a la ley y ahí sí que nos encontraríamos ante un verdadero caos social". El fin de preservar el orden social, de ese modo, se convertía en el supremo valor desde el cual se interpretaba —

y frente al cual se subordinaban— los derechos involucrados en el caso. Expuesto, sintéticamente, convendría reafirmar que el balance de consideraciones realizadas por el juez resulta muy común dentro de nuestra práctica jurídica, que incluye ya a más de 2.800 personas procesadas en razón de los "cortes de ruta".

Por supuesto, saber cuál es la respuesta adecuada que las autoridades públicas deberían dar en estos casos no resulta sencillo. De todos modos, sí podríamos hacer algunas consideraciones generales. Lo más urgente es señalar que, en situaciones como las mencionadas, las autoridades judiciales suelen tener frente a sí una pluralidad de respuestas posibles (promover un acercamiento entre las partes enfrentadas; examinar las demandas de los manifestantes; ordenar la satisfacción total o parcial de alguno de tales reclamos; eventualmente, poner límite a los modos de acción escogidos por los demandantes y/o reprochar algunos de los cursos de acción escogidos por ellos), entre las cuales, la respuesta penal es sólo una de ellas y, sin dudas, la más severa y terminante de todas.

Importa aún más, de todos modos, volver a llamar la atención sobre el valor de los intereses en juego en casos como el de un "corte de ruta". Esto es especialmente significativo debido a que nuestros jueces parecen inclinados a ignorar o desmerecer rápidamente la consideración de los varios y valiosos derechos allí presentes. En tales casos, y conforme al análisis que hemos hecho en la primera parte del trabajo, derechos como el de manifestarse frente a las autoridades (que incluye la posibilidad de darles a conocer una situación de necesidad extrema, o la de exigir una atención urgente a problemas también urgentes), merecen una protección especial (una sobreprotección) por parte del Estado. Tales intereses fundamentales no representan, simplemente, otros intereses más, que se suman a los diversos derechos y pretensiones en conflicto: ellos son los intereses que el Estado más debe cuidar. Resulta claro que, si algunos individuos encuentran muy difícil dar a conocer y recibir atención a sus demandas, luego, la posibilidad de tomar decisiones respetuosas de los intereses de todos queda fundamentalmente diluida (la situación, obviamente, resulta mucho más grave cuando las demandas en juego se vinculan con las necesidades individuales más elementales).

No desconocemos aquí el modo en que los conflictos en juego se han ido reproduciendo a lo largo de todo el país (y el modo en que se multiplicarían si el Estado, alegremente, decidiera dar a cada sector lo que ocasionalmente reclama), como tampoco asumimos que, en la actualidad, el Estado incumple con algunas de sus obligaciones principales por una cuestión de mero capricho. Del mismo modo, aceptamos que el Estado se encuentra justificado a regular aun el derecho a la libertad de expresión teniendo en cuenta, por caso, consideraciones acerca del "tiempo, lugar y modo" en que tales expresiones pueden realizarse (p. ej., puede ser irrazonable que un grupo demande el otorgamiento de ventajitas especiales a través de una manifestación ruidosa, en medio de la noche; o que otro presente sus exigencias quemando viviendas de particulares). Sin embargo, todo lo dicho no niega que las regulaciones estatales deban desarrollarse con un ojo puesto en los delicados derechos presentes en situaciones como las de un "corte de ruta". En tales casos, las autoridades deberán ser extremadamente cuidadosas de que la apelación a las regulaciones de "tiempo, lugar y modo" no se convierta en una excusa capaz de socavar derechos que necesitan, justamente, de la máxima protección. En particular, los jueces deberán considerar que la defensa de un "debate público robusto" requiere de oportunidades genuinas para que los ciudadanos se expresen y sean escuchados por las autoridades políticas; como requiere que el Estado no responda negativamente a las demandas ciudadanas sin dar razones justificadas de por qué se niega a satisfacerlas. Más aún, las autoridades judiciales deberán prestar la mayor atención a las especiales (y esperables) dificultades de algunos grupos para tornar audibles sus demandas. Como viéramos, y según sostuviera el juez Brennan —uno de los jueces más notables de los que pasaron por la Corte Suprema norteamericana— un buen juez debe tomar especialmente en cuenta que "los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos".¹⁵ Notablemente, Brennan sostenía esta opinión en defensa de manifestantes que, justamente, eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad.

¹⁵ En *Adderley v. Florida*, 385 US 39 (1966), voto disidente.

Lo dicho hasta aquí tampoco implica cerrar los ojos a las derivaciones violentas que, en muchas ocasiones, acompañan a los "cortes de ruta". La prioridad de custodiar la expresión de los grupos más desaventajados de la sociedad no debe amparar sin más el uso de medios violentos por parte de aquéllos —medios violentos tales como la quema de edificios públicos o privados, o las lesiones o daños infligidos sobre terceros—. Sin embargo, en estos casos, el modo de proceder del Estado no debiera diferir demasiado del modo en que procede frente a una huelga durante la cual se cometen actos de violencia. La contención de aquellos actos de violencia no debe llevar al poder público a cuestionar la validez constitucional del mismo acto de la huelga ni a limitar a ésta de un modo que desvirtúe el sentido de la protesta. Esto es, la necesidad de poner coto a ciertos abusos no debe utilizarse como vía para limitar el derecho de los manifestantes a tornar audibles sus quejas.

En definitiva, afirmamos aquí que, en situaciones como la que se presenta durante los "cortes de ruta", las autoridades públicas no tienen habilitado cualquier tipo de argumentos, ni cualquier tipo de respuesta. En tales situaciones, los derechos involucrados son múltiples, y muchos de ellos (p. ej., los vinculados con la práctica de presentar quejas frente a las autoridades), seguramente, resultan prioritarios frente a los (también valiosos) propósitos de preservar el tránsito o el libre comercio interprovincial. Cuando los jueces asignan valor sólo (o casi exclusivamente) a estos últimos propósitos, comprometen a sus sentencias con un balance de argumentos jurídicamente sesgado y, por lo tanto, difícilmente aceptable. Del mismo modo, sostuvimos que la respuesta penal contra los manifestantes no debiera ser, necesariamente, la primera ni la principal respuesta a la que el Estado debería apelar. Cuando los jueces, despreocupada o apresuradamente, recurren a este tipo de soluciones represivas, comprometen al Estado con el tipo de injusticia política que el Estado, justamente, debiera encargarse de erradicar.

III. POR QUÉ EL FALLO "ALAIS" ES (JURÍDICAMENTE) INACEPTABLE*

El 23 de abril de 2004, la Cámara Nacional de Casación Penal volvió a pronunciarse en favor de la criminalización de la protesta social, como lo había hecho ya hace pocos meses, en el caso "Schiffrin" (caso en el que la Cámara llegó a equiparar cualquier manifestación popular que fuera más allá del voto, con el delito de sedición).¹ En este nuevo fallo, la argumentación del tribunal fue mucho más detenida y rica (lo que no significa más sofisticada y sólida) que en la oportunidad anterior, por lo que tiene sentido examinar su contenido. Ello, por un lado, atendiendo a la actualidad y gravedad de la situación bajo análisis. Pero además, y por sobre todo, teniendo en cuenta la postura difícilmente defendible asumida por la Cámara, y la naturaleza del fallo, es decir, un fallo que simboliza mejor que ningún otro producido hasta el momento, el modo en que el derecho local piensa y reacciona frente a la crítica radical. A continuación enumeraré algunas observaciones críticas frente al fallo, que espero puedan servirnos para reflexionar mejor frente a futuras situaciones similares.

1) Ante todo, esta nueva decisión es insostenible por basarse en serias irregularidades procedimentales —irregularidades que no voy a examinar con detalle porque no constituyen, por el momento, el principal objeto de mi preocupación—. De todos modos, sí me interesa dejar en claro que las irregularidades fueron de tal entidad, que la jueza Ledesma, miembro de la misma Cámara, se vio obligada a sostener la necesidad

* Este trabajo fue publicado en *JA*, el 7/7/2004.

¹ El caso "Alais" se originó luego de una protesta efectuada el 13/12/2001 por un grupo de trabajadores ferroviarios que impidió el paso del tren, en la localidad de Villa Lynch. Los trabajadores fueron sobrecuidados por la Sala II de la Cámara Federal de San Martín, pero la Fiscalía apeló el fallo y el tema llegó a instancias de la Sala III de la CNCP.

de "invalidar todo lo actuado, por haberse violado el principio de defensa en juicio". La Dra. Ledesma sostuvo tal posición ya que, en la decisión del tribunal inferior —ahora bajo examen— no se había dejado en claro cuáles eran, "en concreto las conductas que generaban la sospecha de participación [de cada uno de los imputados], ni el rol que cumplía cada uno de [ellos] durante el hecho en análisis". Dicha circunstancia, como sostuvo la Dra. Ledesma, constituye un agravio insalvable al derecho de defensa en juicio de los imputados. Por lo demás, y frente a tales irregularidades, los imputados optaron por el derecho constitucional de no declarar, "con la agravante de que —según la Dra. Ledesma— el ejercicio del derecho al silencio, fue ilegítimamente utilizado en contra de [los acusados] por el juez de instrucción en el auto de procesamiento". De todas formas, y según sugiriera más arriba, me interesa en este trabajo hacer referencia, sobre todo, a las falencias sustantivas de la decisión de la Cámara. Siguiendo con dicha premisa, y sólo por seleccionar algunas de entre las innumerables falencias existentes, mencionaré a las siguientes.

2) El fallo es indebida e irrazonablemente ciego al contexto social y político predominante. De modo notable, la medida de fuerza cuestionada se había producido durante los peores días de la que fue, tal vez, la peor crisis política de toda la historia de la democracia argentina —más precisamente, 6 días antes del estallido del 19 de diciembre del 2001—. Si, tal como correspondía, los jueces hubieran tomado en serio la existencia de dicho contexto, entonces habrían reconocido la seriedad de los agravios sufridos por los imputados, y la necesidad histórica de brindar protección a dichas manifestaciones de protesta (ello así, sobre todo, teniendo en cuenta que las manifestaciones del caso no causaron graves perjuicios a nadie, más que el atraso de unos minutos en el tránsito). Como sostuviera el filósofo John Rawls, "el problema de la obediencia [al derecho] es problemático para las minorías que han sufrido la injusticia durante muchos años". De allí que convenga reconocer con él, frente a actos de desafío al derecho vigente, producidos en contextos de injusticia —como el que era propio de la Argentina a fines del 2001— que, aunque tales actos "parec(í)n amenazar la concordia ciudadana, la responsabilidad no recae en aquellos que protestan, sino en aquellos cuyo abuso de poder y de autoridad, justifica tal oposición, porque emplear el

aparato coercitivo del Estado para mantener instituciones manifiestamente injustas, es una forma de fuerza ilegítima a la que los hombres tienen el derecho de resistirse".²

3) Citando el art. 194 del C.P., el fallo imputa a los acusados el delito de haber entorpecido "el normal funcionamiento de los transportes" (en este caso un tren, cuya circulación fue paralizada durante aproximadamente cuarenta minutos) cuando, como sostuviera en su voto la jueza Ledesma, ello era imposible porque, en razón del paro que la Central Argentina de Trabajadores había convocado (legal y legítimamente) para ese día, el servicio se encontraba ya "en el límite de la disfunción". Es decir, "no podría considerarse 'normal' el servicio de trenes cuando el mismo [aparecía seriamente afectado] por la adhesión del gremio más importante del sector al paro general. Tampoco podría afirmarse que en ese marco hubieran existido expectativas serias de los usuarios acerca de un servicio eficiente". Siguiendo con el mismo voto, cabría agregar —y reproduzco aquí una cita de la jueza Ledesma al Dr. Eugenio Zaffaroni— que "la interrupción típica exige la prueba de algún peligro para las personas o los bienes, que nada tiene que ver con el derecho a no llegar tarde".

4) Por lo demás, los jueces del caso interpretan las normas constitucionales a partir de una multiplicidad de teorías en conflicto —sino directamente contradictorias— entre sí. Se invocan aquí, y por ejemplo, teorías que proponen leer las normas constitucionales "actualizando" su contenido a los tiempos modernos; teorías que sugieren verlas a la luz de sus "antecedentes históricos"; teorías que exigen interpretarlas conforme a los "principios" correctos; teorías que demandan leer dichas normas como si formaran parte de un "todo armónico"; teorías que amparan las interpretaciones a *contrario sensu*, etc. De dicho modo, los jueces quedan en condiciones de hacerle decir a los textos legales casi cualquier cosa: los magistrados pueden invocar, cuando les conviene, la necesidad de "actualizar" la Constitución a los tiempos modernos; y cuando les conviene más, la voluntad histórica del legislador; y cuando lo prefieren, la necesidad de leer las normas "sistemáticamente"; y si no la necesi-

² Rawls, John: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 395, 396, 433.

dad de recurrir a los "mejores principios", y así sucesivamente. Dicha estrategia interpretativa es inaceptable para cualquier ciudadano que quiere saber a qué atenerse a la hora de relacionarse con el derecho. Por si fuera poco, los jueces manipulan a su antojo la doctrina que invocan (sólo para dar un ejemplo, citan en apoyo de su decisión un trabajo de mi autoría, inacido exactamente para condenar lo que en su fallo defienden!).

5) La decisión de la Cámara ignora la Constitución que repetidamente invoca, al insistir en la inexistencia de un "choque de derechos" —en este caso, el choque entre el derecho al tránsito, por un lado, y los derechos de protesta, libre expresión, o petición a las autoridades, por otro—. Lo cierto es, y por más que los jueces lo nieguen, que el caso encierra efectivamente un conflicto entre tales derechos. Frente a tal trágica situación, los magistrados tienen la obligación de proteger prioritariamente, y tanto como sea posible, los derechos más cercanos al nervio democrático —en este caso, sin dudas, los derechos relacionados con la expresión y la protesta—. El juez Tragant sostiene que dicho conflicto de derechos no se produce porque, en verdad, los manifestantes podrían haber empleado otros medios de protesta que no implicaran afectar los derechos de otros (lo mismo sostendría el juez Riggi, más adelante). El argumento es, en este caso, como en muchos otros, absurdo. Para entender el porqué de esta afirmación, imagine-se otra situación de conflicto de derechos: un caricaturista dibuja a un dirigente político —acusado de corrupción— "metiendo la mano en la lata" y ejerce así su derecho a la expresión crítica. El dirigente político protesta porque ve dañado su derecho al honor. Frente a tal conflicto de derechos (derecho a la crítica del dibujante vs. derecho al honor del dirigente), algunos jueces (como los aquí involucrados) podrían darle prioridad al derecho al honor del dirigente político sosteniendo un argumento ingenuo y vacuo: que el caricaturista podría haber optado, fácilmente, por realizar miles de otros dibujos, menos hirientes para el político afectado. Sin embargo, en estos casos, y de modo casi unánime, la doctrina y la jurisprudencia internacionales defienden privilegiadamente los derechos del crítico antes que los de los funcionarios públicos, reconociendo la necesidad de resguardar y expandir, ante todo, un "debate público absolutamente amplio, desinhibido, y robusto, que puede incluir perfectamente ataques vehementes, cáusticos, y

muchas veces desagradables contra el gobierno y las autoridades públicas". Por lo demás, y como dicha masa de opinión sostiene, los jueces deben tener en cuenta que, "si imponen temor y dudas en aquellos que podrían dar voz a las críticas públicas [ellos contribuyen a crear] una atmósfera dentro de la cual [las libertades constitucionales] no pueden sobrevivir".³

6) Los jueces ignoraron el peso de la jurisprudencia comparada y la "doctrina del foro público",⁴ que al tratar sobre casos de manifestaciones en lugares utilizados "desde tiempos inmemoriales" para protestar frente a las autoridades, propone darles una protección privilegiada. Dicha defensa —que merece alcanzar, particular pero no exclusivamente— a las movilizaciones populares realizadas en calles y plazas, requiere que los jueces garanticen una máxima protección a los contenidos de las expresiones del caso. En éstas, como en otras situaciones, las únicas regulaciones públicas que se consideran permisibles son las regulaciones de *tiempo, lugar y modo*. Conviene aclarar, de todas formas, y teniendo en cuenta la proclividad de nuestra doctrina a distorsionar dichas excepciones hasta convertirlas en reglas, que las únicas restricciones aceptadas, en tales casos, fueron las regulaciones "neutrales en cuanto a su contenido, diseñadas del modo más estrecho posible, orientadas a satisfacer intereses gubernamentales fundamentales, y capaces de dejar abiertos amplios canales de comunicación alternativos".⁵ Owen Fiss precisó algunas de estas ideas —referidas a las formas en que puede responder el Estado frente a la protesta— para el caso específico de los piquetes. En su opinión, "en el contexto de los piquetes... no podemos esperar resultados neutrales. El espacio para esa clase de neutralidad no existe. Las dos partes están simbólicamente trabadas en lucha; cualquier intervención del Estado, necesariamente, va a alterar los términos del enfrentamiento y, como consecuencia, desequilibrar el poder. En términos de resultados, la intervención del Estado nunca puede ser neutral. Ni siquiera quedándose al margen, sin hacer nada, puede ser neutral, ya que eso, simplemente, afirma el *statu quo* y su distribución del poder. Todo lo que uno puede esperar... es la neu-

³ "New York Times v. Sullivan", 376 US 254, 1964.

⁴ Véase "Hague v. CIO", 307 US 496, 1939; o "Schneider v. State", 308 US, 147, 1939.

⁵ "United States v. Grace", 461 US 171, 1983.

tralidad con respecto a las bases sobre las cuales se apoya la regulación... lo que busca asegurar la neutralidad de base es que el Estado no pueda acallar o desfavorecer a una parte... porque disiente con la posición de esa parte". Pero además, agrega Fiss, y con respecto a los jueces, la Constitución exige que ellos otorguen a quienes protestan "una oportunidad razonable de enfrentarse públicamente con el presunto equivocado, ya que, sin ese enfrentamiento público, no puede haber confrontación ni testimonio en el sentido clásico, y los valores democráticos a los que sirve la actividad de protesta permanecerían insatisfechos".⁶

7) Los jueces del caso ponen un extraordinario énfasis en el hecho de que los imputados no consiguieron una autorización policial para realizar las reuniones o manifestaciones que llevaron a cabo. Por lo tanto, y en razón de dicha omisión —concluyen— los imputados realizaron un ejercicio impermisible de sus derechos, que el Estado debe sancionar. En relación con este común argumento cabe señalar, ante todo, que los derechos constitucionales no pueden quedar sujetos al veto de nadie (mucho menos, al veto policial). Más bien, dichos derechos deben ser capaces de atravesar cualquier pretensión regulatoria que procure dejarlos en manos discrecionales de la autoridad de aplicación de que se trate. En definitiva, la postura que insiste en poner el acento en la autorización policial no es sino una muestra más de una tendencia extendida en nuestra comunidad jurídica, que mira a la Constitución no desde el punto de vista de la libertad, sino desde la perspectiva de quien puede limitarla, haciendo uso del aparato coercitivo estatal. Por lo demás, y como dijera el juez Rodríguez Basavilbaso en su voto particular en "Schiffrin", la comunidad jurídica no suele pensar en autorizaciones policiales cuando se trata de trastornos ocasionados por "espectáculos masivos formalmente aceptados por las autoridades locales". Para este juez, lo cierto es que el tránsito suele ser entorpecido tanto por los piqueteros como por "los estudiantes, las asambleas barriales, las marchas con cácerolas o sin ellas, los "escraches", y los maratonistas urbanos", y sólo estos últimos ("acaso porque el deporte goza de mejor prensa

⁶ Fiss, Owen: "El carácter indócil de la política", versión castellana, por publicarse.

que los reclamos sociales" —agrega Rodríguez Basavilbaso—) podrían "exhibir autorizaciones formales".

8) Los jueces Tragant y Riggi apelan a otros argumentos lógicamente insostenibles, como los siguientes. Afirman, primero, que los derechos "no son absolutos" (p. ej., "que el derecho de huelga esté previsto por la Constitución no significa que sea absoluto") y que todos ellos están sujetos a un ejercicio "razonable" (p. ej., "el derecho de huelga" no ampara "extralimitaciones en el ejercicio razonable" de él). Obviamente, todos podemos estar de acuerdo con tales premisas, fundamentalmente, en razón de la tremenda abstracción y vacuidad que las distingue. Sin embargo, a partir de tales vagas premisas, los jueces llegan a la conclusión de que "por lo tanto", los imputados no pueden quejarse si se los condena a resultados de sus conductas "desmedidas" y "extralimitadas". Lamentablemente, para convertirse en un razonamiento inteligible y ganar algún sentido lógico, dicha operación deductiva realizada por los jueces del caso, debe ser completada con todas las premisas intermedias, por ahora faltantes —premisas que nos permitan vislumbrar que existe alguna conexión, siquiera, entre aquel reclamo abstracto y general, y la conclusión a la que se arriba—. Dichas premisas deben ayudarnos a ver por qué en este caso, estas personas particulares pueden ser identificadas como llevando adelante "excesos" de tal entidad que puedan llevarlos a ser acreedores de medidas tan fuertes como las de restringirles sus derechos constitucionales e imponerles una sanción penal.

9) El fallo se encuentra plagado de expresiones prejuiciosas que sugieren una animosidad manifiesta hacia una de las partes del conflicto. El juez Tragant, por ejemplo, acusa a los imputados por utilizar "mecanismos primitivos de pseudo-defensa de sectores o intereses" (como si debiéramos esperar que cualquier protesta fuera hecha en nombre de los intereses de "todos", como si la sociedad no estuviera dividida en sectores y clases sociales con pretensiones diferentes); y alude a los mismos como sujetos "[que violan derechos] so pretexto de la protección de derechos constitucionales" (como si fuera obvio que los imputados actuaron en ofensa de, y no en homenaje hacia, tales derechos constitucionales). El juez Riggi, del mismo modo, acusa a quienes protestan por llevar "sus rostros cubiertos". Para él, "quien oculta su rostro... procede

procede de esa forma con el evidente propósito de eludir las posteriores consecuencias de su conducta" (como si los imputados no tuvieran suficientes razones —este mismo fallo, p. ej.— para temer el ejercicio que hace el poder público de su poder coercitivo).

10) Según el juez Riggi, los jueces no deben adoptar medidas tendientes a desincriminar la protesta social "en la medida en que no se encauce la alegada voluntad desincriminante en una reforma legislativa o en alguna de las vías institucionales que autorizan los arts. 75, inc. 20, o 99, inc. 5º de la C.N. El juez se equivoca aquí seriamente, al asumir que los artículos del Código Penal que se invocan en el fallo tienen una interpretación única, y por asumir también —como lo hace en todo su voto— que el modo en que aquí se interpreta a tales artículos es perfectamente compatible con la Constitución. Ambos hechos, sin embargo, son dudosos. Ante todo, resultan constitucionalmente sospechosos los artículos penales tan generales, capaces de considerar como conductas penalmente reprochables a acciones tan diversas como todas las que pueden enmarcarse bajo el paraguas de la protesta social. Contra lo sostenido por el juez Riggi, tales artículos del Código Penal pueden ser vistos, en principio, como artículos peligrosamente sobreabarcativos, y por lo tanto inconstitucionales. Por este mismo tipo de consideraciones, relacionadas con los modos de la interpretación legal, la primera afirmación del juez, citada en este párrafo, resulta también insostenible. No es necesaria ninguna reforma legislativa o constitucional para encauzar una "voluntad desincriminante". Por el contrario, el primer mandato constitucional hacia los jueces es el de que protejan a las minorías que protestan contra las autoridades públicas, y no el de que obedezcan a las últimas —como lo ha hecho, habitualmente, la justicia de nuestro país— incriminando a quienes alzan sus voces de protesta contra el poder de turno. Obsérvese que, si los jueces no partieran de la posición prejuiciosa de la que parten, y estuvieran convencidos —cómo debieran— del especial valor democrático de las manifestaciones de protesta contra la autoridad pública, ellos podrían haber llegado a la opinión opuesta a la que sostuvieron en el caso bajo examen. Como bien sostuviera Ronald Dworkin, "la opinión popular de que 'la ley es la ley' y siempre se ha de imponer su obediencia, se niega a distinguir entre el hombre que actúa según su propio juicio [ante] una ley dudosa... y el delincuente co-

mún. A no ser por causa de ceguera moral, no sé de otras razones para no establecer entre los dos casos una distinción de principio... [por ello] me interesa señalar que un tribunal no debe condenar, por lo menos en algunas circunstancias, aun cuando lo respalden las leyes [existentes] y encuentre que los hechos son los que se denuncian".⁷

11) Según el juez Tragant, los jueces no pueden amparar las violaciones que llevan a cabo los inculpados alegando derechos constitucionales tan genéricos como los de protesta o petición ante las autoridades. Ello —agrega— "sería como legitimar una usurpación de propiedad en función del enunciado constitucional que todos los trabajadores tienen derecho al acceso a una vivienda digna". El punto es muy importante, y requeriría, de parte del juez, de una reflexión mucho mayor que la que nos ofrece. Tal como está enunciado, el reclamo del juez parece la mera expresión de un prejuicio o una preferencia ideológica (conservadora). Debe llegar la hora que los jueces nos digan por qué miran la Constitución con un solo ojo. Debe llegar la hora en que nos digan por qué ciertas violaciones de derechos —típicamente, la violación de los derechos sociales y la violación de derechos a través de las omisiones estatales— no son vistas como constitucionalmente agraviantes, mientras que otras violaciones —típicamente, y como aquí citaba el juez, las violaciones del derecho de propiedad— son consideradas escandalosas e irritantes desde el punto de vista constitucional.

12) Retteradamente, los jueces del caso hacen referencia a los excesos y abusos que pueden cometerse en el ejercicio de un derecho constitucional, y manifiestan que el derecho no tiene por qué tolerar dichos comportamientos. Sin embargo, la respuesta que debe darse frente a tales reclamos es, como siempre, la de no apresurarse, la de "separar la paja del trigo". Indudablemente, si alguien comete un desmán durante una huelga, ese alguien puede hacerse acreedor de un reproche jurídico. Pero frente a tal circunstancia deben hacerse al menos dos salvedades de importancia. Primero, el reproche jurídico no debe ser, necesariamente, un reproche penal, como parece presu-

⁷ Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, 1977, pp. 317, 324. Cabe señalar que, en los párrafos citados, Dworkin habla de un caso todavía más fuerte que el aquí analizado: el caso de la desobediencia civil.

mirse en este caso. Segundo, dicho reproche puede hacerse manteniendo a la vez el respeto y resguardo más absolutos hacia derechos como los de huelga, petición y protesta, aquí presentes. Esto es, el reproche particular a quien comete un delito específico (un acto de violencia contra el empleador, la agresión a un transeúnte) no debe convertirse —como suele ocurrir en nuestro derecho— en una excusa para socavar el ejercicio del derecho constitucional principal, entonces en juego (la huelga, la protesta).

13) El juez Tragant sostiene que los imputados obraron equivocadamente ya que debían ejercer su derecho constitucional de protesta de modo legítimo, "es decir por la vía que la ley autoriza. En este caso [a través del] sindicato que agrupa a los encausados, La Fraternidad [que había adherido] al paro general de actividades convocado por la C.G.T.". Para este juez, por lo tanto, "la forma en que se pretendieron ejercer los derechos invocados no fue regular, por lo que no cabe hablar de exceso sino simplemente de acción típica y antijurídica". ¿Quiere decir esto que la única vía que tienen los trabajadores de expresar sus puntos de vista, sus desacuerdos o sus enojos, es a través de las decisiones tomadas por los líderes sindicales? ¿Es que los trabajadores no son, a la vez, ciudadanos? ¿Es que los jueces del caso no están abiertos a detectar ninguna falencia en los modos en que se encuentra organizado nuestro sistema de representación política, sindical, etc. (mucho más, teniendo en cuenta que se trataba de fines de 2001, seguramente el momento más alto de la crisis de representación que ha marcado a la historia argentina)? Otra vez, los jueces parecen avanzar sus argumentos con total desdén hacia el contexto en el que sus decisiones se aplican.

14) Ratificando en parte lo afirmado por el punto anterior, el juez Riggi, en su voto, sostiene una insólita concepción acerca del significado de la independencia judicial. Para él, la labor judicial no debe "encontrarse influida" por "las manifestaciones públicas que al respecto se formulen desde otros ámbitos oficiales o por otros actores sociales, políticos o sindicales" —en este caso, por las opiniones en contra de la criminalización de la protesta social—. Si ello ocurriera, afirma el juez, se produciría "la tan temida pérdida de la independencia que debe caracterizar a la función judicial". La afirmación es curiosa en boca de una Cámara que dice que quiere mantener "viva" a la

Constitución (cómo hacerlo, entonces, sin prestar seria atención a los reclamos sociales y manifestaciones públicas más importantes del momento) y llamativa en un país que ha sufrido otro tipo de "falta de independencia judicial". En efecto, en materia de independencia judicial, nuestro problema no ha sido la —en realidad escasísima— influencia ejercida por la sociedad sobre los jueces (un hecho que, por lo demás, no merecería ser visto como algo *necesariamente* negativo), sino el control que el poder político ha impuesto sobre los magistrados:

15) Si aquí se propone que los jueces defiendan a los críticos antes que a los funcionarios criticados, ello se debe a que se reconoce lo que debiera ser obvio: que la primera función de los jueces es la de proteger a las minorías, y especialmente a las minorías que critican a la autoridad pública, y más todavía a aquellas que protestan por una violación de derechos básicos, y aún más a aquellas que lo hacen a partir de una situación de serias dificultades expresivas (p. ej., debido a que el grupo en cuestión padece carencias económicas que tornan muy difícil su acceso a los medios de comunicación pública, y —consiguientemente también— su llegada efectiva a la dirigencia política y a la opinión pública). Los jueces del caso, en lugar de orientarse a satisfacer las demandas básicas de los grupos más desaventajados, decidieron dificultar la expresión de tales demandas. Actuando de ese modo, dichos magistrados se mostraron más preocupados por preservar la "paz social" que la vitalidad del sistema democrático. Ello, aunque la paz del caso resultaba —como resultara, en los últimos días del gobierno de De la Rúa— la propia de un orden agravante, incapaz de sostenerse siquiera a fuerza de brutalidad policial y estado de sitio.

IV. CÓMO ARGUMENTAR (Y SOBRE TODO CÓMO NO HACERLO) FRENTE A SITUACIONES DE CONFLICTO SOCIAL. LA DOCTRINA ARGENTINA FRENTE A LA PROTESTA

Las situaciones de conflicto social exigen de nosotros, participantes de la comunidad jurídica, el máximo cuidado argumentativo. Si dicha cautela resulta siempre recomendable, los recaudos a tomar deben ser extremados cuando enfrentamos situaciones de fractura social (y mucho más, cuando algunos de los grupos involucrados en tales casos viven o sobreviven en situaciones de precariedad extrema). Consejos como el mencionado deberían sobrar largamente pero, sin embargo, ellos parecen todavía necesarios a la luz del discurso jurídico predominante, elaborado por abogados, legisladores, jueces y doctrinarios del derecho. Las opiniones de muchos de ellos parecen todavía teñidas por el cinismo o desprecio de quienes están acostumbrados a vivir —y decidir— rodeados por un mundo de ávidos aprovechadores, dispuestos a explotar cualquier situación confusa a los fines de tomar ventajas indebidas. Ciegos a las situaciones de necesidad, urgencia o desesperación que muchas veces enfrentan, ellos suelen olvidar muchos de los argumentos más cruciales en este tipo de discusiones jurídicas. En este capítulo, examinaré críticamente una serie de argumentos que se utilizan o podrían utilizarse para el análisis de situaciones de conflicto social. En dicho examen, prestaré especial atención a las posiciones asumidas por una parte importante de la doctrina jurídica argentina en su defensa de una postura, en general pobre e injustificadamente restrictiva, sobre los alcances posibles de la protesta.

1. Democracia, debate público, y dificultades expresivas

Tal vez el mejor lugar de donde comenzar este examen sea el de la intersección entre democracia y derecho. Ocurre que,

lo queramos reconocer o no, la discusión sobre cómo pensamos la democracia siempre se encuentra presente cuando hablamos de los modos de reacción que le corresponden al derecho, frente a la protesta y la participación social. Una manera de inaugurar este análisis consiste en señalar que, en una democracia representativa, la única alternativa con la que cuentan los ciudadanos para cambiar el rumbo de las cosas es la de protestar y quejarse frente a las autoridades.¹ Si se socava dicha posibilidad, la democracia representativa se convierte en una oligarquía o una plutocracia, es decir, la democracia llega a su fin. De allí que una democracia, aun modesta, no sólo no puede darse el lujo de perder ciertas voces críticas sino que más bien, y por el contrario, debe hacer todo lo posible por potenciar a cada una de ellas. Resulta esencial que los representantes se encuentren permanentemente al tanto de las necesidades y urgencias que afectan a la población, como forma de remediar el problema que significa no haber optado por una forma más directa de democracia, y como forma de dotar de sentido a la democracia representativa.

Hay al menos dos cuestiones relacionadas con el punto anterior, y que tiene sentido enfatizar. En primer lugar, cuando se reconoce la importancia de escuchar permanentemente voces críticas, como modo de dotar de sentido a la democracia representativa, uno debe empezar a mirar de modo distinto algunos casos habituales, de fuerte resonancia política: casos sobre financiamiento de campañas políticas, sobre el diseño de leyes electorales, sobre la organización de los partidos políticos, sobre los debates preelectorales. Todos estos casos —p. ej., una impugnación a la cantidad de fondos utilizados por ciertos partidos políticos en sus campañas— no pueden resolverse, meramente, como si se agotaran en dos partes que sostienen posiciones encontradas. En realidad, en dichos casos se ponen en juego algunos de los temas más centrales que enfrenta nuestra democracia. De allí que una mala resolución de ellos amenaza con socavar las bases de la forma política con la que nos organizamos. Lamentablemente, sin embargo, ni en nuestro país ni en el exterior parece haber demasiada

¹ Esta afirmación pretende ser independiente de todo juicio acerca de la mayor o menor justificación de formas de democracia representativa como las que conocemos.

conciencia al respecto, y no son inusuales los casos en que los jueces deciden sobre la materia ignorando el impacto de sus sentencias más allá del caso concreto al que se refieren.

La otra cuestión central a la que me quisiera referir tiene que ver con la posibilidad de que algunos grupos resulten sistemáticamente excluidos de nuestro debate público. Esta posibilidad implica riesgos muy serios para la calidad de la democracia, y ello muy en particular cuando —como suele ocurrir— los excluidos forman parte de grupos con reclamos valiosos, fuertes y urgentes. Es decir, una democracia representativa decente no puede convivir con la exclusión sistemática de ciertas voces, y mucho menos con la marginación de voces que tienen mensajes muy importantes para transmitir. Cuando ello ocurre, el sistema institucional pleno comienza a viarse, y las decisiones que se adoptan pierden —cada vez más— imparcialidad y, por lo tanto, respetabilidad.

Enfrentados a casos de conflictos sociales graves, jueces y doctrinarios no pueden dejar de reconocer el impacto de hechos como el citado (la existencia, en la práctica, de voces sistemáticamente silenciadas) en sus apreciaciones o decisiones. Más bien, ellas deben mostrarse plenamente informadas por situaciones como las descritas, y dejar en claro el compromiso del poder público (y, muy en especial, el compromiso de los principales controladores del poder público) con la protección de las voces excluidas.

En tal sentido piénsese, por ejemplo, en algunos de los conflictos sociales más visibles de los últimos años: grupos de manifestantes quemando oficinas de gobierno, ocupando edificios públicos, cortando calles, cometiendo otro tipo de escándalos. Hechos tales pueden ser leídos como las manifestaciones extremas de aprovechadores que no reconocen límites de ningún tipo, o —de un modo que considero más sensato, en atención a lo dicho— como los intentos desesperados de ciertos grupos por tornar audibles sus voces y visibles sus reclamos, ante un poder que suele ignorarlos. Por supuesto, quienes suscriben esta última visión no necesitan justificar cualquier escándalo público ni dar "carta blanca" a los excluidos en sus acciones de protesta. Lo que se exige, más bien, es un cambio de perspectiva capaz de obligarnos a leer los principales conflictos sociales a los que nos enfrentamos de otro modo, esto es, menos como una nueva afrenta de un grupo de

aprovechadores, y más como la respuesta angustiosa de grupos que, sistemáticamente, no encuentran salida de sus problemas ni respuesta para sus reclamos. En definitiva, debemos empezar a reconocer que forma parte del propio deber cívico de los excluidos el de extremar sus esfuerzos para tornar reconocibles sus demandas y evitar que el poder político siga decidiendo de un modo parcial, miope. Al mismo tiempo, forma parte del deber cívico de los funcionarios públicos el reconocer estas circunstancias y extremar sus esfuerzos para resolverlas, cualquiera sea la posición de poder que ocupen, y cualquiera sea la postura teórica que en definitiva defiendan.

Para aquellos que defendemos versiones de la democracia más robustas —más vinculadas, p. ej., con lo que se ha dado en llamar la democracia deliberativa— las exigencias que impone el texto constitucional son mucho más fuertes. Éste puede requerir, por ejemplo, impulsar acciones afirmativas a favor de los más desaventajados, la creación de foros públicos; el reforzamiento político tanto como judicial de los llamados "prerrequisitos" económico-sociales del debate público; la tacha de inconstitucionalidad de situaciones con las que hoy convivimos con normalidad (p. ej., situaciones en donde algunos grupos sufren sistemáticas desventajas para expresar sus reclamos en público podrían verse como violatorias de la Constitución). Concepciones de la democracia como la referida no son "obligatorias" para todos los miembros de la comunidad jurídica. Sin embargo, todos ellos deben saber dar cuenta de cuál es la concepción de la democracia que defienden cuando afirman lo que afirman y defienden las decisiones que defienden.

Lamentablemente, y contra lo que aquí se pretende, los indicios que contamos al respecto muestran que nuestros doctrinarios descuidan, muy habitualmente, todo esfuerzo argumentativo destinado a respaldar sus visiones sobre la democracia. Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar lo dicho. Por caso, en un párrafo tristemente célebre, Miguel A. Ekmekdjian dejó en claro los límites que reconocía a la democracia y a las formas de la participación popular.² Ekmekdjian

² Digo tristemente célebre porque fue citado —de un modo central para apoyar su débil argumentación— por la CNCP en el fallo "Schiffrin".

sostuvo entonces que "lo que afirma el art. 22 de la C.N. es que la *única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio*. Por medio de éste, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Este artículo rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo de derecha e izquierda, así como cualquier intento de quebrantamiento del sistema constitucional y de las instituciones políticas. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, *lock-outs* u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso".³

Dicha visión acerca de cómo entender la democracia resulta, como mínimo, muy difícil de aceptar para cualquiera que toma en serio la idea de soberanía popular, o el hecho de que la democracia representativa sólo se justifica como un remedio de "segundo mejor" frente a la presunta imposibilidad práctica de formas más permanentes de la democracia directa (y esto, cabe notarlo, podría ser válido tanto antes como después de la reforma de 1994). Por ello mismo, Ekmekdjian debió haber acompañado su restrictiva propuesta con argumentos destinados a justificarla, ya que de lo contrario (en este caso, como en tantísimos otros propios de la doctrina local) nos quedamos enfrentados, meramente, a una declaración de fe, a una afirmación dogmática. Ocurre que lo que está en juego es el modo en que entendemos la democracia, y ello —como este

³ Ekmekdjian, M.: *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 599-600 (las cursivas son del autor). El art. 22, cabe recordarlo, sostiene que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en nombre de éste, comete delito de sedición". Este artículo, surgido a la luz de los conflictos federales que, en los orígenes de la nacionalidad, amenazaban permanentemente la unidad nacional, se inserta a la vez en una estructura constitucional que reconoce muy fuertemente derechos tales como los de expresión, huelga y petición, y que además, a partir de la reforma de 1994, torna explícitos derechos antes implícitos en el texto, como los relativos al empleo de mecanismos de la democracia directa. Prueba de este carácter implícito es que la aparición de estos nuevos derechos no necesitó de la supresión del art. 22.

misimo caso se encargó de demostrar— puede tener un extraordinario impacto en nuestra práctica jurídica cotidiana. Afirmaciones como las avanzadas por Ekmekdjian en su tratado hacen un excepcional favor a aquellos que pretenden limar o directamente socavar la deliberación democrática.

Lo dicho vale también para el análisis realizado por María Angélica Gelli sobre el derecho de petición. Para ella, “[las] acciones llevadas a cabo con la finalidad de llamar la atención de la opinión pública y presionar a las autoridades con cortes de rutas, caminos o calles encuadran en la prohibición constitucional, aun cuando las autoridades suelen ser complacientes con aquéllas, por motivos políticos o sociales y, en ocasiones, para evitar males mayores. En cambio, los reclamos y protestas ante los medios de comunicación social, en especial frente a las cámaras de televisión, denotan el interés de sus propulsores por hacerse visibles ante las autoridades o ante el público. Pero más allá de que puedan encubrir uno de los llamados *operativos de prensa*, no sería sino la manifestación de disconformidad o queja amparadas por la libertad expresiva”.⁴

El análisis destaca, otra vez, por una cierta superficialidad. ¿Por qué, uno podría preguntarse, es que las acciones descriptas en el citado párrafo deben ser consideradas acciones sediciosas y no, más bien, lo contrario —es decir, manifestaciones propias de la democracia, una prueba notable de su vitalidad y fortaleza—? ¿Por qué es que las presiones ejercidas por quienes carecen de recursos son evaluadas negativamente, de modo generalizado e indistinto (¿y por qué la tolerancia política frente a las primeras es descripta, también negativamente, como complacencia?) y no así las presiones ejercidas por otros grupos de lobbistas profesionales (presiones éstas

⁴ GELLI, M.: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 219. En el mismo sentido —y citando asimismo el art. 22 de la Constitución— véase, p. ej., CASSAGNE, J.: “Reflexiones sobre los cacerolazos”, LL, 2002-E, 1398. En su análisis de los “cacerolazos” avanzados por la población, en protesta frente a sus representantes, Cassagne los critica sosteniendo, entre otras cosas, que “sería quizás más justo que los ciudadanos canalizaran sus protestas ante el Congreso, en forma ordenada y pacífica, habida cuenta que constituye el ámbito natural de la democracia representativa en la que el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes”.

habitualmente victoriosas, y cuyo éxito impacta obviamente sobre los derechos de los demás, p.ej., a través de un aumento de tarifas)? y ¿por qué es que los reclamos ante las cámaras de televisión (*sic*) denotan el compromiso público de sus protagonistas, y no así los reclamos de quienes no pueden acceder a tales medios (que lejos están de encontrarse al servicio de, o al menos ecuanímente abiertos a, quienes más necesitan de ellos)? El silencio que obtenemos como respuesta, en cada caso, nos lleva a preguntarnos si es que entonces no estamos, meramente, ante la expresión de prejuicios o afirmaciones puramente ideológicas.⁵



2. *Derechos vs. bien común*

En la sección anterior, hicimos referencia a algunos de los vínculos existentes entre democracia y derecho —vínculos habitualmente descuidados por nuestra doctrina y jurisprudencia—. En esta sección, quisiera que nos concentráramos más directamente en los modos en que, dentro del derecho argentino, suelen pensarse las cuestiones relativas a las violaciones de derechos (y en especial, por supuesto, a las referidas a las violaciones de derechos surgidas en situaciones de conflicto social). Al respecto podríamos decir, ante todo, que los derechos no debieran ceder frente a generalizaciones o reclamos hechos en nombre del “bien común” o los “intereses generales” del país. Si a algunos intereses humanos fundamentales les damos la categoría de derechos es, precisamente, por nuestra pretensión de asegurarles la mayor protección posible.

Ocurre, sin embargo, que en nuestro discurso jurídico habitual, parecen coexistir una postura respetuosa y aun devota hacia los derechos con otra que asegura que los derechos son muy importantes pero... en tanto y en cuanto ellos no contradigan ciertos intereses aparentemente más importantes, asociados con el “bienestar general” o nociones afines. Un primer

⁵ Obviamente, el problema no es el de enfrentarse a posiciones ideológicas (¿cuáles no lo serían?) sino el de que ellas no aparezcan apoyadas en argumentos y pretendan, al mismo tiempo, revestirse de objetividad (o, mucho peor, que pretendan ser representativas de la “voz” de la Constitución).

paso destinado a "devaluar" el peso de ciertos derechos —un primer paso muy habitual dentro de nuestra comunidad jurídica— consiste en sostener que "no hay derechos absolutos". Por supuesto —y salvo para quienes, por ignorancia o mala fe continúan insistiendo con tal afirmación— dicha premisa no dice absolutamente nada acerca de lo que importa, esto es, cuándo y por qué razones es que puede limitarse un derecho. Si no se nos aclara cuáles son las razones de extraordinario peso que justifican la remoción de un derecho (tal como, lamentablemente, suele ocurrir, en tantos fallos de nuestra jurisprudencia, p. ej., *Folios*, 203:353; o 253:133) luego, tiende a ocurrir que quienes están a cargo de pronunciarse sobre dichos límites terminan fijándolos de modo discrecional.

Paso a dar un par de ejemplos al respecto. En reiterados trabajos referidos al derecho de petición, el constitucionalista Gregorio Badeni utilizó una estrategia argumentativa como la señalada en el párrafo anterior, para justificar restricciones diversas sobre dicho derecho —y en especial, para referirse a la inconstitucionalidad de los "escrachos"⁶ o los "piquetes"—.⁷ Dijo entonces Badeni, por ejemplo, "[la] libertad de expresión... es una libertad legítima propia de las repúblicas absolutas pero no absoluta";⁸ o, "[el] derecho específico de peticionar... [como] toda libertad, no es absoluta, pues su ejercicio debe adecuarse a las leyes reglamentarias dictadas en el marco de la razonabilidad... y respetando el límite consagrado por la propia Constitución en su art. 22 para no incurrir en un acto de sedición".⁹

Ahora bien, luego de presentar estos enunciados vacíos, ¿qué argumentos contundentes aporta Badeni para sostener la drástica consecuencia que propone —conviene repetirlo, la restricción de un derecho fundamental, es decir de aquello que

⁶ Manifestaciones (normalmente ruidosas, a veces acompañadas con pintadas, insultos, pega de afiches) frente a los domicilios o lugares de trabajo de funcionarios públicos u otros particulares a los que se señala como objeto del repudio colectivo.

⁷ Aquí, entendidos como "cortes de ruta" destinados a llamar la atención pública y exigir la satisfacción de necesidades básicas, a través de la entrega de alimentos, subsidios, etcétera.

⁸ *Idem*, Gregorio: "Formas de Libertinaje", diario *Clarín*, 17/5/2004.

⁹ *Idem*, *Derecho constitucional. Libertades y garantías*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 272; también en "La convivencia democrática", LL, 2001-E, 1286.

más habíamos decidido proteger—? Ninguno. En el caso de los “escraches”, Badeni procede a describirlos; luego declara (ya que no argumenta) que son muestra de una “incultura cívica” e implican un uso “patológico” del derecho; dice que quienes los llevan a cabo no son valientes; menciona algunos recuerdos que dicha práctica le trae (en este caso, nada más ni nada menos que la violencia nazi); y vuelve a calificarlos, esta vez como “prácticas totalitarias”. Badeni concluye su artículo, entonces, con otra sorprendente, antigua, siempre amenazadora afirmación: que los “escraches” “no son expresiones de la libertad, sino del libertinaje”. En definitiva, Badeni coloca toda su carga argumentativa en descripciones, recuerdos y frases vacuas del tipo “todos los derechos tienen su límite”, incapaces de justificar nada, y mucho menos una restricción de derechos.

Del mismo modo, y para citar sólo otro ejemplo entre miles posibles, Juan Carlos Cassagne¹⁰ se manifiesta en contra de los “cacerolazos”¹¹ sosteniendo que la participación política, como toda libertad “no debe llevarse a cabo al extremo de violar otros derechos humanos básicos que hacen a la dignidad de las personas. Como dijo Alberdi, la libertad de cada hombre termina donde empieza la de su semejante”.

Afirmaciones como la citada no agregan nada a la discusión, y más bien le quitan algo, porque sugieren la idea equivocada de que los derechos de las personas encastran perfectamente entre sí, cuando es absolutamente habitual que los derechos de unos entren en conflicto con los de otros. Ahora bien, frente a tal situación, ¿cuáles son los argumentos de primera importancia que cita Cassagne para sugerir una restricción como la que propone a la participación popular (por otro lado, una participación objeto de admiración internacional, e históricamente reconocida como decisiva en pos de la protección de derechos)? Nuevamente, ninguno. Como Badeni, Cassagne también recurre a descripciones muy poco descriptivas de la situación que objeta. Critica a los “cacerolazos” por no ser “manifestaciones totalmente asépticas, aunque se encuadren bajo el manto protector del derecho de reunión” (como si las

¹⁰ Cassagne: “Reflexiones...”, cit.

¹¹ Manifestaciones ruidosas, basadas en el batir de las cacerolías, popularizadas a fines del año 2001, luego de la crisis económica y política que concluyó con la caída del gobierno del presidente Fernando de la Rúa.

manifestaciones debieran serlo para ser legítimas y constitucionales). En su breve "descripción" señala también que "ciertos personajes corruptos, que suelen no dar la cara, organizan piquetes a sueldo para atacar a los que se oponen a sus siniestros designios" (como si ello, de ser cierto, dijera algo negativo en relación con los derechos de reunión o protesta ejercidos, como si la existencia de huelgas "arregladas" dijera algo negativo sobre el derecho de huelga). Cassagne adjunta luego otra observación referida a las movilizaciones que provocan daños a las personas y a sus bienes. Dicha observación no agrega nada a su argumentación: en el mejor de los casos, permite decir que aquellos daños (como los producidos durante una huelga) deben ser reprochados y reparados —es decir, nada relevante para el punto que quiere apoyar, esto es, la restricción de los cacerolazos—. En definitiva, en este ejemplo, como en el anterior, se estipula la necesidad de adoptar una medida tremendamente drástica —la restricción de derechos— a partir de... ningún argumento jurídico. El único (pretendido) sostén de tamaño reclamo vuelve a ser el carácter "no absoluto" de los derechos pero, otra vez, dicha enunciación no aporta nada interesante a la discusión en curso.

La apelación general, misteriosa, imprecisa, a nociones tales como "los intereses generales" de la comunidad, también debe ser resistida (véase capítulo II), sobre todo cuando ella aparece en el transcurso de una argumentación referida al alcance y peso de nuestros derechos fundamentales. Los problemas de dichas apelaciones generalizadas son numerosos. En primer lugar, esa posición se encuentra demasiado abierta a los abusos, dado que nunca se nos dice con claridad a qué se está haciendo referencia cuando se habla de "intereses generales" o "bien común". ¿Se alude a decisiones que la mayoría respalda con su voto? ¿Se hace referencia a cuestiones que la mayoría de hecho respalda, aunque no haya votado por ellas? ¿Se apunta más bien —como suele ocurrir— a intereses que la ciudadanía no reconoce o no valora de modo explícito pero que, sin embargo, debería valorar? Esta "vaporosidad" que rodea a tales nociones hace que ellas permitan, finalmente, que bajo un "paraguas teórico" atractivo, el juez de turno —de buena o mala fe— "contrabandee" o incluya su propia visión acerca de los valores que la comunidad debería defender. Esta alternati-

va es extraordinariamente problemática, ante todo, por la discrecionalidad que encierra. ¿Cuáles son, en definitiva, esos intereses fundamentales "más fundamentales" que los ya incorporados en la Constitución? Y para qué sirven, finalmente, los derechos allí incorporados, si ellos son removibles frente a cualquier invocación hecha en nombre del "interés general"?

Posiciones críticas como la anterior fueron bien resumidas por el jurista Ronald Dworkin cuando sostuvo que los derechos debían ser vistos como "cartas de triunfo" frente a dichas pretensiones generales.¹² En nuestro ámbito, el juez Enrique Petracchi sintetizó apropiadamente esta mirada crítica cuando desafió la postura habitual de nuestra Corte al respecto, haciendo referencia al "triste hábito de recurrir a conceptos como el de 'bien común' para justificar decisiones de gobierno de turno, restrictivas de la libertad". Para él, "los conceptos empleados por la legislación común, que contienen pautas y estándares de carácter valorativo genérico —tales como "bien común", "buenas costumbres", "orden público" (arts. 33, 953, y 21, Cód. Civil)— deben ser comprendidos a la luz de los principios que animan la Constitución Nacional".¹³ Es decir, ideas tales como las de "bien común" deben encontrar su límite frente a los derechos individuales y no al revés (es decir, que los derechos individuales encuentran su límite frente a las invocaciones referidas al "bien común").

3. *Derechos vs. bien común: los derechos frente a las "necesidades" de la economía*

Un caso muy especial entre los debates que enfrentan a los derechos con los reclamos hechos en nombre del "bienestar general" tiene que ver con el debate sobre los modos de la organización económica. Creo que es importante detenerse en este tipo de casos dado el extraordinario peso que han llegado a adquirir los temas económicos en nuestras discusiones públicas sobre los derechos. En efecto, resulta notable advertir de qué modo, poco a poco, el discurso de los derechos ha sido

¹² Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Cambridge U.P., Cambridge, 1977.

¹³ "Comunidad Homosexual Argentina c/resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas", Fallos, 314:1531 (1991).

reemplazado por otro, mucho menos interesante pero, sobre todo, mucho menos relevante que el anterior, como lo es el discurso de la riqueza económica. Conforme con esta última visión, hoy dominante, se nos dice que es necesario "agrandar el pastel", crecer primero, esperar el "efecto derrame" porque éste traerá, finalmente, el verdadero bienestar para todos. Los derechos, entonces, deben aguardar pacientes hasta que la economía haya florecido y los mejores situados se encuentren ya satisfechos. Recién ahí se acabarán definitivamente las privaciones y los derechos cercenados.

Sin embargo, no es éste el lenguaje de la Constitución, y menos el de la justicia. La Constitución consagra derechos inalienables e incondicionales, esto es, derechos que no están sujetos a especulación alguna. No se trata de dejar pendiente la satisfacción de los derechos a la posibilidad de que algún grupo de la sociedad esté mejor o la economía alcance una situación más próspera. Los derechos no dependen de que las cosechas resulten fabulosas, las exportaciones suban, o los economistas de turno aciertén, de una vez, con la pócima del crecimiento. Se trata de que existen derechos básicos que no deben limitarse bajo ningún criterio. Constitucionalmente hablando, a la hora de establecer prioridades cualquier individuo o grupo puede esperar, y cualquier reclamo puede ser desplazado, pero no los de aquellos que tienen un derecho básico afectado. Podemos llegar a esta misma conclusión sin pensar en la Constitución y reflexionando, simplemente, acerca de "qué es lo más justo" para nuestra comunidad. Casi desde cualquier visión que adoptemos sobre lo que es la justicia, terminaremos diciendo que todos, y especialmente los que están peor, cuentan con ciertos intereses fundamentales irrenunciables, innegociables. Para retomar el pobre ejemplo "hogareño" que acostumbran a darnos los economistas: en una casa en que comience a escasear la comida, nos resultaría insólito que el jefe de hogar —sea quien fuera— le diga al resto de la familia que los escasos recursos con que se cuenta deben concentrarse en él porque "una vez que él se encuentre mejor formado y físicamente fortalecido, conseguirá un trabajo mejor y todos, en última instancia, mejorarán su situación". Este discurso nos parecería inaudito, sobre todo si éste implicara que la abuela se queda sin remedios, y los menores sin leche ni educación. Nuevamente, a nadie se le puede pasar por la cabeza que en

una familia bien constituida los intereses básicos de los niños y los más ancianos sean postergados en pos de los más aventajados del grupo. Si el jefe de familia nos dijera entonces "pero yo también tengo derechos", o "ellos no pueden crecer a costa mía" o "yo lo hago por ellos", deberíamos responderle que hay derechos más importantes que otros (y ninguno más importante que el derecho a la propia subsistencia) y que si realmente se preocuparan por los que están peor, entonces deberían garantizarles una atención prioritaria e incondicional, sin esperas. Afortunadamente, lo que nos dicta el sentido más elemental de justicia resulta perfectamente armonioso con lo que nos reclama la Constitución.

De allí que, cuando algunos economistas nos hablen de "ajustes" económicos y de beneficios a largo plazo, tendremos que recordarles que vivimos en el marco de una democracia constitucional, porque suelen olvidarlo. Cuando nos digan que debemos hacer más sacrificios, tendremos que señalarles que ellos deben recaer fundamentalmente sobre los más "fuertes" y no sobre los más "débiles" de la comunidad. Cuando nos señalen la necesidad de hacer "recortes", deberemos apuntarles que hay algunos constitucionalmente prohibidos. Cuando nos marquen la importancia de la "austeridad", tendremos que decirles que lo lamentamos, pero que hay ciertos gastos legalmente exigibles, incondicionales. Para decirlo a través de ejemplos, en una democracia constitucional, es simplemente contrario a derecho anular una elección "porque no hay dinero para hacerla"; negarle el derecho a la defensa en juicio a un extranjero "porque carecemos de traductores"; privarle de una rampa al discapacitado "porque es mucho gasto"; o negarle la comida o los remedios a parte de la población "porque primero hay que sentar las bases del crecimiento genuino". En todo caso, son otros los gastos que deben ser desplazados, y otros los "ajustes" (privados o públicos) constitucionalmente permisibles o compulsivos.

Asegurarle a cada miembro de nuestra comunidad un techo, abrigo o alimentación adecuadas, cuidar de su salud o de la finalización de sus estudios elementales no es incurrir en actos de "populismo", sino cumplir con normas constitucionales todavía vigentes. Hoy se nos dice que tales necesidades van a verse realmente extinguidas o satisfechas una vez que lleguemos a la tierra prometida del capitalismo bien ordenado. Pero

ésta es una promesa constitucionalmente irrelevante y moralmente inaceptable si oculta, como suele hacerlo, masivas violaciones de derechos para el "aquí y ahora". En épocas de crisis, y mientras éstas conlleven desnutrición o falta de educación para amplios grupos, nada puede desplazar al "aquí y ahora". Ninguna ganancia pública o privada se justifica mientras aquellos derechos no estén mínimamente a salvo. Los derechos, en definitiva, no pueden depender del "equilibrio" de las cuentas ni del nivel de "déficit fiscal" que tengamos. Ellos dependen, exclusivamente, de los prioritarios compromisos constitucionales que, como comunidad, ya hemos asumido y firmado hace tiempo.

4. *Derechos vs. derechos*

Conforme dijera, la situación se torna —ahora sí— jurídicamente trágica cuando un derecho entra en colisión con otro derecho. Aquí no hay solución feliz posible, ya que alguno de los derechos involucrados, si no es que todos ellos, van a sufrir restricciones o "recortes" destinados a resolver de algún modo la situación de conflicto. Frente a tales situaciones trágicas, por supuesto, resulta torpe pensar que lo mejor es "recortar" un poco cada uno de los derechos en juego, a los fines de equilibrar las pretensiones en juego o con el objeto de ser ecuanímes. En una mayoría de casos, ésta es una solución desafortunada, en la medida en que desconoce algo muy importante, y es que no todos los derechos tienen —ni merecen tener— la misma jerarquía. Así lo reconoció la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, en el famoso caso "New York Times v. Sullivan" (376 US 254, 1964) cuando, enfrentada al trágico dilema que enfrentaba el derecho al honor del comisario Sullivan con los derechos del público a seguir gozando de un debate público "vigoroso, desinhibido, robusto", no dudó en privilegiar este último derecho —es decir, una noción fuerte del derecho de libertad de expresión— frente al primero. En dicho caso, el desplazamiento del derecho al honor resultaba desgraciado pero —determinó la Corte— ése era un doloroso costo que merecía pagarse frente al representado por la alternativa contraria.

La lección de casos como "Sullivan" es interesante, porque nos fuerza a pensar con más profundidad sobre nuestro

compromiso con los derechos, y nos obliga a todos —y especialmente a los jueces— a justificar y hacer públicas las razones para inclinarnos hacia uno u otro lado. Sobre lo primero, diría que nuestros jueces, muy habitualmente, no teorizan sobre los derechos, y ni siquiera frente a los casos concretos, hacen los esfuerzos necesarios para “desentrañar” la madeja de derechos que pueden encontrarse allí involucrados. Casos recientes, de pública importancia, como los referidos a los “cortes de ruta” resultan de especial interés en este respecto. Ellos suelen implicar situaciones muy complejas, en donde son múltiples los derechos enfrentados: el derecho de petición; el derecho de asamblea, el derecho a la libertad de expresión; el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad, el derecho de transitar, el derecho a un medio ambiente limpio, el derecho a no escuchar ruidos molestos, etcétera.

Notablemente, y sin embargo, nuestros jueces y doctrinarios actúan frente a dichas situaciones de un modo extraordinariamente simplista —sino malintencionadamente— al menos en relación con dos puntos. En primer lugar, ellos parecen taparse un ojo para reducir aquella complejidad de derechos enfrentados a una situación pobre que, en el mejor de los casos, enfrenta solamente dos derechos: el derecho de tránsito vs. el derecho de petición y/o expresión de los demandantes. La selección, además de perezosa, resulta muy poco atractiva: ¿cómo puede ser que queden desatendidos tantos derechos tan importantes?

El segundo error resulta todavía más grave. Y es que, puestos a “balancear” un derecho frente a otro, nuestros jueces y doctrinarios suelen marcar la prioridad del derecho al tránsito frente a otros como los de expresión o petición, o simplemente negar la existencia de un conflicto de derechos.¹⁴ La solución

¹⁴ En “*Marina Schiffrin*”, de julio de 2002, la CNCP optó por la segunda alternativa, sosteniendo que era inexacto que hubiera un “enfrentamiento de derechos fundamentales”. Consideró que la postura de la defensa, alegando un choque de derechos (entre los cuales, según la defensa, se encontraban los derechos de petición o reunión), era una “aspiración que, por absurda, resulta(ba) manifiestamente rechazable”, ya que no era cierto que “sólo conculcando la garantía del art. 14 de la C.N. ...podían asegurarse derechos como el de reunión o petición”. Afirmaciones como éstas no guardan mayor sentido, y producen una reducción al absurdo de la discusión. Con la misma lógica, por ejemplo, podría decirse que no es cierto que la única forma de criticar al presidente sea con un discurso tan agresivo, o

debería resultar asombrosa para cualquiera puesto a reflexionar detenidamente sobre la cuestión: el derecho al tránsito, deberíamos acordar, no puede sino estar en un lugar bastante bajo dentro de nuestra pirámide de derechos. Ello, muy especialmente (pero no únicamente) si, tal como suele ocurrir, los manifestantes dejan vías alternativas de tránsito para los automovilistas o transeúntes. Si (y en tanto ello sea así) los manifestantes tienen muy serias dificultades para hacerse escuchar por otros medios, entonces no debería haber dudas de la prioridad que merece otorgársele a los derechos vinculados con la expresión.

En definitiva, si los derechos, en general, merecen una protección especial frente a otro tipo de intereses generales, ciertos derechos en particular —como la libertad de expresión— merecen una sobreprotección, aun dentro del área especialmente protegida en la que se encuentran (el área de los derechos). Este tipo de derechos o “superderechos” resultan merecedores de la máxima protección judicial, fundamentalmente, dada su proximidad con el nervio democrático. De allí que, en lugar de ser vistos —como a veces ocurre en nuestra justicia— como “otros” derechos en juego, deben empezar a ser vistos como los principales derechos en juego, los últimos a recortar o desplazar en el balance de derechos e intereses que se realice.¹⁵

5. *La Constitución mirada desde el derecho penal*

Un error muy habitual en el que incurren quienes examinan los casos de conflicto social es el de pensar la Constitución desde el derecho penal (como es tan habitual, también, pensarla desde el derecho civil). Dicho error, producto a veces de la pereza, a veces del desdén, a veces de la ignorancia, trae

que la única manera de criticar a la policía (en el caso “Sullivan”) era diciendo mentiras que afectaran el honor del jefe policial. No es ésta, obviamente, la manera de razonar. Mucho menos si uno de los valores en juego tiene que ver con el mantenimiento de un debate público robusto.

¹⁵ Por supuesto, el argumento anterior no puede desplazarse —como, en ocasiones, algunos jueces han querido desplazar— invocando las lesiones o la violencia potencialmente generadas por dichas manifestaciones: es obvio que los jueces deben lidiar con tales dificultades sin afectar el derecho básico en juego, del mismo modo en que no pueden afectar el derecho de huelga a partir de lo por el riesgo de algún caso de violencia que se presente durante ella.

como consecuencia la degradación de la Constitución que, en este caso, comienza a ser analizada menos en torno a los derechos que tenemos, que a partir de los reproches que merecemos por nuestros excesos o nuestras faltas jurídicas.

La mirada penal sobre el derecho constitucional resulta utilizada de modo muy habitual, tanto en las frecuentes condenas a los sujetos de la protesta política y social, como en las más excepcionales ocasiones en que se procuró protegerla. Sobre este último caso cito, y como un mero ejemplo, el reciente dictamen del procurador general de la Nación interino, Luis González Warcalde, frente al citado caso "Schifrin". Siguiendo a parte de la doctrina penal internacional y, muy especialmente, a autores locales como Eugenio Zaffaroni, el procurador defendió los derechos de la maestra Marina "Schifrin" (líder de una protesta piquetera) cerrando los ojos a la argumentación constitucional. Los argumentos protectivos de Schifrin provinieron así, de modo casi excluyente, del derecho penal. El procurador sostuvo entonces que "si alguien se consideró autorizado a obrar de determinada forma, en este caso cortar una ruta, porque interpretó equivocadamente los principios constitucionales que le garantizan su derecho a protestar, se debe analizar a la luz de la teoría del error de prohibición si le era exigible la posibilidad de comprender que su conducta era contraria al derecho... Vale hacer la aclaración de que el recurso a la adecuación social de la conducta como pauta de interpretación útil para desentrañar este aspecto, en modo alguno significa quitar el disvalor social que es immanente al injusto, sino que permitiría apreciar la posibilidad de una distorsión en la concepción de la autora sobre la operatividad o fuerza determinante de la norma —obsérvese que ante la proliferación de estas vías de expresión las asume como derecho fundamental—, y la consiguiente anulación de su capacidad de reacción frente a la amenaza de la puesta en marcha del sistema penal".¹⁶

Los casos más habituales, sin embargo y según adelantara, son aquellos en donde la mirada penal termina, no sorpresivamente, en la condena de los imputados, antes que en el examen cuidadoso de los derechos en juego.¹⁷ En algunos de

¹⁶ "Schifrin, Marina a/causa n° 3905".

¹⁷ Una importante excepción a esta regla en FERRERA, R.: *La Constitución vulnerable*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

los artículos ya citados, ésta era la estrategia prevaleciente. Así, por caso, en su escrito condenatorio de los "cacerolazos", Cassagne proponía regular el derecho de reunión pero, mientras tanto, agregaba: "Hasta que [el derecho de reunión no sea regulado por el Congreso], el dique de contención para combatir los excesos parece estar sólo en un Código Penal que pocas veces se aplica".¹⁸

Notablemente, dicha postura represiva y restrictiva de los derechos resulta favorecida, también, por muchos constitucionalistas, siempre prontamente dispuestos a apelar al derecho penal frente a las menores disrupciones del orden. Badeni, por ejemplo, seguía tal camino exigiendo, contra piqueteros y responsables de los "cortes de ruta", represión pero "[no] la represión de los autócratas, sino la represión del Estado de derecho".¹⁹ María Angélica Gelli insistía con lo mismo al criticar la complacencia de la dirigencia política frente a los "cortes de ruta, caminos o calles" a los que consideraba sediciosos.²⁰ Y Ekmekdjian también favorecía dicho enfoque al acercar peligrosamente a la sedición a todas aquellas otras "presunta[s] expresi[on]es de la voluntad popular, distint[a]s del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, *lock-outs* u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.)".²¹

El camino que aquí se sugiere es el opuesto al aconsejado por nuestros penalistas y —desgraciadamente— también por muchos de nuestros constitucionalistas. Ello así, al menos por una cuestión de preferencia argumentativa que por una cuestión de respeto a nuestra pirámide jurídica. Reconocer la prioridad de la Constitución nos exige, ante todo, tomar en serio el hecho crucial de haber dotado de rango constitucional a ciertos intereses fundamentales a los que llamamos derechos. Tomar en serio tales derechos implica ser extremadamente cuidadosos antes de pensar en removerlos o restringirlos. En otros términos, lo que se nos exige es reconocer que las razones que debe alegar el Estado contra un derecho constitucional deben tener un peso excepcional para poder ser reconocidas como pertinentes y exitosas.

¹⁸ CASSAGNE: "Reflexiones...", cit., p. 1398.

¹⁹ BADENI: "La convivencia...", cit., p. 1286.

²⁰ GELLI: "Constitución...", cit., p. 219.

²¹ EMEKDJIAN: "Tratado...", cit., pp. 599-600.

6. El Estado y la construcción de la exclusión social

Las consideraciones efectuadas hasta aquí se refieren, más o menos directamente, a los modos en que el Estado y sus funcionarios reaccionan frente a las situaciones de conflicto social. Tales consideraciones nos fuerzan a prestarle atención a otras cuestiones, habitualmente descuidadas, y que tienen que ver con la participación del Estado en la forja de situaciones de marginación. Un buen punto de partida, en este sentido, es el reconocimiento de que los derechos pueden violarse tanto a través de acciones como a través de omisiones. Es decir, el Estado no sólo es responsable de violar derechos cuando tortura, escribe leyes discriminatorias, o arresta a algunos sin atención al debido proceso. El Estado puede violar derechos, también, cuando no provee a algunos de los bienes indispensables para su vida: abrigo, alimentación, vivienda.

Quienes reconocen que los derechos pueden violarse tanto por acciones como por omisiones admiten, también, que el parámetro para medir la justicia o injusticia de una cierta situación no se vincula con el estado de cosas dominante, sino que tiene que ver con estándares independientes de ese estado de cosas, y que a la vez nos permiten someterlo a la crítica. Esta postura implica desafiar otra muy común, que centra su atención en las disrupciones que amenazan el *status quo*, y que sugiere usar al derecho para reparar dichas disrupciones y volver las cosas a su cauce originario.

La postura que toma al *status quo* reinante como parámetro de lo justo parece asignar a dicho estado de cosas el carácter de "estado natural", y considerar a lo "natural" como evidentemente justo. Pero lo cierto es que ninguno de tales reclamos resulta aceptable. En primer lugar, el Estado —para bien o mal— ejerce una influencia directa en la construcción del orden reinante. Lo hace cuando dicta un Código de Propiedad; cuando reprime o cuando deja avanzar a grupos de manifestantes; cuando presta su fuerza para prevenir el ingreso de extraños en un *shopping center*; cuando fija las condiciones de una licitación; cuando dicta sentencias que condenan a quienes desafían la propiedad de otros; cuando reacciona o no frente a la violencia familiar; cuando decide no cobrar más impuestos a los más ricos. Así, el estado de cosas vigente se encuentra moldeado por el accionar estatal: es fruto de su intervencionismo y no un producto "natural" que cae del cielo.

A partir de este tipo de consideraciones, corresponde que volvamos a reflexionar acerca de cuándo nos encontramos frente a una situación de violación de derechos. Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la vivienda. Si tomamos como relevante el análisis anterior, deberemos negar la posibilidad de que el Estado se desentienda de la situación de falta de una vivienda digna para sectores amplios de la población. El Estado no podrá alegar —como suele hacerlo, y tal como jueces y doctrinarios tienden a repetir— que se trata de derechos no operativos, o que no tiene recursos para construir más viviendas; ni podrá deslindar sus responsabilidades cargando culpa sobre las acciones de los particulares. Contra dicha posibilidad, deberemos señalar que el déficit o superávit habitacional se encuentra directamente vinculado con lo que el Estado hace o deja de hacer en la materia, subsidiando o no subsidiando la construcción, regulando de un modo u otro.²²

Tomemos ahora otro caso relevante, vinculado con la libertad de expresión. Decimos, habitualmente, que el Estado violenta la libertad de expresión cuando censura a un periódico, prohíbe una obra de teatro; o saca de cartel a una película escandalosa. Todos podemos coincidir en que, en principio, éstos son casos claros de violación de derechos expresivos. Ahora bien, el análisis avanzado en los párrafos anteriores nos permite reconocer que las violaciones al derecho de expresión aparecen también en otros casos, menos visibles. Por ejemplo, parece claro que el Estado tiene buena parte de la responsabilidad en caso de una eventual concentración de voces en materia de comunicación pública. Dicha situación, deberá reconocerse, tiene que ver con el tipo de licitaciones que haya abierto, con el tipo de permisos que haya otorgado a los licenciarios, con las condiciones contractuales que haya establecido, con la política de subsidios que haya implementado, con su actitud frente a las voces críticas, etc. Del mismo modo, el Estado debe ser considerado responsable de situaciones en las que algunos queden con pocas y poco significativas oportunidades para expresar sus críticas o puntos de vista. Como sostuvieran Cass

²² Es interesante al respecto, p. ej., el modo en que la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió un caso referido al déficit habitacional que afectaba a las comunidades negras en el Cabo de Buena Esperanza, en el caso "Grootboom", CCT 11/00.

Sunstein y Stephen Holmes, en su trabajo sobre el "costo de los derechos": "La libertad de expresión implica mucho más que un derecho contra la censura directa de las opiniones desfavorecidas. Todos los tiranos saben que pueden vencer a las protestas públicas, aun sin prohibirles explícitamente la expresión, estableciendo cordones de seguridad alrededor de aquellas arenas en donde suelen realizarse las demostraciones y marchas".²³

Autores como los citados, reconociendo el papel que juega el Estado en la construcción del orden jurídico, sostienen que la libertad de expresión no requiere, simplemente, que el Estado "quite sus manos", por ejemplo, de la esfera de la comunicación pública —es decir, que no imponga censuras—. La libertad de expresión requiere mucho más: requiere, por ejemplo, que el Estado se involucre en el mantenimiento de lugares públicos abiertos, y en la garantía a todos de un "derecho de acceso a los foros públicos" (ídem). En definitiva, los derechos no pueden seguir siendo evaluados como lo son hoy, es decir, como si fueran intereses garantizados, capaces de ser violados sólo a partir del accionar estatal. Contra dicha postura, hemos defendido la idea de que los derechos pueden ser violados (y de hecho, hoy son violados) a partir de una práctica construida jurídicamente por el Estado y que el Estado se niega sistemáticamente a reconocer y reparar.

Autores locales, en cambio, insisten en la visión más tradicional de los derechos, y juzgan los intentos de problematizar o complejizarla como meramente manipulativos. El renombrado constitucionalista Néstor Sagüés presentó una de las defensas más extremas de esta postura tradicional, asociando a sus críticos con la defensa de "un planteo marxista y anarquista de lucha de clases" (sic), con el desarrollo de operaciones ideológicas "antisistema", o el recurso a inaceptables teorías sobre el "uso alternativo del derecho".²⁴ Nos habla, así, de "una suerte o variable espuria de uso alternativo del derecho, en el sentido de manipular las reglas constitucionales con un sentido frontalmente distinto al ideológicamente planteado por la Cons-

²³ HOLMES, S., y SUNSTEIN, C.: *The Cost of Rights*, New York: Norton and Company, 1999, p. 111.

²⁴ SAGÜES, N.: "Derechos y contraderechos", ED. 186-827, 2000.

titución. La conversión de un derecho constitucional de alguien, como el de vida, salud, acceder a una vivienda digna, de reunirse y expresarse libremente, de huelga, etc., en un *antiderecho* lesivo de los derechos de cualquier otro sujeto (derecho a robar, a asaltar, a ocupar inmuebles, a corta rutas e instalar piquetes, etc.), importa una estrategia ideológica mutativa de la Constitución, o sea una operación *contra constitutionem*, basada con cierta frecuencia, directa o indirectamente, en ideologías antisistémicas que intentan usufructuar, en su favor, al texto constitucional. Para consumir esa empresa, la tentativa exige cambiar el mensaje y el contenido del enunciado del derecho constitucional en juego, convertirlo después en un ariete contra otros derechos constitucionales, y declararlo derecho relevante, por sobre el o los derechos agredidos".²⁵

No hay línea de este análisis de Sagüés que no sea merecedora de fuertes reparos. Éste aparece basado en una inexplicada e injustificable distinción entre derechos genuinos (fundamentalmente, los relacionados con la "seguridad de las personas", o sea con su "tranquilidad", su "integridad física" y la integridad de sus "bienes"), y derechos putativos (relacionados con los derechos sociales, en general). Tal como se la presenta, esta distinción parece sólo sostenerse a partir de una visión *clásica* del derecho. Sagüés puede replicar esta crítica diciéndonos que él en absoluto desconoce la validez de los "otros" derechos (p. ej., los derechos sociales), sino que resiste la pretensión de exigir la satisfacción de ellos frente a los particulares, en lugar de contra el Estado. Pero esta réplica sólo desplaza al citado análisis *clásico* un escalón más abajo. Según entiendo (y no creo que esto sea algo difícil de aceptar), en una amplísima gama de casos las ocupaciones de tierras que se producen, los "cortes de ruta", y otras alteraciones del orden semejantes nos hablan mucho menos de la perversidad de quienes desarrollan tales acciones, o de su odiosa hostilidad hacia los derechos de los demás, que de su grado de desesperación jurídica —en definitiva, de la gravedad de las violaciones de derechos que sufren—. Esta desesperación se debe, de modo habitual, a la falta de satisfacción de sus necesidades más básicas (vivienda, alimentación, trabajo) combinada con

²⁵ *Idem*, p. 834.

la ausencia de remedios institucionales genuinos frente a tamañas y masivas violaciones de derechos. Pedirle a los más afectados que, frente a tales gravísimas violaciones, se "muevan" constitucionalmente sin poner en crisis los derechos de los demás es pedirles algo bastante cercano a lo imposible —imposibilidad que, además, se ha generado a partir de una *pre-²⁸via construcción estatal*—. En efecto, y para dar algunos ejemplos de lo dicho: si los medios de comunicación los ignoran (salvo que provoquen algún escándalo) es porque los pocos que quedan en manos del Estado no les prestan debida atención, y todos los restantes (repartidos por el Estado, con habitual descuido de la justicia y constitucionalidad de tal reparto) no consideran sus demandas como lucrativas para los fines que los rigen (fines que, en verdad, deberían justificarse a la luz de la Constitución). Si ya no existen tierras al alcance de los menos favorecidos es porque el Estado ya las ha repartido (y el Estado es responsable de los contornos de justicia o injusticia que distingan a dicha distribución). Si los alimentos básicos quedan fuera de su alcance económico, es porque el Estado se comprometió antes con la libertad de precios que con el reaseguro de ciertos objetivos constitucionales más básicos (p. ej., la provisión de un mínimo de alimentos para cada uno).

Por supuesto, dicha interrelación entre derechos de algunos y falta de derechos de muchos, creada por el Estado, no justifica que los más afectados reaccionen de cualquier manera frente a los más favorecidos. Pero lo cierto es que, al menos en principio, los que están peor no suelen reaccionar de cualquier modo (al menos con la pretensión de que su conducta sea considerada justificada), y por el contrario suelen tolerar con enorme paciencia y buena fe las sistemáticas violaciones de derechos que padecen. Por ello resulta inadecuado que Sagüés equipare los reclamos desesperados de algunos (p. ej., en un corte de ruta) con el asalto, la mera agresión o la toma de rehenes.²⁹ Por ello es que resulta incorrecto que Sagüés identifique a aquellos como violadores de derechos y no, fundamentalmente, como víctimas del derecho. Por ello es que también es incorrecto que (como contracara del punto anterior) Sagüés no reconozca que las principales violaciones de dere-

²⁸ Así, en particular, en la conclusión de su trabajo.

chos cometidas en nuestra sociedad (p. ej., las referidas a la no satisfacción de los derechos vitales más básicos) no son sólo responsabilidad del Estado, sino también de aquellos particulares que se benefician con la producción de tales violaciones de derechos (p. ej., a través de la obtención de mano de obra más barata): el reconocimiento de esta corresponsabilidad puede ayudarnos a pensar mejor en qué consiste, cómo se reproduce, y cómo merece resolverse el conflicto jurídico que interesa a Sagüés. Por ello, finalmente, es que resultan impropias sus referencias a las operaciones *contra constitutionem*, a las "ideologías antisistémicas" o a la manipulación de la Constitución (como si la Constitución sólo pudiera pensarse desde el lado de quienes tienen sus derechos bien satisfechos, como si la Constitución debiera ser interpretada, como sugiere Sagüés, de acuerdo con el sentido ideológico con el que fue planeada). Casos como los analizados en secciones anteriores ("Sullivan", p. ej.), o como los que vamos a examinar en la sección siguiente (ligados a la doctrina del "foro público") presentan, frente a posturas como la de Sagüés, otras más interesantes y mejor justificadas. En ellas, se reconoce la inevitabilidad de ciertos choques entre derechos (entre particulares y el Estado, o entre particulares entre sí), la responsabilidad del Estado en dicho proceso, y la necesidad de que dicho Estado resuelva el conflicto teniendo en cuenta sus compromisos constitucionales más básicos (que pueden coincidir, o no, con los intereses de los grupos más acomodados).

7. La doctrina del "foro público", y regulaciones de "tiempo, lugar y modo"

En consonancia con las ideas presentadas en la sección anterior, tiene sentido repasar críticamente la llamada doctrina del "foro público". La idea es que el ejercicio pleno de derechos como el de la libertad de expresión requieren, al menos, que el Estado asegure que ciertos lugares estén siempre abiertos a la expresión crítica de la ciudadanía. Como dijera el juez William Brennan, en los orígenes de dicha doctrina, "el derecho a hablar sólo puede florecer en la medida en que pueda operar en un foro efectivo —ya sea un parque público, el aula de una escuela, el foro de las audiencias públicas, una frecuen-

cia de radio o televisión".³⁷ Tales foros públicos, sostenía Brennan, debían ser "regulados en el interés de todos", algo que todavía se sigue intentando.

La Corte norteamericana reconoció en las "calles y parques" los "foros públicos" centrales o "tradicionales" ya que ellos habían servido desde "tiempo inmemorial" como ámbitos de expresión crítica. Las restricciones que quiera imponer el Estado sobre la expresión en dichos ámbitos deben quedar, por lo tanto, sujetas al análisis más estricto: en principio, ellas deben ser miradas con la más alta sospecha. De modo similar, la Corte consideró que las reglas aplicadas sobre los "foros públicos tradicionales" debían ser extendidas a otros ámbitos que se habían "dedicado" a reunir tales expresiones (p. ej., plazas que el Estado había abierto a las manifestaciones ciudadanas).

Ahora bien, sobre lo dicho conviene agregar al menos un par de consideraciones. En primer lugar, aunque existe un acuerdo en una mayoría de teóricos del derecho acerca del valor de doctrinas como la del "foro público", subsisten diferencias en torno a cómo delimitar dicha categoría. Por ejemplo, tribunales superiores como el norteamericano siguen mostrando una mirada muy restrictiva sobre los "foros públicos", resistiéndose a tratar otros ámbitos, crecientemente importantes y transitados por la ciudadanía, como ámbitos semejantes. Piénsese, por ejemplo, en áreas tales como los aeropuertos, los estadios de fútbol, las estaciones de tren, o los *shopping center*. Estos ámbitos han pasado a ser, en muchos lugares, los ámbitos centrales de reunión de la gente —los lugares en donde la gente se encuentra y socializa, en donde circula en grandes números. Es dable esperar, entonces, que, especialmente aquellos grupos que cuentan con pocos recursos, quieran utilizar tales lugares para difundir sus ideas y sus críticas. Si los tribunales no reconocen dicha realidad —y la Corte norteamericana se ha mostrado al respecto muy ambigua— puede ocurrir que, en la práctica, los que cuentan con más dificultades expresivas encuentren crecientes dificultades para expresarse en público.³⁸

³⁷ "Columbia Broadcasting v. Democratic National Committee", 412 US 94, 193 (1973), disidencia.

³⁸ En "Food Employees Local 590 v. Logan Plaza Valley", 391 US 308 (1968) reconoció el derecho de un grupo a realizar un piquete pacífico dentro de un *shopping center*, pero se retractó de dicho principio en ocasiones poste-

La otra cuestión que me interesaba mencionar tiene que ver con qué regulaciones son posibles en aquellos ámbitos especialmente protegidos y en áreas tan sensibles como la de la libertad de expresión. El acuerdo más general que existe sobre la materia es el de que las únicas regulaciones admisibles son aquellas de "tiempo, lugar y modo" y no de "contenido". Por ejemplo, puede resultar admisible, desde esta postura, impedir que una manifestación se haga a las tres de la mañana, o que se manifieste de modo ruidoso junto a la escuela. Pero no sería admisible, en cambio, que se prohíba sólo a los "partidos de izquierda" que se manifiesten ruidosamente; o sólo a los "partidos de derecha" que hagan manifestaciones a las tres de la mañana.

Dicho lo anterior, conviene agregar algunas consideraciones acerca del tipo de regulaciones de "tiempo, lugar y modo" que pueden resultar admisibles. Ello, en particular, dado lo restrictivas que suelen ser las regulaciones que sí se permiten, bajo aquella cláusula general. Ante todo, y según lo afirmado por el tribunal supremo norteamericano, el principio general es que las regulaciones de "tiempo, lugar y modo" deben ser neutrales en materia de contenido; deben estar diseñadas del modo más estrecho o fino posible; deben servir a propósitos gubernamentales de importancia; y además deben dejar abiertos amplios canales alternativos de comunicación.²⁸ Regulaciones que digan, por ejemplo, que no se permiten los carteles callejeros porque distraen a los automovilistas; o que impidan la propaganda "puerta a puerta" pueden parecer, en principio, admisibles y neutrales. Sin embargo, este tipo de regulaciones tienden a ser, en la realidad, mucho más gravosas para algunos grupos que para otros. Típicamente, puede ocurrir que de dicho modo se le quite a los grupos de menos recursos el principal medio de comunicación que tienen, dado que no cuentan con la posibilidad de comprar espacios en radios y televisoras. En definitiva, la tarea de proteger la expresión es mucho más demandante de lo que parece, y requiere de parte de las auto-

riores (por ejemplo, en *Hudgens v. NLRB*, 424 US 507, 1976; o *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 US 551, 1972); y se resistió también a considerar "foros públicos" otros ámbitos no tradicionales (p. ej., en *Isaacs v. Lee*, 112 S.Ct. 2701, 2718, 1992).

²⁸ P. ej., *Grace v. United States*, 461 US 171, 185 (1983).

ridades públicas el máximo de los cuidados: fácilmente, dichas regulaciones —aparentemente inocentes y poco costosas— pueden mostrar su faceta restrictiva, y convertirse en regulaciones que violan la Constitución.

8. Conclusiones

Hemos repasado hasta aquí algunas consideraciones que merecen ser tenidas en cuenta —ya sea para aceptarlas o para argumentar en su contra— por aquellos encargados de tomar decisiones jurídicas en situaciones de conflicto social. Dichas consideraciones nos sugieren ser extremadamente cuidadosos antes de desplazar derechos (reconociendo que escasean los buenos argumentos para justificar dicha operación); poner en su debido lugar (subordinado a cuestiones primarias sobre justicia) los argumentos basados en el crecimiento económico; meditar detenidamente acerca de las razones para remover un derecho frente a otro derecho (advirtiendo la preeminencia de los derechos más cercanos al nervio democrático); reconocer la primacía de la Constitución sobre las normas civiles y penales vigentes; tomar nota del papel que juega el Estado en la construcción de situaciones de marginación social (y reflexionar acerca de las implicaciones de tal hecho); sopesar debidamente las dificultades que enfrentan algunos grupos para expresar sus válidas quejas en público (y, consecuentemente, para encontrar adecuada satisfacción a ellas); y, en parte a results de lo anterior, advertir la importancia extraordinaria —en una democracia representativa— de preservar ámbitos adecuados para la expresión de la crítica social (tomando en cuenta las fuertes limitaciones que deben guiar las regulaciones sobre tales ámbitos). Tomar en serio estas consideraciones puede ayudarnos enormemente en la tarea de mejorar nuestra discusión jurídica en situaciones socialmente delicadas.

V. INCONSISTENCIA Y PARCIALIDAD. UN EXAMEN HISTÓRICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA*

En este capítulo, voy a hacer un examen de la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y mostrar de qué modo la práctica que dicho tribunal ha ido afirmando con el paso del tiempo torna injustificable su labor. La Corte, según diré, no puede superar ninguno de los filtros teóricos que propondré para evaluar su trayectoria a lo largo de todos estos años. Dichos enfoques, siempre vinculados con los valores constitucionales de nuestra comunidad —valores como los de libertad, igualdad, democracia— nos permitirán decir que no contamos con buenas razones para respetar el accionar de la Corte y que más bien, y por el contrario, tenemos razones para exigir, frente al tribunal superior, no ya un nuevo cambio de personas, sino un cambio drástico en las bases institucionales de su organización.

I. Introducción

No es sencillo encontrar justificación para la labor desarrollada por la Corte Suprema. Como sabemos, los jueces de la Corte, nombrados de por vida, aparecen con el derecho de pronunciar la “última palabra” institucional en todas las cuestiones constitucionales, es decir, en las cuestiones más cruciales que nos toca enfrentar como comunidad. En uso de dicho extraordinario poder, los jueces pueden cómodamente imponerse frente a los reclamos más meditados de la mayoría de la comunidad, y aun declarar inválidas las normas aprobadas

* Agradezco especialmente la colaboración que me prestaron Beana Arduino; Lucas M. Arrimada Antón, y Carolina Garber para este trabajo, que fue publicado con anterioridad en JA, 2003-IV, 1175.

sólidamente por el Parlamento. Dicha situación no encuentra un basamento constitucional claro ni en nuestro país ni en el caso de los Estados Unidos, modelo del nuestro en este respecto. Pero aun si existiera lo que no existe (un claro respaldo constitucional a dicha labor), podríamos seguir cuestionando una situación que, conforme es descripta por algunos de los juristas más destacados de nuestro tiempo, resulta "ofensiva" o "insultante" frente a nuestras más básicas pretensiones democráticas.¹ En tal sentido, y por ejemplo, Jeremy Waldron se pregunta: ¿qué es lo que justifica una situación en donde, luego de que reflexionamos colectivamente, peticionamos, nos manifestamos en las calles, llevamos adelante una insistente campaña política a favor de una cierta propuesta y logramos, finalmente, convencer al resto de la ciudadanía del valor de nuestra iniciativa, un tribunal compuesto por gente que no conocemos, que no hemos nombrado ni podemos remover, decide, a través de una votación (digamos, de cinco jueces contra cuatro), que nuestra propuesta debe ser eliminada de la escena jurídica, y la declara inconstitucional? ¿Qué dice dicha situación sobre nuestro compromiso con la idea de que todos somos iguales, que todos merecemos un igual respeto, que la opinión de cada uno vale tanto como la de los demás? ¿Qué significa aquel resultado dentro de un mundo jurídico en donde no existen respuestas unívocas, en donde cada texto debe ser interpretado, y en donde —luego de más de doscientos años de reflexión sobre el tema— carecemos de acuerdos interpretativos aún (y especialmente) frente a los problemas legales más importantes? Una situación como ésta genera tantas dudas ante la labor que se han arrogado para sí los tribunales, que muchos han comenzado a hablar de la urgencia de "quitar la Constitución de las manos de los tribunales".²

Quienes se toman en serio el derecho, saben que este tipo de preguntas implican algunas de las cuestiones más importantes que los juristas merecen formularse, aun cuando ellas no formen parte de la agenda habitual de los juristas argentinos. Ellos saben que hace siglos que se debate infructuosa-

¹ WALDRON, J.: *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

² THOMSET, M.: *Taking the Constitution away from the Court*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

mente en torno a ellas.² Sin embargo, la dificultad y gravedad de tales problemas torna impropias cualquiera de las respuestas rápidas y efectistas que pueden darse sobre ellas en nuestro medio. Ahora bien, alguien nos podría decir, con algo de razón, que dichas dificultades teóricas iniciales pueden moderarse mucho frente a una práctica judicial, en los hechos, valiosa. Es decir, tal vez no exista una apoyatura constitucional firme para justificar el extraordinario poder que se han arrogado los tribunales, y tal vez nuestro razonamiento abstracto no consiga dar una respuesta contundente frente a ciertos posibles cuestionamientos a la labor de los jueces; pero puede ser el caso de que los hechos reales, como tantas veces, nos sorprendan. Tal vez, la puesta en marcha de un cierto arreglo institucional imperfecto nos termine demostrando su sentido a fuerza de buenos resultados. Quizás el arreglo en cuestión no sea el mejor de los que podamos imaginar, pero sí uno suficientemente atractivo para preservarlo. Finalmente, podríamos decir, la preservación de ciertas prácticas tradicionales tiene algún valor si es que las alternativas a ellas no se muestran claramente superiores a aquéllas, es decir, si es que los costos de transición de un sistema a otro son tan altos que no vale la pena echar por la borda lo bueno en nombre de algo que quizás, sólo quizás, sea mejor. Por supuesto, tampoco existen criterios unánimes con los cuales examinar el valor de la práctica judicial dominante. Por ello mismo, propondré a continuación una batería de "tests" posibles a partir de los cuales evaluar la labor de la Corte argentina en todos estos años. Lo hago sin creer que la Corte necesite superar indubitablemente todos estos "tests" para merecer un "aprobado", ni tampoco creyendo que sólo con superar uno de ellos baste como para darle credenciales de autoridad justificada. Me interesa "testear" la labor de la Corte desde perspectivas diferentes que, según entiendo, pueden ayudarnos, en su conjunto, a fundar mejor nuestros juicios sobre el máximo tribunal de justicia y dar un veredicto más apropiado sobre su labor.

² Véase TRAYER, J.: "The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7 *Harvard Law Review*, vol. VII, n° 3, pp. 129-156; y también BICKEL, A.: *The Least Dangerous Branch: Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1978.

2. Consistencia e igualdad

El primer "test" al que quisiera hacer referencia es el de la consistencia. Según esta visión, el tribunal debe ser consistente en sus decisiones, no en razón del valor de la prolijidad o de las tradiciones sino en tributo al principio de igualdad (Dworkin 1986). Porque valoramos la igualdad es que debemos ver como inaceptable que hoy el tribunal condene a Pedro por razones idénticas de las que usó ayer para dejar en libertad a María. El derecho, como diría Dworkin, debe hablar "con una sola voz", y los jueces, en todo caso, deben contribuir a dicha tarea afirmando su "integridad", mostrando que el derecho es uno solo y para todos igual. Los jueces deben asegurar, en definitiva, que todos los miembros de la comunidad —ayer, hoy y mañana— sean tratados con igual consideración.⁴ Decir esto no implica decir, por supuesto, que el derecho no puede cambiar, que las decisiones aprobadas ayer no puedan mejorarse mañana, si es que advertimos que éstas no eran las más acertadas. Sin embargo, los jueces deberían actuar en tales casos advirtiendo la seriedad de los pasos que dan y el maltrato que sus decisiones actuales pueden implicar para quienes fueron tratados de modo diferente en el pasado. Esto debería llevarlos a justificar con claridad, precisión y sumo cuidado sus cambios de rumbo. Ellos no pueden actuar como si fueran independientes de los jueces que los precedieron.

Además de ser consistentes para asegurar el igual respeto a todos, los jueces deberían serlo en razón del rol que han asumido en la interpretación del derecho. En efecto, dado que ellos son los últimos intérpretes de la Constitución, no pueden dejar a la ciudadanía en ignorancia del derecho, es decir, temerosa por no saber a qué atenerse en materia jurídica. Es inaceptable que la ciudadanía no sepa si, digamos, va a ser protegida o encarcelada como resultado de algunas opciones de vida que tome, si va a contar con el respaldo del Estado o si va a ser perseguida por él, a resultas de algunas de sus acciones.

Quienes, con toda razón, ponen un especial acento en la consistencia, deben sentirse especialmente preocupados por la *performance* de la Corte argentina en este respecto. En efecto, desde los años de su creación hasta hoy, una de las notas

⁴ DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977.

salientes de la labor de la Corte es su dramática inconsistencia. Dicha inconsistencia puede producirse entre fallos muy "viejos" y muy "nuevos", tanto como puede darse (una y otra vez) entre fallos relativamente cercanos entre sí, tal como ocurriera, por ejemplo, en los casos sobre el consumo personal de estupefacientes: entre "Colavini",⁶ de 1978, revertido por "Bazterrica"⁷ en 1986, y revertido a su vez por "Montalvo",⁸ en 1990. En este sentido, y para evitar confusiones, resulta muy importante aclarar lo siguiente. Existen razones obvias que explican los violentos virajes de la jurisprudencia de la Corte, y que están vinculados con causas extrajudiciales, razones vinculadas, obviamente, con los repentinos cambios forzados sobre la composición del tribunal.⁹ Sin embargo, dichas irrupciones sobre la Corte, primero, no justifican los cambios jurisprudenciales promovidos por los nuevos jueces y además, ni siquiera explican los radicales cambios de jurisprudencia que ocurren aun dentro de cada nuevo período de actuación de la Corte. En este sentido, cabría señalar que, en líneas generales, las contradicciones en la jurisprudencia de la Corte se

⁶ Fallos, 300:254 (1978).

⁷ Fallos, 308:1392 (1986).

⁸ Fallos, 313:1333, 1349 (1990).

⁹ Estas "purgas" en la composición de la Corte comenzaron durante el primer gobierno peronista, que (de la mano del presidente del bloque del partido en Diputados, Rodolfo Decker) impulsó un juicio político contra cuatro de los cinco ministros del tribunal (dejando a salvo a Tomás Casares, de excelentes relaciones con la Iglesia). En "venganza" frente a dicha actitud, el gobierno militar que asumiera en 1955 impulsaría una renovación plena en la composición del tribunal; al igual que lo haría un nuevo gobierno militar en 1966 (bajo iniciativa del general Julio Alsogaray, en consulta con el civilista Guillermo Borda); el nuevo gobierno peronista en 1973; el nuevo gobierno militar en 1976; y el gobierno de Raúl Alfonsín en 1983. Todos los gobiernos no mencionados también impulsaron reformas parciales en la composición de la Corte con el objeto de obtener cambios (si no en la totalidad de los miembros, sí en cambio) en la mayoría del tribunal (así, Frondizi promovió un aumento de 5 a 7 en los miembros de la Corte, con lo cual trató de compensar el hecho de que, de los tres jueces que había podido nombrar, Luis María Boffi Boggero había comenzado a distinguirse por sus permanentes fallos disidentes; y Carlos Menem hizo lo propio aumentando el número de miembros del tribunal de 5 a 9). A ello deben agregarse las "purgas" promovidas por distintos gobiernos sobre la estructura general del Poder Judicial (así, como la incentivada por la Revolución Libertadora; por el presidente Frondizi; o por el peronismo desde 1973).

advierten más claramente cuando comparamos una Corte con otra —por ejemplo, si comparamos la Corte liderada por Antonio Bermejo entre 1903 y 1929 aproximadamente (una Corte férreamente enemiga de las regulaciones estatales) con la Corte que la sucedió, presidida por Roberto Repetto (una Corte abierta a aceptar todo tipo de regulaciones estatales);⁹ y Cortes capaces de contradecirse radicalmente aun en relación con sus decisiones más importantes, en cuestión casi de horas, tal como ocurriera con la (apropiadamente conocida como) Corte "menemista", y los cambios de posición que mostrara entre los casos conocidos como "Kiper",¹⁰ del 8 de diciembre de 2001, y "Smith",¹¹ del primero de febrero de 2002.

Casi no hay área importante del derecho argentino en donde la Corte no haya, ya no matizado, sino puesto cabeza abajo sus propias decisiones. Ello, al mismo tiempo que se mantenía relativamente firme en áreas en las que podría habérsele reclamado algún cambio importante. Así como la Corte cambió sus decisiones sobre el (así denominado) "corralito económico" (el congelamiento y "encierro" de los depósitos bancarios de los ahorristas) entre "Kiper" y "Smith"; y así como cambió una y otra vez su posición sobre la protección constitucional al consumo personal de estupefacientes, entre "Colavini", "Bazterrica", y "Montalvo", la Corte varió violentamente sus decisiones en muchas otras áreas del derecho. Por ejemplo, ella asumió una posición fuertemente antiestatista, y así contraria a toda regulación estatal en la economía, en casos como "Hileret",¹² pareció convertirse en defensora de la injerencia estatal en la economía en "Ercolano",¹³ volvió a dar la impresión contraria en

⁹ Cabe notar, sin embargo, que a pesar de tal notable contraste, ambas Cortes fueron igualmente sensibles a aceptar la restricción de derechos individuales en casos de estado de sitio, certificando la validez de los edictos policiales represivos o la limitación de derechos tales como el de reunión (caso "Schuster", Fallos, 191:390, 1941).

¹⁰ Fallos, 324:4520 (2001).

¹¹ Fallos, 325:32 (2002).

¹² Fallos, 98:20 (1903). En "Hileret", la Corte rechazó la posibilidad de interpretar la Constitución a partir de "teorías y precedentes que no están en armonía con las fuentes inmediatas de la ley fundamental con algunas disposiciones peculiares de ella, con las necesidades y anhelos de la época en que se dictó y con la inteligencia que se le ha dado en documentos históricos y numerosos fallos".

¹³ Fallos, 136:161 (1922).

"Mango",¹⁴ para enterrar luego su sesgo antiestatista en "Avico".¹⁵ Esto es, un ida y vuelta capaz de dejar perplejo a cualquiera, en un lapso de treinta años, y dentro del período tal vez más estable de la historia jurisprudencial argentina. Como anticipa, estos dramáticos cambios deben ser vistos como inaceptables por cualquier ciudadano, que queda desconcertado así frente al significado del derecho en su comunidad. Ello así, en particular, cuando las decisiones del tribunal se relacionan con cuestiones que tienen que ver con la libertad o la pérdida de la libertad individual. Dichas consideraciones pueden aplicarse a los cambios súbitos de la jurisprudencia argentina, garantista y preocupada por el debido proceso en "Fiorentino"¹⁶ (en donde el tribunal rechazó la prueba obtenida a través de un procedimiento policial realizado sin la autorización judicial correspondiente), o "Montenegro"¹⁷ (en donde la Corte consideró inválida la confesión de un detenido obtenida por la policía luego de haber sometido al mismo a apremios ilegales), y antigua-

¹⁴ Fallos, 144:219 (1925).

¹⁵ Fallos, 172:21 (1934). Es interesante y muy importante marcar de qué modo los jueces se han movido, arbitrariamente, de una visión interpretativa a otra con el simple objeto de cambiar la decisión del caso. Esta actitud resultó especialmente notable en sus fallos más tempranos relacionados con la propiedad. Fue así como, p. ej., acostumbraron a recurrir a (particulares) interpretaciones "originalistas" de la Constitución (y así, p. ej., a criterios de extremo liberalismo económico como los defendidos por Juan B. Alberdi) en casos como "Hileret" o "Méndez" (Fallos, 137:429, 1918) con el objeto de declarar inválidas ciertas regulaciones estatales, para luego apelar del modo más crudo a interpretaciones "actualizadoras" de la Constitución en casos como "Avico" para sostener que las normas constitucionales debían ser interpretadas "de forma tal que se adapten a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin buscar obstinadamente cuál fue hace cien años el pensamiento de sus autores". En decisiones centrales como "Peralta", (Fallos, 313:1513, 1990) la Corte insistió con la idea de ver a la Constitución como un documento "vivo", para afirmar que ella era una "creación viviente impregnada con la realidad argentina" (sic), y para dar (como lo hiciera en el pasado, aunque por otros medios) una cómoda vía libre a cualquier manipulación sobre su texto. La Corte nos debe una explicación de por qué opta por una visión interpretativa u otra, por qué en unos casos se inclina por ciertas lecturas de la interpretación y en otros por la opuesta a ellas, sobre todo si es que la opción de una alternativa o la contraria lleva a resultados opuestos. Claramente, como ciudadanos nos encontramos desvalidos frente a este poder ilimitado por parte de los intérpretes.

¹⁶ Fallos, 306:1752 (1984).

¹⁷ Fallos, 303:1936 (1981).

rantista en casos resueltos poco después, como en "Ferrer"¹⁸ (en donde el tribunal sostuvo que era válido el consentimiento dado por un individuo, ya detenido, autorizando a la policía a allanar su domicilio). De modo similar, podría citarse el modo en que la Corte defendió la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos en casos como "Ekmekdjian",¹⁹ y "Giroidi",²⁰ para mostrar su hostilidad frente a tal principio en otros resueltos en la misma época, como "Chocobar"²¹ o "Felicetti"²² (advértase, nuevamente, que en casos como los recién citados volvía a ponerse en juego la interpretación de derechos vinculados con las más básicas libertades de la población). La Corte también varió radicalmente sus juicios en temas tan significativos como el de la validez de las normas *de facto*; la igualdad; o los derechos sociales, en general (volveremos sobre algunos de estos temas más adelante). Y asombrosamente, en muchos casos ("Montalvo", "Ekmekdjian", "Molinas",²³ entre otros) lo hizo amparada bajo la excusa de su nueva composición.²⁴

Una vez que reconocemos la diversidad, frecuencia, y gravedad de estos permanentes cambios de opinión de la Corte, en una multiplicidad de asuntos constitucionales, nos queda en claro de qué modo el máximo tribunal es incapaz de pasar el primero de los "tests" formulados. Vamos a explorar, en lo que sigue, si, a pesar de sus inconsistencias, propiciadas habitualmente por el poder político, la Corte ha sido capaz de mantenerse más o menos firme al menos en relación con ciertas áreas cruciales del derecho, demostrando que preserva ciertas convicciones básicas más allá de coyunturales vaivenes y zozobras.

3. Democracia

Tan importante como el "test" de la consistencia es el que se vincula con la democracia. En este sentido, seguiré la opinión de una diversidad de autores que entienden que la Corte

¹⁸ Fallos, 313:612 (1990).

¹⁹ Fallos, 315:1492, 1503-1504 (1992).

²⁰ Fallos, 318:514 (1995).

²¹ Fallos, 319:3241 (1996).

²² Fallos, 324:4130 (2000).

²³ Fallos, 314:1102 (1991).

²⁴ MILLER, J.: "Judicial Review and Constitutional Stability. A Sociology of the U.S. Model and Its Collapse in Argentina", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 21, n° 1, 1997, pp. 77-176.

puede ganar en autoridad y respetabilidad si deja que la propia comunidad se encargue de resolver sus propias disputas sustantivas mientras la justicia se concentra, en cambio, en la custodia de los *procedimientos democráticos* —procedimientos que permiten que la comunidad siga discutiendo acerca de cómo resolver aquellos problemas sustantivos (Ely, 1981)—. Esta perspectiva se ha convertido, en las últimas décadas, en una de las miradas más interesantes sobre el mundo judicial, y ha ganado reconocimiento no sólo en el ámbito del derecho, sino dentro de las ciencias sociales en general (Habermas, 1996). Ello, gracias al modo inteligente en que combina inquietudes comunes a juristas, cientistas políticos y filósofos políticos en general —inquietudes vinculadas con el tornar compatible el control judicial de constitucionalidad con un sistema institucional democrático.

Son diversos los planos en los que puede llevarse a cabo este "test" vinculado con la democracia: los hay más obvios o "gruesos", y los hay más detallados o "finos" (como los que desarrolla el propio Ely, principal impulsor de este tipo de enfoques). Mi impresión es, sin embargo, que la Corte argentina no es capaz de sobrevivir ni a un escrutinio básico ni a uno más detallado, cuando tomamos en cuenta el parámetro de los procedimientos democráticos. Paso aquí a examinar ambos planos, el primero, referido a su compromiso con la preservación de la regla mayoritaria, y el segundo, referido a su compromiso con el carácter republicano del gobierno.

3.1. Preservación de la regla mayoritaria

Ante todo, y como resulta claro, el máximo tribunal ha "fracasado" del modo más estrepitoso en su función de custodia de la maquinaria democrática. Lo que es mucho más grave, la Corte se ha puesto sistemáticamente a la vanguardia de la violencia contra la democracia, sin que nadie se lo solicitara, saliendo a dar respaldo urgente a las sucesivas quiebras de la legalidad producidas durante los golpes de Estado. Ello así, desde la "Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación",²⁵ del 10 de septiembre de 1930, en donde la Corte, sin esperar la aparición de algún caso concreto al

²⁵ Fallos, 158:290 (1930).

respecto, se apresuró a afirmar que "el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país [para poner fin al gobierno democrático del presidente Hipólito Yrigoyen], es, pues, un gobierno *de facto* cuyo título no puede ser puesto judicialmente discutido con éxito por las personas, en cuanto ejerce la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social". Es decir, la Corte hizo exactamente lo opuesto a lo que podría haberse esperado de un tribunal motivado por alguna preocupación democrática, esto es, bloquear las acciones entonces novedosas de las autoridades militares, para afirmar que no estaba dispuesta a reconocer la autoridad de ningún gobierno que no tuviera acreditada su legitimidad a través de una votación democrática.²⁶ Notablemente (o no), la Corte volvería a afirmar su absoluta falta de compromiso con el sistema democrático en 1943, y luego de un nuevo golpe militar, para reconocerle al nuevo gobierno *de facto* la legitimidad jurídica con la que éste no contaba. Fue así que, apenas tres días después de producido el golpe de Estado contra el presidente Castillo, el golpe del 4 de junio de 1943, la Corte volvió a dictar una nueva Acordada Inconsulta,²⁷ básicamente idéntica a la anterior, para mos-

²⁶ Por lo demás, es muy importante recordar otra serie de fallos tan relevantes como los dictados en tiempos de la Acordada. En particular, conviene analizar los fallos en donde la Corte debió evaluar el *status* que le daba a los decretos leyes surgidos del gobierno *de facto*. En "Administración de impuestos internos" el máximo tribunal admitió que "[puede] llegar el momento en que un gobierno surgido de la revolución bajo la presión de la necesidad propia de lo extraordinario de la situación y en ausencia de un Congreso... para llenar una exigencia que él considera vital, usa de facultades legislativas, dando lo que se ha llamado decretos leyes". En 1945, en "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/Mayer" (Fallos, 201:249, 1945) la Corte sostuvo que "la necesidad y la imposición de los hechos le hace ineludible al Poder Ejecutivo *de facto*, el ejercicio de las facultades legislativas que le sean indispensables para mantener el funcionamiento del Estado y para cumplir los fines de la revolución". El modo de acción contrario —sostuvo— traería "[el] caos y [l]a anarquía". Hasta 1958, de todos modos, los decretos leyes emitidos debieron ser ratificados por el Congreso. Sin embargo, a partir de entonces, y a partir de una nueva doctrina creada por Julio Oyhanarte en relación con los decretos leyes de la Revolución Libertadora, tales decretos pudieron seguir en vigencia sin necesidad de ratificación expresa, y salvo el caso que expresamente se los derogase (Pellat Lastera, A.: *Historia política de la Corte*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, 81-2).

²⁷ Fallos, 196:5 (1943).

trar su respaldo a las nuevas autoridades. La Corte seguiría consolidando esta doctrina de facto frente a cada nuevo golpe militar, y aún frente a los ocasionales "golpes" dentro de los "golpes", como ocurriera en 1955²⁸ o en 1966.²⁹ Nuevamente, en 1976, el veredicto de la Corte no se haría esperar: ella reconoció la legitimidad del gobierno *de facto*, reconoció los poderes legislativos de la Junta Militar, y defendió la decisión de aquélla de constituirse en poder constituyente afirmando que "las actas institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional son normas que se integran a la Constitución Nacional en la medida que subsisten las causas que han dado legitimidad a aquéllas, fundadas —según lo señalara esta Corte— en un verdadero estado de necesidad que obligó a adoptar medidas de excepción, como la aquí examinada, para superar una crisis institucional y proteger al Estado, todo ello sin perjuicio de que los derechos reglamentados guarden razonable y adecuada relación con ese fundamento".³⁰ La doctrina de la Corte, siempre favorable a reconocer la fuerza jurídica de los actos normativos propios de los gobiernos militares, pareció cambiar radicalmente —en este caso, agregaría, de un modo obviamente justificado— a partir de la actuación de la nueva Corte democrática instalada en 1983. Así, en casos como "Aramayo"³¹ y "Dufourq"³² el tribunal sostuvo la invalidez *a priori*

²⁸ Entonces, y ante un anuncio que le formulara el presidente Eugenio Aramburu, informándole de su ascensión al poder desplazando al general Lonardi, quien no había presentado la renuncia a su cargo, la Corte dictó una nueva Acordada afirmando que "la designación de la persona que ejerce la presidencia provisional ha sido realizada sin alterar los fines que la revolución triunfante originalmente se propuso".

²⁹ En el caso "Molinas Ricardo Francisco", del 5/10/1968, la Corte convalidó al nuevo gobierno *de facto*, y en la Acordada del 7/5/1968 avaló la renovación de la Corte y los Tribunales Superiores de Provincia dispuesta por el gobierno militar. Más adelante, y a través de la Acordada del 9/5/1970, respaldaría también la remoción del general Juan Carlos Onganía y su reemplazo por el general Levingston y todavía luego —por medio de una nueva Acordada— el reemplazo de Levingston por el General Lanusse. Véase OTEIZA, E.: *La Corte Suprema*, Platense, La Plata, 1994, p. 72.

³⁰ "Richardí", *Fallos*, 301:1010 (1979). Véase también, al respecto, GROSSMAN, E.: *La Corte Suprema de Justicia durante la dictadura (1976-1983) documentos del CISEA*, Buenos Aires, 1987, cap. 2. La Corte defendería también en esta oportunidad la decisión del Ejecutivo de intervenir sobre la justicia, modificando radicalmente su composición. Véase OTEIZA: *ob. cit.*, pp. 78-79.

³¹ *Fallos*, 306:72 (1984).

³² *Fallos*, 306:174 (1984).

de las normas *de facto*. Sin embargo, gracias a la especial influencia de uno de sus ministros, Julio Oyhanarte, siempre activo en la defensa de la doctrina *de facto*, el tribunal volvió a contradecirse al poco tiempo.³³ En el caso "Godoy",³⁴ resuelto en 1990, y en ocasión de revisar una cesantía determinada por las nuevas autoridades democráticas, en la Universidad de La Plata, la Corte volvió a contradecirse a sí misma y a rechazar lo determinado por la procuradora general de la Nación María G. Reiriz, para sostener que "respecto de su validez [una norma dictada por un gobierno *de facto*], debe ser juzgada como si hubiera emanado del propio Congreso".³⁵ Considerando esta serie de decisiones, deberíamos concluir que, quienes están interesados en evaluar la tarea de la Corte examinando su contribución a la preservación y robustecimiento del sistema democrático, deben reconocer que la Corte hizo nada más ni nada menos que lo contrario de lo que le era exigido, y de lo que podía esperarse de ella.

3.2. Preservación del carácter republicano del gobierno

Pensando ahora en términos más específicos, podemos revisar los servicios prestados por el máximo tribunal en lo relativo al respeto de las garantías republicanas: cuidado de la división de poderes, mantenimiento del sistema de "frenos y contrapesos". En este sentido, nuevamente, deberá decirse que lo actuado por la Corte contradijo las expectativas más elementales que podían tenerse sobre su actuación. Desde fallos como "Fernández Arias",³⁶ la Corte dejó en claro la importan-

³³ Puesto a reflexionar al respecto, sostuvo en su momento Oyhanarte: "Mi opinión es categórica. La Corte Suprema no puede modificar el curso de la historia. Carece del poder necesario para hacerlo. Cuando tienen ante sí el hecho, ya consumado, del derrocamiento de las autoridades constitucionales y la instalación de un gobierno de fuerza por vía que hemos dado en llamar "revolucionaria" pueden hacer tres cosas: a) renunciar, transfiriendo a otros la responsabilidad de la decisión; b) tomar el hecho consumado tal como viene; c) colocarse ante el hecho consumado y, dentro del anormal estado de cosas que ha creado, tratar de salvar aquellos valores institucionales que todavía pueden ser salvados. Esto último es lo que hizo la Corte en 1930". Véase ORIHUETE, J.: "Poder Judicial". *Todo es Historia*, n° 61, 1972, p. 106.

³⁴ Fallos, 313:1621 (1990).

³⁵ Nino, C. *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 150; Orihuela: ob. cit., cap. 2.

³⁶ Fallos, 247:646 (1960).

cia de "adecuar el principio de la división de poderes a las necesidades vitales de la Argentina contemporánea y a delinear". Para la Corte, "el ámbito razonable del art. 95 de la C.N., se apoya, implícitamente, en la idea de que ésta, lejos de significar un conjunto de dogmas rígidos, susceptibles de convertirse en obstáculos opuestos a las transformaciones sociales, es una creación viva, impregnada de realidad argentina y capaz de regular provisoriamente los intereses de la comunidad en las progresivas etapas de su desarrollo". Este notable principio, un canto a la arbitrariedad y al abuso judiciales, distinguiría a la práctica argentina al menos desde entonces, y aparecería reafirmado de forma clara en el famoso caso "Peralta",³⁷ en donde la Corte "menemista" aceptó una indebida expansión de los poderes del Presidente, a costa del Congreso, afirmando que "[l]a división de poderes no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, de modo que cada uno de sus departamentos actúe aisladamente, en detrimento de la unidad nacional, a la que interesa no sólo la integración de las provincias y la Nación sino también el armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales".³⁸ Contra las propias razones democráticas que nos llevan a defender las facultades deliberativas del Congreso, la Corte sostuvo también que "[i]nmersos en la realidad no sólo argentina sino universal, debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales" —una consideración que bien podría servir para clausurar al Congreso y dejar el poder decisorio final en manos de algún dictador presto a actuar—. Esta línea de pensamiento, que propone un Poder Judicial al servicio del Ejecutivo, fue defendida explícitamente por una de las figuras más influyentes en la historia del tribunal superior, Julio Oyhanarte, quien fuera su integrante en dos ocasiones. Para él, el presidente de la Nación debía contar siempre con libertad para llevar adelante su plan de gobierno, frente al cual los jueces de-

³⁷ *Fallos*, 313:1513 (1990).

³⁸ Véanse también casos como "Rodríguez" *Fallos*, 320:2851 (1997), en donde, insólitamente, la Corte sostuvo que no podía examinar la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia del Ejecutivo, ya que sólo el Congreso tenía facultades para hacerlo (decisión matizada poco después en "Verrocchi", *Fallos*, 322:1726, 1999).

bían abstenerse en todo lo posible de ejercer cualquier tipo de molestas interferencias. Sus miembros, afirmaba, "deben tener sensibilidad política, mentalidad de estadistas y pensamiento afín con el de los que gobiernan... en vez de entregarse a una empeñada y frustratoria defensa del antiguo régimen (si éste ha concluido) deben aceptar los valores del nuevo régimen (si éste ha nacido históricamente)". Oyhanarte recomendaba, en definitiva, la "armonía entre la Corte Suprema y los poderes políticos".³⁹ En sintonía con dicho criterio, pero más cínicamente y con menos talento, uno de los miembros más notables de la Corte "menemista", Adolfo Vázquez, dejó en claro que conforme con su visión del poder público, "las funciones son tres, pero el poder es uno solo".⁴⁰ Es decir, para Vázquez, la Corte debía converger con los otros dos poderes en el trazado de las políticas de Estado.

La habitual proclividad de la Corte a fortalecer los poderes del presidente (una línea de acción en la que, ahora sí, aunque lamentablemente, la Corte reconoce más continuidades que discontinuidades) se advierte también en el modo en que la Corte respondió frente a las injerencias del Ejecutivo en el ámbito judicial. Así, en 1935, en el caso "Avellaneda Huergo",⁴¹ y ante la queja de un juez indebidamente separado de su cargo, el máximo tribunal puso fin al principio de la estabilidad de los jueces en sus cargos sosteniendo que "cuando esta Corte Suprema, en acuerdo del 10 de setiembre de 1930, reconoció el gobierno de hecho surgido de la revolución mencionada en el exordio, en los términos que las partes y los jueces han mencionado en estos autos, reconoció naturalmente los actos políticos y administrativos que ese gobierno de hecho había realizado como necesarios a los fines del movimiento revolucionario de que procedía; los actos ya realizados y los que continuará realizando dentro de ese carácter político y administrativo, en el desenvolvimiento de su programa". Dicha doctrina, insultante a la división de poderes y los "frenos y contrapesos", apareció ratificada durante el gobierno de Arturo Frondizi, cuando la Corte tuvo que pronunciarse frente a un caso, "Sagasta",⁴² que ponía nuevamente en discusión el problema

³⁹ OYHANARTE: *ob. cit.*

⁴⁰ MILLER: *ob. cit.*, p. 163.

⁴¹ Fallos, 172:344 (1935).

⁴² Fallos, 241:50 (1958).

de la estabilidad judicial (en este caso, de jueces removidos o nombrados por la llamada Revolución Libertadora que antecedería a Frondizi en su gobierno). Como era de esperar, la Corte volvió a respaldar al Poder Ejecutivo de turno, para permitirle un rediseño general del plantel judicial. Recientemente, la Corte volvió a mostrar que el Poder Ejecutivo es su poder favorito, y volvió a autorizar las decisiones de él orientadas a socavar la independencia judicial. Esto ocurrió, por ejemplo, en casos como "Del Castillo",⁴² en donde la Corte autorizó al Poder Ejecutivo a trasladar de un tribunal a otro al juez Del Castillo, que con sus sentencias comenzaba a incomodar al gobernante de turno; o "Molinas", en donde avaló la remoción del fiscal general de investigaciones administrativas Ricardo Molinas dispuesta, sin juicio previo y sin causa válida, por un Ejecutivo todavía molesto por las interferencias judiciales con su labor.

Parece claro, también en esta última serie de casos que la Corte se comportó del modo contrario al que hubiera sido deseable. Otra vez, en lugar de encabezar la defensa del sistema de límites y equilibrios —aprovechando su poder, su influencia, la fuerza propia de sus decisiones— tomó el camino opuesto y pasó a liderar la arremetida frente a la organización republicana del gobierno. En lugar de actuar como guardián de la República actuó como su sepulturero.

4. *Derechos humanos*

El "test" sobre el que quisiera reflexionar a continuación tiene que ver con las ambiciones básicas del primer constitucionalismo. Según entiendo, este constitucionalismo pretendía hacer compatible la vida democrática —y la regla mayoritaria en particular— con el respeto de las decisiones de cada uno que no afectaran a terceros. Enraizado en el mejor liberalismo, este pensamiento procuraba garantizar que cada individuo se mantuviera como dueño pleno de su propia vida: cada uno debía tener la posibilidad de moldear su propia vida del modo en que lo prefiriera. Enraizado en el mejor igualitarismo, este pensamiento partía de un repudio del pensamiento medieval y teocrático, y afir-

⁴² *Fallos*, 313:321 (1990).

maba que no había nadie con el derecho de imponerle a los demás su propia forma de vida: ni el apellido, ni la sangre, ni la raza podían servir como razones para obligar a otros a abandonar sus ideales fundamentales. Esta misma ideología se reconoce hoy detrás del saludable rebrote de un "internacionalismo de los derechos humanos". Ella es, también, la ideología que anima a las posiciones iusfilosóficas que defienden hoy el principio de autonomía de las personas, el derecho de cada individuo a escoger y llevar adelante su propio plan de vida.⁴⁴

Jurídicamente hablando, quienes defienden posturas como las citadas tienden a proponer un rol activo de los jueces en la protección de las opciones morales de cada uno, a la vez que procuran que la "coraza" de protección erigida en torno a cada individuo, a través de sus derechos, impida que ellos sean perseguidos o censurados en razón de su forma de vivir, de pensar, de expresarse. Cada persona debe contar, entonces, con la más amplia posibilidad de sostener y defender sus propias ideas, de persuadir y criticar a los demás (y muy especialmente al gobierno), de conocer y adherir a formas de vida distintas. Para algunos de los propulsores de esta postura, los jueces deben cumplir su misión argumentando siempre en base a "razones públicas", es decir, absteniéndose de fundamentar sus fallos en la preferencia pública por una postura ideológica o moral determinada, no susceptible de ser aceptada razonablemente por todos los demás miembros de la comunidad.⁴⁵ Para otros, los jueces deben agregar a dicha tarea la de contribuir a un "debate público amplio, robusto, desinhibido" en el que tengan cabida las ideas y formas de pensar más diversas.⁴⁶ Ésta es —se nos dice— la forma en que se garantiza un igual respeto a todos: permitiendo que todos se expresen, critiquen a los demás, y se eduquen mutuamente en la diversidad.

Este especialísimo cuidado sobre cada individuo tiene como obvia precondition el resguardo de ciertas garantías elementales de "debido proceso": nadie merecerá ser reprochado públicamente por sus acciones sin contar con la posibilidad de defenderse adecuadamente frente a los demás y, eventualmente, de demostrar su inocencia. Del mismo modo, y para quien esto

⁴⁴ Nino, C.: *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1982.

⁴⁵ Rawls, J.: *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993.

⁴⁶ Fox, O.: *Libertad de expresión y estructura social*, Fontana, México; Nino, C.: *Ética...*, cit.

escribe, dicho fundamental respeto hacia cada uno requiere del resguardo de elementales derechos de bienestar, sin los cuales nadie puede desarrollarse autónomamente —derechos, por ejemplo, a una alimentación, vestido, vivienda, educación, cuidados de salud adecuados. A pesar de su obviedad, reclamamos como estos últimos, orientados a asegurar una protección robusta de los derechos de las personas, resultan extrañamente polémicos para algunos. Por suerte, de todos modos, y a los fines de este trabajo, no necesitamos insistir con esta última versión, más polémica, sobre los derechos. A la hora de llevar adelante este nuevo “test” sobre el funcionamiento de la Corte Suprema argentina, podemos conformarnos con una versión menos robusta sobre los derechos humanos y reflexionar sobre la actuación del tribunal en resguardo de esta versión más modesta de los derechos. La pregunta es entonces si la Corte argentina, a pesar de sus inconsistencias, y a pesar de su falta de compromiso con la democracia, ha sido al menos respetuosa de la temprana y remarcable promesa que hiciera en sus comienzos, en el caso “Sojo”,⁴⁷ para distinguirse como adalid de la Constitución, a la que calificara como “el palladium de la libertad”.⁴⁸ En lo que sigue, examinaré dos grandes áreas de temas que nos hablan de la relación entre la justicia y la protección de la libertad. La primera tiene que ver con el modo en que reaccionó la Corte frente a situaciones de emergencia, y el modo en que resguardó el debido proceso. La segunda tiene que ver con el modo en que reaccionó la Corte frente a los casos en que se encontraba en riesgo la protección de las acciones privadas de las personas.

4.1. Debido proceso y situaciones de emergencia.

La doctrina de las cuestiones políticas no judiciales

La primera área que examinaré (y que merece ser estudiada tanto desde la perspectiva de los derechos humanos como

⁴⁷ Fallos, 32:120 (1887).

⁴⁸ En el conocido caso “Sojo”, la Corte había apelado a palabras altisonantes para referirse a la Constitución como “el palladium de la libertad”. La Constitución, había dicho, era “el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales, cuya conservación inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objetivo primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la justicia federal”. Así enunciado, estos objetivos parecían encajar bien con los que fueran los principios básicos del constitucionalismo.

desde la revisada perspectiva procedimental) gira en torno al cuidado del debido proceso, es decir, del resguardo de las más básicas garantías jurídicas, buscando que nadie sea objeto de un tratamiento arbitrario por parte del Estado. En este campo, nuevamente, los tribunales pueden y seguramente merecen ocupar un lugar protagónico, protegiendo a cada individuo frente a las posibles amenazas del abuso estatal. Si dicha custodia judicial es deseable y necesaria en contextos "normales", ella se torna imprescindible en contextos de crisis y emergencia político-social en donde, justamente, las posibilidades del exceso estatal se potencian. Sin embargo, ya contamos con indicios para anticipar que el rol jugado por la Corte no ha sido bueno, al conocer su actitud general frente a los gobiernos *de facto*. Veremos aquí, por lo demás, que dicha actitud se reprodujo también durante los gobiernos *de iure*, y frente a la declaración —muy habitual dentro de la historia argentina— del estado de sitio o las intervenciones federales ordenadas por el Ejecutivo nacional. Es decir, en los momentos en que más se necesitaba de su protección la Corte tendió a dar un paso atrás para dejar desvalidos y sin protección a los individuos —ello, a pesar de que en ocasiones haya escondido su actitud cómplice detrás de parrafadas grandilocuentes.

Comenzaré este análisis llamando la atención sobre cuál fue el criterio que, de modo explícito, el tribunal supremo tomó como guía para su actuación en casos de emergencias jurídicas. La Corte sostuvo al respecto que, frente a estas situaciones de crisis extrema, "[la] facultad del Estado de reglamentar los derechos de acuerdo con los fines públicos que la justifican puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad, en momentos excepcionales de perturbación social o en otras situaciones análogas de emergencia y urgencia". Es decir, en lugar de reconocer que era justamente en las situaciones de crisis en donde más se necesitaban los controles judiciales, la Corte sostuvo que ellos eran los casos en donde el poder público debía contar con mayor libertad de acción. En coherencia con dicho principio, la Corte tendió a jugar un rol muy opaco frente a las situaciones de intervención federal. Fue así como en casos como "Cullen",⁴⁹ u "Orfila",⁵⁰ la

⁴⁹ Fallos, 53:420 (1893).

⁵⁰ Fallos, 154:192 (1929).

Corte permitió la expansión sin reparos de las facultades de acción del Poder Ejecutivo en circunstancias de crisis. En estos casos, vinculados a las capacidades del Ejecutivo en relación con las intervenciones federales; como en otros referidos a los poderes del presidente durante el estado de sitio; u otros más referidos a los poderes de un presidente *de facto* para restringir derechos individuales (como en los casos de censura a la prensa o clausura de diarios, como *Primera Plana* o *Azul y Blanco* que analizamos más adelante), la Corte recurrió a la llamada doctrina de las *cuestiones políticas no judiciales*, a través de las cuales, de modo habitual, avaló acríticamente lo actuado por el poder político en situaciones de crisis. Dicha doctrina, entonces, tendió a servir como paraguas argumentativo ideal para librar de todo escrutinio judicial efectivo a los potenciales o reales avasallamientos a la libertad impulsados por el Ejecutivo.

Conviene detenerse algo más en el criterio abstencionista adoptado por la Corte en situaciones de grave crisis social, y especialmente frente al extremo del estado de sitio. Así, a poco de producido el primer golpe de Estado argentino, en 1930, en el caso "Bertotto",⁵¹ la Corte sostuvo que el estado de sitio implicaba la suspensión de todas las garantías constitucionales incluyendo —lo que era objeto del caso en cuestión— el derecho de libertad de imprenta. En el célebre caso "Siri",⁵² la Corte creada durante la Revolución Libertadora contradijo de modo muy elogiable lo que el tribunal había sostenido poco tiempo atrás en "Bertotto", o en "Malvar",⁵³ y afirmó que bastaba la "comprobación inmediata de la restricción ilegítima de las libertades [de imprenta y trabajo], para que la garantía invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué caso y con qué justificativo son requeridas para proceder a su allanamiento y ocupación". Al poco tiempo, el tribunal ratificó este criterio

⁵¹ Fallos, 168:15 (1933).

⁵² Fallos, 239:459 (1957).

⁵³ Fallos, 169:103 (1934).

protectivo en el también célebre caso "Kot",⁵⁴ aunque en esta ocasión para defender a un propietario textil de la ocupación que había sufrido su fábrica por parte de sus obreros (y luego de un conflicto que la justicia había definido de modo desfavorable para los últimos). Conviene no olvidar, de todos modos, que la propia Corte que decidía en "Siri" —expandiendo, aparentemente, la protección de los derechos individuales— fue la que, a partir del caso "Cantarini",⁵⁵ y bajo la Presidencia del Dr. Alfredo Orgaz, pulverizó los compromisos constitucionales con los derechos sociales fijados durante el período peronista (la Corte sostuvo entonces que "el art. 37 de la Constitución de 1949 sólo contenía declaraciones teóricas y no añadían derecho alguno").⁵⁶ Más aún, fue esta misma Corte la que, poco después, avaló la derogación a través de un decreto ley de la Constitución peronista de 1949, y la subordinación de la (re-puesta) Constitución de 1853 a "los fines de la Revolución

⁵⁴ Fallos, 241:291 (1958).

⁵⁵ Fallos, 237:272 (1957).

⁵⁶ El entonces procurador general Sebastián Soler sostuvo en dicho caso que los derechos sociales incorporados a la Constitución "eran meros enunciados verbales" y "fórmulas de propaganda partidaria" (Pérez Lastra, 2001, p. 193). Como describiera Julio Oyhanarte, la Corte de la Revolución Libertadora actuó entonces "como si entre el último fallo de la Corte de Repetto y el primero de la Corte de Orgaz hubiese un vacío de casi diez años (ignorando así) veinticinco tomos de la colección de Fallos del tribunal". Véase Onuésare: *ob. cit.*, p. 109. La actitud de esta Corte contrastaba así con la asumida por la Corte anterior —actuante durante el gobierno peronista, y sobre todo durante el período presidido por el abogado (nacionalista y muy vinculado con la Iglesia) Tomás Casares—. Esta Corte fue muy fuerte en la afirmación de los derechos sociales. Así, en casos como "Eraso" (Fallos, 208:497, 1947), o "S.A. Comercial Staudt" (Fallos, 229:368, 1954) en donde se defendían los principios de la doctrina social de la Iglesia, se subordinaba la propiedad al bien común, y se afirmaba la importancia de "eliminar el riesgo de que la acción sindical se dirija a la suplantación del Estado por la dictadura del proletariado así como para promover la recuperación del orden natural en la estructura misma de la sociedad y resguardar el orden público y la paz social". Esta visión "social" de la Corte del peronismo se acompañó, sin embargo, con una postura muy restrictiva en materia de derechos civiles y políticos. En tal sentido, y por tomar algunos ejemplos relevantes, el tribunal avaló la clausura de periódicos del interior del país dispuesta por la comisión parlamentaria encabezada por el diputado José Visca (caso "José San Miguel" Fallos, 216:606, 1950); o aceptó el traslado de un juez sin el consentimiento de éste (caso "Stegmann", por ejemplo, Fallos, 227:688, 1953).

[Libertadora]... y las necesidades de la organización y/o conservación del gobierno provisional". Esta grave distorsión sobre el derecho argentino tuvo como única respuesta la digna renuncia del ministro de la Corte Jorge Vera Vallejo, que contrastó con la aquiescencia demostrada por sus pares frente a lo realizado por el poder militar.

En casos como *Primera Plana*,⁵⁷ *La Hora*,⁵⁸ *Norte*,⁵⁹ y *Azul y Blanco*,⁶⁰ la Corte afirmó de modo explícito que la restricción de derechos propia de las situaciones de estado de sitio alcanzaba también a la libertad de prensa, aun cuando se reservaba un control final sobre la razonabilidad de las medidas tomadas durante la emergencia. En "Sofía",⁶¹ resuelto en 1959, la Corte avaló la suspensión de garantías vinculadas con los derechos "individuales, civiles y políticos, en relación con la necesidad razonable de prevenir la emergencia que le dio motivo". En "Rodríguez",⁶² resuelto en 1962, aprobó la constitucionalidad del juzgamiento de civiles en manos de tribunales militares, como lo había hecho antes (p. ej., el caso "Ruggero", de 1960, aprobando el plan "Conintes" por el cual —entre otras disposiciones— se sometía a los civiles a la jurisdicción militar; o en 1955 con el caso "Rowe", en donde se denegó la validez del *habeas corpus* frente a sentencias ya firmes). Esta decisión sería retomada y reafirmada durante el gobierno militar del Proceso de Reorganización Nacional, en donde las violaciones de derechos humanos alcanzaron niveles masivos y extremos. El tribunal sostuvo entonces que "no se ha demostrado... que suscitada una situación de emergencia como la que se tuvo en cuenta al sancionarse la norma atacada, fuese incompatible con la Constitución Nacional la sanción de leyes excepcionales que someten a los civiles, en ciertos supuestos, a la jurisdicción de los tribunales militares".⁶³

⁵⁷ Fallos, 276:72 (1970). Frente a la clausura del diario *Primera Plana*, la opinión del juez Marco Aurelio Risolia fue la única que dejó en claro que el estado de sitio debía verse como "un recurso extremo transitorio para preservar y no para suprimir el imperio de la Constitución". PELLER LASTRA, A.: *Historia política de la Corte, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2001.

⁵⁸ Fallos, 238:41 (1956).

⁵⁹ Fallos, 244:59 (1959).

⁶⁰ Fallos, 250:832 (1961).

⁶¹ Fallos, 243:504 (1959).

⁶² Fallos, 254:116 (1962).

⁶³ LL, 1979-B, 155; y también LL, 1979-A, 501. Tomado de GARCÉS: *ob. cit.*, p. 26.

Durante la vigencia del Proceso, la Corte volvió a ocupar su rol legitimante de una autoridad ilegítima y enemiga de los derechos. Así, por ejemplo, para reconocer la validez de las actas institucionales militares que suspendían el derecho de opción de salida del país que la Constitución establece en su art. 23 para casos de arresto o traslado a un punto a otro del país. Según la Corte "no pueden considerarse arbitrarios ni irrazonables los medios adoptados para asegurar el logro de los propósitos y objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional que se juraron observar conjuntamente con la Constitución Nacional, único juicio éste que compete en la materia a los tribunales de justicia". Cabe señalar que, como resultado de esta decisión "[los] detenidos, en estos casos, no recuperaron su libertad ni se les concedió la opción para dejar el país, que constituye el único recaudo previsto por la Constitución para que la privación de libertad dispuesta por el Poder Ejecutivo no se convierta en pena".⁶⁴ La Corte volvió a sostener, además, que "ante situaciones de emergencia resultan válidas las reglas excepcionales que someten a los civiles al juzgamiento de la jurisdicción militar ("Saragovi");⁶⁵ y avaló, más adelante, los distintos regímenes de arresto "a disposición del Poder Ejecutivo" fijados por la Junta Militar, frente a los que consideró "inoficioso" todo control de razonabilidad, dada la inexistencia de un "agravio suficiente"; y en casos en donde llegó a considerar irrazonable la detención de un individuo, el tribunal se negó a ordenar su liberación inmediata, para limitarse en cambio a darle la opción al Ejecutivo de trasladarlo fuera del país o someterlo a un régimen de "libertad vigilada".⁶⁶ Cabe reconocer que la Corte tuvo entonces algunas decisiones valiosas, como la que ordenara la puesta en libertad del periodista Jacobo Timerman,⁶⁷ pero respecto de las cuales ha-

⁶⁴ GROISMAN: *ob. cit.*, p. 19.

⁶⁵ *Fallos*, 300:1173 (1978).

⁶⁶ Véase GROISMAN: *ob. cit.* Véase también "Urteaga", *Fallos*, 304:1098 (1982); "Moya", *Fallos*, 303:896 (1981). La "libertad vigilada" implicaba que el sujeto en cuestión perdía, además de su libertad ambulatoria, el derecho de reunirse con otras personas que no fueran sus familiares, y que tuviera la obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades de turno, y sufra la prohibición de llevar a cabo actividades que "la autoridad competente" considerara inconvenientes.

⁶⁷ *Fallos*, 300:816 (1978). Véase también *Fallos*, 301:771 (1979).

bría también que llamar la atención. En dos decisiones habitualmente consideradas históricas en tanto símbolos de la defensa que hiciera la Corte de las libertades básicas individuales en tiempos de emergencia —en “Pérez de Smith”⁶⁸ (frente a un *habeas corpus* promovido por la esposa del dirigente gremial Oscar Smith), y “Zamorano”—,⁶⁹ la Corte ocultó, bajo una retórica de custodia de las libertades, la protección del violador de ellas y el mantenimiento de la situación de ofensa a la libertad. En “Zamorano”, y a pesar de la apropiada exigencia al Ejecutivo de explicaciones precisas sobre las causas de detención del acusado, la Corte se negó a confirmar la decisión de Cámara que había establecido la libertad de Zamorano. Más aún, y luego de recibir una respuesta obvia del Ejecutivo acerca de las razones de la detención que había producido (el Ejecutivo sostuvo que Zamorano tenía “contactos comunistas”), la Corte avaló la capacidad de aquél para insistir con la detención de Zamorano. En “Pérez de Smith”, mientras tanto, junto con un loable requerimiento al Ejecutivo para que investigue la desaparición de personas que entonces se venía denunciando desde dentro y fuera del país, la Corte se declaró incapaz de investigar las denuncias del caso, por carecer de competencia originaria en él, una afirmación por lo menos polémica si se piensa en la gravedad de las situaciones del caso.⁷⁰ Cabe recordar, también, fallos como “P. de Bonafini”,⁷¹ en donde la Corte sostuvo la inadecuación del *habeas corpus* como remedio frente a la situación de desaparición de personas; o decisiones como “Celada”,⁷² en donde afirmó la impertinencia del mismo instrumento frente a sentencias firmes emanadas de tribunales militares. Estas posturas de la Corte eran coherentes con una

⁶⁸ Fallos, 300:1282 (1976).

⁶⁹ Fallos, 298:441 (1977).

⁷⁰ De acuerdo con Leopoldo Schiffrin (citado en Groisman 1987: 24), la Corte “está obligada a intervenir directamente” en este tipo de casos, dada la presencia de un “virtual conflicto institucional de gravísimas proporciones y [de] una simultánea privación de justicia que conmueve a la comunidad argentina nacional e internacional... Por ello, y en virtud de lo dispuesto desde hace tiempo por la norma para resolver este tipo de conflictos (art. 24, inc. 7º del dec. ley 185/58) la Corte Suprema está obligada a intervenir directamente”.

⁷¹ Fallos, 304:523 (1982).

⁷² Fallos, 303:1354 (1981).

historia propia poco efectiva en la protección de particulares ante la solicitud de revisión de la prisión preventiva o frente a pedidos de excarcelación.⁷³

Con la reinstauración de la democracia, en 1983, y luego de unos primeros años de orientación garantista, ratificada en casos como (el ya citado) "Fiorentino", el tribunal retornó a su senda no protectiva a partir de casos como (el también citado) "Ferrer". La Corte nombrada por Alfonsín también avaló las normas dictadas por el entonces Presidente para poner fin a los procesos de juzgamiento a los militares culpables de aberrantes violaciones de derechos humanos.⁷⁴ Ya en su nueva composición, y en "Bramajo",⁷⁵ uno de los fallos recientes más notables en esta línea, la Corte se pronunció en contra de la liberación de un individuo que llevaba tres años de detención sin condena. El caso resulta extraordinario para advertir tanto la insensibilidad de la Corte frente a este tipo de gravísimas violaciones a la libertad individual, como para ilustrar acerca de su modo de argumentar. En dicha ocasión, la Corte citó —desacostumbradamente— la Convención Americana de Derechos Humanos pero no, como podía esperarse (y conforme al sentido de la Convención), para reforzar los derechos del detenido, sino para socavarlos: los convencionales, preocupados por situaciones de este tipo, habían urgido en el tratado la celebración de juicios dentro de un "tiempo razonable", que impidieran la prolongación indebida de la prisión preventiva. Los miembros de la Corte, sin embargo, utilizaron dichas con-

⁷³ Carrió, A.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991. Véase, por ejemplo, "Pla" (Fallos, 281:271, 1971), en donde sostuvo que ambas medidas eran insusceptibles de revisión en cuanto a su constitucionalidad; o, de modo similar, "Machicote" (Fallos, 300:642, 1978); o "Aguilera" (Fallos, 303:321, 1981).

⁷⁴ Su política en la materia zigueó entre la afirmación de la necesidad de someter a la justicia a los militares (a partir de casos como "Lami Dozo", Fallos, 306:911, 1984, en donde respaldó la decisión de la Legislatura de anular la ley de autoamnistía dictada por el propio gobierno militar; "Videla", Fallos, 306:2101, 1984, afirmando la constitucionalidad de la modificación de la competencia de los jueces para el juzgamiento de las juntas militares; o "Juntas militares", Fallos, 309:1689, 1986, en donde confirmó las condenas fijadas por la Cámara Federal sobre los integrantes de las juntas militares) y el respaldo a las decisiones del Ejecutivo de poner fin a su juzgamiento ("Camps", Fallos, 310:1163, 1987; o "Jofré", Fallos, 311:80, 1988, declarando la validez de la aberrante ley de obediencia debida).

⁷⁵ Fallos, 319:1840, 1842-3 (1996).

sideraciones protectivas en su sentido inverso, para amparar (en lugar de poner término) a una situación de condena efectiva sin juicio: Bramajo no tenía motivos de queja, dado que la idea de tiempo razonable no implicaba un término definido para la evaluación jurídica de su caso.

Más allá de cuáles sean los límites adonde deba llegar la Corte en ejercicio de sus deberes protectivos de las libertades de las personas, debiera ser claro que su actitud favorable a los poderes extraordinarios del Ejecutivo en situaciones de emergencia; su convalidación de las normas privativas de la libertad física en tales casos; su disposición a amparar restricciones en todos los derechos fundamentales; su premura para aceptar como válida la prohibición de salida del país dispuesta por el Proceso (única carta de supervivencia para muchos de los detenidos de entonces); su habitual aval a la jurisdicción de los tribunales militares en causas que involucraban a civiles, nos hablan de su respaldo al poderoso más que de su actitud protectora hacia una ciudadanía debilitada.

4.2. Autonomía, razones públicas, deliberación colectiva

La Corte tampoco acertó en sus decisiones relativas al resguardo de la moral privada de las personas. Nuevamente, a la hora de "testear" la labor del tribunal en este terreno, podríamos aplicar estándares más o menos estrictos, pero sugeriría utilizar los últimos —los menos exigentes— dado que no es necesario entrar en detalles finos, ni conveniente entrar en polémicas (p. ej., acerca del modo exacto en definir "privacidad") para contar con elementos de juicio con los que evaluar lo hecho por la Corte al respecto. Una serie de casos interesantes para comenzar este estudio son los relativos al consumo personal de estupefacientes. En este respecto, uno podría simplemente repudiar los violentos cambios de orientación del tribunal —a los que nos hemos referido *supra*— o podría tomar en cuenta el modo más bien ridículo —si no fuera trágico— en que se acercó a la idea constitucional de privacidad (para considerar no privadas todas aquellas acciones que "de algún modo" afectaran la moral pública —o sea todas— brutalizando el uso constitucional del concepto). Sin embargo, podemos dejar de lado tales análisis para concentrarnos en su lugar en cuestiones todavía más básicas, relacionadas con el tipo de argu-

mentos usados por la Corte para resolver dichos casos. Según veremos, dichos argumentos nos hablan de la renuencia de la Corte a apelar a razones públicas, de su inclinación a tomar partido por una determinada concepción del bien por encima de todas las demás. Fue así como en "Colavini", resuelto en 1978, la Corte basó su decisión —orientada a penalizar el consumo personal de estupefacientes— en el carácter "vicioso" de sus consumidores y en el impacto que dicha conducta podía apa-rear, produciendo la desintegración moral de la sociedad. De modo similar (y luego de un notable fallo adverso a la doctrina anterior, en el citado caso "Bazterrica"), en "Montalvo" la Corte reforzó la postura perfeccionista sostenida en "Colavini", haciendo referencia a la necesidad de ocuparse de "la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia [de] la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda". El punto es, más allá de lo atacable de dichos fallos por la paupérrima concepción de la privacidad que aparecía en ellos, la disposición de la Corte a fundar sus decisiones en una particular visión acerca del modo en que las personas deben vivir, tanto como su disposición a sostener un particular modelo moral como válido —un modelo moral normalmente asociado con la religión católica—. El problema, por supuesto, no es que los jueces suscriban alguna ideología política o religiosa particular, sino que la ejerciten como funcionarios públicos, y la impongan sobre los demás utilizando el apoyo de la fuerza estatal.

Criterios similares se advierten en la fundamentación de otros casos significativos como "Ekmekdjian", en donde la Corte mostró un súbito reconocimiento del derecho de réplica y de la aplicabilidad de los tratados internacionales para dar cumplimiento a un fin insólito: reconocerle el derecho a réplica a un ciudadano que se había sentido afectado por los comentarios que había hecho otro particular, en TV, en torno a la Virgen María.

En otras muchas ocasiones, la Corte dejó en claro su directa hostilidad hacia la noción de un debate público robusto, a la vez que su convicción de que ciertas ideas debían ser desplazadas de —en lugar de incorporadas a— la discusión colectiva. Ello puede reconocerse fácilmente en algunos de los *leading cases* de nuestra Corte, en materia de ideologías políticas (quiero decir, no en decisiones marginales sino en casos centrales dentro de su jurisprudencia). Así, en el vergonzoso

fallo "María Elena Álvarez de Schuster"⁷⁶ la Corte sostuvo que el derecho de reunión presuponia "la existencia de una causa lícita como requisito indispensable para su ejercicio", y que la reunión en cuestión, en cambio, tenía "propósitos comunistas bien definidos". El comunismo, afirmó la Corte, debía ser perseguido dada su tendencia a "arrasar con las instituciones que reposan en el respeto a la propiedad, a la familia y a la libertad, para reemplazarlas por la dictadura del proletariado". Este notable fallo fue seguido por numerosos otros similares, como "Antonio Sofia", en donde el tribunal reconoció la validez de una prohibición impuesta a un mitin de la "Liga Argentina por los Derechos del Hombre", tendiente a analizar la situación vigente en Paraguay en materia de derechos humanos. La organización, se sostuvo, tenía antecedentes de "ser de extrema izquierda". Esta peculiar ideología, que sirvió para que la Corte limitara derechos como el de reunión o asociación, guió también al tribunal en muchas de sus decisiones sobre propiedad, particularmente en la época en la que estuvo liderada por el juez Bermejo, para quien el exceso reglamentario debía ser combatido por el riesgo de caer en "un comunismo de Estado en que los gobiernos serían los regentes de la industria y del comercio y los árbitros del capital y de la industria privada".⁷⁷ Así también, en "Comité Radical Acción",⁷⁸ la Corte dejó en claro su falta de compromiso con el valor de la discusión crítica, y su peculiar mirada sobre los derechos.⁷⁹ El tribunal superior

⁷⁶ Fallos, 191:388 (1941).

⁷⁷ La cita es, en este caso, de la opinión disidente de Bermejo en "Ercolano".

⁷⁸ Fallos, 156:81 (1929).

⁷⁹ Carlos Nino resume bien la tarea histórica de la Corte en un área paralela a la citada, la de la libertad de expresión. En su opinión, la Corte "ha prácticamente frustrado... la prohibición de legislación y jurisdicción federal en materia de expresión... ha admitido limitaciones *ex post facto* de la expresión en la protección de derechos de los individuos, como son el honor o la intimidad... aunque no ha desarrollado claros criterios para distinguir los daños cometidos por el ejercicio de la libertad de expresión que pueden ser objeto de interferencia estatal *ex post facto* de los que son inmunes aun a tal interferencia posterior y... no ha avanzado prácticamente nada, salvo en lo que hace a la publicación de sentencias condenatorias por delitos contra el honor, en el campo del aspecto activo de la libertad de expresión, que implica... dar oportunidades efectivas y equánimes a los ciudadanos —como el derecho de rectificación, el acceso igualitario a medios masivos, etc.—, para que la libre expresión de ideas y actitudes no sea, de hecho, un privilegio de alcance restringido". Nino: *Fundamentos...*, cit., p. 280.

admitió entonces la constitucionalidad del edicto policial que prohibía, en razón del cuidado del tráfico, el desarrollo de un acto político por parte de los miembros de aquella entidad. En su fallo, el tribunal sostuvo: "Si las facultades policiales de los poderes locales para velar por el orden, la tranquilidad, la moral y la higiene públicas han sido repetidamente reconocidas... no puede negarse a las autoridades del distrito federal el derecho de tomar injerencia sobre las reuniones públicas en la posibilidad de dictar reglamentos generales o edictos encaminados a llenar esos fines, siempre que sean razonables, uniformes y no impliquen un efectivo desconocimiento del derecho de reunión". Otra vez, la difusión de ideas y críticas políticas aparecía subordinada a cuestiones tales como el orden y la higiene, quedando como una actividad subprotegida (en lugar de superprotegida) por la justicia.

5. Minorías y grupos desaventajados

Un último "test" que quisiera examinar tiene que ver con el tratamiento dispensado por los tribunales a las minorías desaventajadas de la sociedad. El "test" resulta, para muchos, el "test" crucial, especialmente en sociedades como la nuestra, organizadas en torno a la regla mayoritaria. El razonamiento es simple: en comunidades donde rige el principio mayoritario, la vida política —las decisiones públicas en definitiva— también tienden a girar en torno a las preferencias de las mayorías, por lo que algún poder debe velar por los derechos de quienes no acostumbran a integrar esa coalición victoriosa.⁸⁰ Por eso mismo, algunos de estos autores cualifican su enfoque sobre la cuestión, para concentrarse en la situación de las minorías marginadas y aisladas del resto, minorías sobre las que existen extendidos prejuicios. Dichos grupos son los más riesgos tienen de sufrir el acoso de mayorías.⁸¹ Participe de este enfoque, Ronald Dworkin rechaza la posibilidad de asociar la idea de democracia con el mero respeto de la regla mayoritaria. Dicha actitud, sugiere, representaría la simple defensa de una noción (que él denomina) "estadística" de la democracia,

⁸⁰ Fiss, O.: "Groups and Equal Protection Rights", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, n° 2, 1976, pp. 107-177; Ely, J.: *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1981.

⁸¹ Ely: *ob. cit.*

es decir, una preocupada sólo por los grandes números. Frente a dicho criterio, Dworkin defiende (lo que denomina) una concepción "constitucional" de la democracia, que ve en ella un sistema que procura honrar tanto los derechos de las mayorías como los derechos de las minorías y en el cual los jueces se orientan fundamentalmente en esta última dirección.⁶²

Una argumentación similar puede verse en Bickel,⁶³ para quien también resulta claro que el Poder Judicial puede y debe jugar un papel central en la protección de los derechos de las minorías. Para Bickel, las propias condiciones dentro de las cuales los jueces llevan adelante su tarea —el tiempo que tienen para decidir, sus conocimientos técnicos, su relativo aislamiento político— los sitúa especialmente bien para lidiar con problemas que los órganos políticos tienden a descuidar: dentro de dichas cuestiones, obviamente, se encuentra prioritariamente la protección de los intereses de las minorías. Alguien podría decir, en sintonía con este tipo de enfoques, que así como la democracia ha reservado a algunas ramas de gobierno la misión especial de proteger los intereses mayoritarios, también ha hecho lo propio con los intereses minoritarios, encargándole a los jueces su protección.

La pregunta es, entonces, si la Corte ha sido capaz de superar el "test" que le impondrían tales autores, para constituirse en paladín de los derechos de los grupos más débiles de la sociedad. Y lo cierto es que, a pesar de una breve etapa en donde la Corte proclamó al menos su disposición a privilegiar la defensa de los derechos sociales,⁶⁴ también acostumbró a

⁶² DWORKIN, R.: *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

⁶³ BICKEL: *ob. cit.*

⁶⁴ Sobre todo, de la mano de Arturo Sampay, durante el gobierno peronista de 1973, y a través de casos como "Barcaza", donde afirmó el principio *in dubio pro iustitia sociali* (Follos, 289:430, 1974); o "Swift-Deltec" (Follos, 286:257, 1973). Volviendo a caricaturizar (o distorsionar aún más) las discusiones interpretativas arriba referidas, aquí se sostuvo que las leyes "deben ser interpretadas a favor de quienes al serlas aplicadas... Consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad". La idea era que los recursos "con que [cuenta la sociedad permiten que] todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización". Y retomando casos anteriores referidos a las personas desvalidas, agregó que "es de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor (Follos, 5:459)". Una descripción al respecto en GU. DOMESTICO, A.: "La Corte Suprema: Poder Cuestionado", *Todo es historia*, n° 48, pp. 6/10.

destacarse por asumir la posición contraria a aquélla. Más particularmente, casos recién revisados, como "Sofía", o "María Elena Álvarez de Schuster", nos hablan de la actitud directamente contraria a la aconsejada por aquellos teóricos, con los jueces (no protegiendo, sino) a la vanguardia de la persecución de grupos con ideologías opuestas a la mayoritaria. Dicha actitud persecutoria se vio ratificada en una desgraciada doctrina, también abrazada por nuestra Corte, referida a los "partidos antisistema". Conforme a ella, la Corte justificó el desplazamiento de ciertos partidos políticos de la escena pública, en razón del radicalismo de su ideología. Así, por ejemplo, en el fallo "Partido Obrero",⁸⁵ la Corte confirmó la denegación de personería a dicho partido por entender que éste presentaba un "programa [doctrinario] ficticio" con el mero objetivo de obtener su reconocimiento, cuando, a su juicio, era evidente que "el programa real y verdadero, aunque oculto", demostraba que se trataba de una organización subversiva. El Estado, afirmó el tribunal, debía contar con medios para garantizar su subsistencia, entre los cuales no podía estar ausente el de rechazar la personería de este tipo de agrupaciones "antisistema". La Corte mantendría esta opinión más tarde, en una diversidad de fallos.⁸⁶

Con la vuelta a la democracia, en 1983, el máximo Tribunal alcanzó a producir algunos fallos interesantes, en reconocimiento de la diversidad de ideas y los modelos de vida alternativos a los mayoritarios. Así, en "Sejean",⁸⁷ la Corte aceptó la posibilidad de que las personas divorciadas contrajeran nuevas nupcias, poniendo fin a una etapa en que se desconocía dicho derecho, fundamentalmente, en nombre de las supuestas pretensiones de la mayoría católica del país. De modo igualmente relevante, en "Portillo",⁸⁸ la Corte dio un significativo paso adelante en su doctrina para reconocer el derecho de un objetor de conciencia a no hacer uso de armas y así, por lo tanto, a no llevar a cabo la instrucción militar obligatoria, vigente entonces en el país. Al poco tiempo, en su nueva composición, y reaccionando contra esta fugaz línea de fallos, protectiva de

⁸⁵ Fallos, 253:133 (1962).

⁸⁶ P. ej., "Adhemar Robustiano Moreno y otros", Fallos, 246:237 (1960); "Sindicato de Músicos", Fallos, 248:798 (1960).

⁸⁷ Fallos, 308:2268 (1986).

⁸⁸ Fallos, 312:496 (1989).

la conciencia individual, la Corte volvió a manifestar su hostilidad frente a los grupos minoritarios, como ocurriría típicamente con los grupos homosexuales. En la decisión más importante tomada al respecto —el caso "C.H.A."—²² la Corte avaló la denegatoria de la personería jurídica a los miembros de la comunidad homosexual alegando razones abiertamente perfeccionistas. En la opinión de alguno de sus miembros —en este caso, Rodolfo Barra, uno de los integrantes que más daño causara al ya reprochable historial de la Corte— era claro que "[si] el fin emergente de los estatutos de la C.H.A. es bregar por la equiparación jurídica y social de las personas homosexuales (falta de equiparación cuya real existencia, por lo demás, no fue demostrada en la causa) resulta claro que la búsqueda de la citada equiparación presupone una cierta defensa pública de la condición de homosexual, en tanto que aquélla configura una forma de vida merecedora de la misma valoración que las restantes". El Estado —concluyó Barra— no podía ser "forzado a compartir públicamente con la C.H.A. su valoración de la condición de homosexual, admitiendo por esta vía que tal valoración coincide con el bien común". Notablemente, dicha argumentación suponía primero, erróneamente, que el reconocimiento de la organización implicaba para el Estado la defensa pública de los ideales particulares de dicho grupo (como si el reconocimiento de un nuevo culto religioso por parte del registro nacional de cultos implicara convertir al Estado en adherente a él); y segundo, lo que es más importante, ella colocaba a los miembros de la C.H.A. un escalón por debajo de los demás habitantes, en razón de una concepción de vida que —asumía el juez Barra— era obviamente menos valiosa que la del resto de los habitantes del país. Asumiendo una posición todavía más radical, el juez Boggiano, en el mismo caso, demostró su inclinación a poner su propia visión del bien (en este caso, su peculiar visión del cristianismo) por encima de las restantes, hasta el punto de afirmar que "[u]na minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual fueran tantas las minorías que reclamasen tolerancia que ya no podría haber mayoría alguna. La democracia requiere un sustento de valores comunes. Y la desintegración de estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la

²² *Paños*, 314:1531 (1991).

sociedad, indispensable para su gobierno mismo". Conviene advertir la peculiar calidad de este razonamiento, conforme al cual las minorías sin poder no resultan grupos merecedores de una hiper-protección judicial (conforme a lo que podrían sostener los defensores del "test" de las minorías) sino que, por el contrario, aparecen como una permanente amenaza para la cohesión requerida por el Estado —amenaza frente a la cual el Estado debe reaccionar poniendo límites a los requerimientos de tales grupos—. La Corte repetiría este patrón, también, con otros grupos especialmente necesitados de protección (p. ej., los enfermos de SIDA).⁹⁰ Más gravemente aún, en casos como "Prodelco"⁹¹ y "Consumidores Libres",⁹² la Corte directamente le negó respaldo a algunas de las herramientas más significativas creadas por la nueva Constitución para favorecer el resguardo de los intereses de los grupos más desaventajados, léase, el amparo colectivo, fundado en el reconocimiento de los derechos colectivos.

6. Conclusiones

Según entiendo, este balance de lo actuado por la Corte argentina a lo largo de su historia muestra que el tribunal no es capaz de superar ninguno de los "tests" sugeridos. Quienes consideran la consistencia en las decisiones como un valor primario que el tribunal debe honrar, se encuentran con que la Corte tiene a la inconsistencia —brutal, acelerada— como uno de sus rasgos más distintivos. Quienes consideran que la tarea primordial de la Corte es la de contribuir a salvaguardar y fortalecer la democracia, se encuentran con un tribunal que ha salido presuroso a dar respaldo a todos los gobiernos militares, a cada uno de los quiebres sufridos por nuestra vida democrática, dando vida a una doctrina *de facto* que nos avergüenza frente al mundo, y que debiera llamar a sus miembros a la vergüenza. Quienes consideran que la misión principal de la Corte es la de mantener en pie el carácter republicano de nuestros gobiernos —la división de poderes, tanto como el sis-

⁹⁰ Véase la línea de sus argumentos en casos como "B.R.E. c/Policia Federal argentina", (Fallos, 319:3040, 1996).

⁹¹ Fallos, 321:1252 (1998).

⁹² *Ibidem*.

tema de "frenos y contrapesos"— se encuentran con que el tribunal ha sido protagonista, a lo largo de toda nuestra historia, de la paulatina desvirtuación de nuestras instituciones republicanas, y del creciente e indebido robustecimiento de los poderes presidenciales. Del mismo modo, y lo que resulta quizás más grave, tales analistas se encuentran con que la propia Corte ha jugado un rol primordial en el socavamiento de la misma autoridad de los tribunales, transfiriendo legalidad a las múltiples interferencias del Ejecutivo sobre la justicia (interferencias orientadas ya sea a "ganar" jueces "adictos" o a desplazar jueces "enemigos"). Quienes vinculan la justificación del accionar de la Corte con la protección de los derechos fundamentales, por su parte, advierten —asombrados— que el propio tribunal que había prohijado a institutos como el *habeas corpus* y el amparo lideró una paulatina tarea de degradación de ambas creaciones. Particularmente en las situaciones político-sociales más difíciles —situaciones de estado de sitio, de intervención federal, y especialmente durante los gobiernos militares— la Corte abandonó a los más necesitados de protección para insistir en su alineamiento con los poderosos. El criterio fue que en tales situaciones el gobierno necesitaba de un respaldo especial y no, justamente, el contrario: que eran los ciudadanos quienes requerían una protección adicional en dichos casos extremos. De modo similar, quienes consideran que la tarea primordial de la Corte es la de dar fundamento jurídico a la tolerancia, para asegurar el igual derecho de cada uno a vivir como quiere, se topan con un tribunal que ha avanzado en la dirección contraria. En efecto (y salvo notables excepciones), la Corte sólo ha radicalizado una tendencia cotidiana en las instancias inferiores de nuestra justicia: la de alinearse con una particular ideología política, con una religión, o con una peculiar visión moral, para disciplinar a la ciudadanía desde allí, usando en su favor el poder, la autoridad y la fuerza estatal. Finalmente, y para quienes consideran que la Corte cumple bien con su labor si dedica sus principales energías a cobijar a las minorías desprotegidas, el máximo Tribunal vuelve a reservar una sorpresa desagradable. Y es que, en casos centrales dentro de su jurisprudencia —casos como "Sofía", "María Elena Álvarez de Schuster" o "C.H.A."— el tribunal se ha mostrado a la cabeza de la persecución pública de quienes viven distinto. Basta releer sus argumentos para sentir escalofríos

ante su concepción sobre la tolerancia, y piedad hacia los que abrazan una concepción del bien aparentemente opuesta a la de los integrantes del tribunal.

Llegados a este punto, conviene realizar algunas precisiones sobre lo dicho en las líneas anteriores. Ante todo, corresponde afirmar que *hemos recurrido a una pluralidad de enfoques teóricos para no proceder a evaluar a la Corte a partir de una única perspectiva, la propia*. El intento ha sido, más bien, el de mostrar que visiones académicas diversas pueden converger en una evaluación muy negativa de la labor histórica de la Corte. En este sentido, también corresponde señalar lo siguiente: es dable esperar que juicios como los avanzados hasta aquí provoquen, en algún lector eventual de estas páginas, una reacción en cuanto al carácter "extremo" de ellos. Enfrentado a dicha eventualidad, invitaría a dicho lector a reflexionar más detenidamente sobre el significado de decisiones judiciales como las expuestas, en cuanto a la evolución de la práctica democrática argentina. Le sugeriría que piense en las implicaciones de la doctrina *de facto* para nuestra vida política: le pediría que piense en las consecuencias que ha tenido para nuestra vida jurídica el aval judicial a la remoción de jueces "molestos", o al fortalecimiento del autoritarismo presidencial: le rogaría que se ponga en el lugar de quienes, en los momentos más dramáticos de nuestra historia, recurrieron a los tribunales en busca de la protección que le negaban las autoridades políticas: una militante de izquierda en el caso "Sofía", perseguidos políticos durante la vigencia de estados de excepción, defensores de los derechos humanos en el caso "María Elena Álvarez de Schuster". Tales decisiones no pueden sino ser vistas como horrorosas, una afrenta a nuestro común sentido de la justicia.

Consideraciones como las avanzadas hasta aquí no son demasiado severas frente a la historia del tribunal sino que, por el contrario, implican tomarse en serio su actuación, cuando habría muchas razones para resistirse a hacerlo. Uno podría hacer referencia, en este sentido, a una multiplicidad de circunstancias, iniciativas y prácticas propias de la Corte, que avalarían un juicio mucho más grave sobre su actuación. Uno podría mencionar la habitualidad con que la Corte manipula las citas de sus propios fallos o la jurisprudencia extranjera (sobre todo norteamericana) con el objeto de dar respaldo

autoritativo a decisiones que carecen de él.³³ Uno podría mencionar la inaceptable oscuridad y pobreza de muchas de sus argumentaciones. Uno podría mencionar el carácter marcadamente conservador de una amplia mayoría de los miembros que integraron al tribunal.³⁴ Uno podría mencionar a algunas prácticas de la Corte que darian razón para abandonar toda reflexión académica sobre su accionar (para tomar el reciente caso de la Corte "menemista", podría aludirse a la cotidianidad con que ésta ha utilizado a sus sentencias como meras "armas" de extorsión frente a los otros poderes —por caso, para poner fin al juicio político que pesaba sobre sus miembros—; al uso personal, por parte de los jueces, de rodados incautados y bienes secuestrados en procedimientos judiciales; al im-

³³ Estas manipulaciones resultan una constante en la historia judicial argentina. Una de las más famosas es la operada sobre la idea del jurista canadiense Albert Constantineau, quien había distinguido entre gobiernos *de facto* (aquellos ajustados al derecho), gobiernos *de jure* (aquellos que en su origen se encuentran afectados por algún vicio que puede ser subsanado, teniendo una apariencia de legalidad para una mayoría de la ciudadanía), y gobiernos usurpadores (aquellos que se originan a partir de actos de fuerza y contra la voluntad de quienes se encontraban legítimamente en el gobierno). La Corte, gracias al trabajo de Roberto Repetto (quien se enfrentara entonces a José Figueres Alcorta, quien consideraba que sus miembros debían renunciar a sus cargos, rechazando la legitimidad del nuevo gobierno), confundió las últimas dos categorías en su famosa Acordada del '30, refiriéndose al gobierno que llegaba al poder gracias al poder de las armas como un gobierno *de facto*, y no como un gobierno usurpador. Repetto avanzó esta propuesta teórica, por supuesto, apoyándose en la autoridad de Constantineau, y lo hizo desde un fallo anterior, "Moreno Postigo" (Fallos, 148:303, 1927) en donde la Corte falló acerca de la decisión de un juez sanjuanino luego de una intervención provincial. Entonces, y a partir de la opinión de Repetto, la Corte sostuvo que el fallo era válido "más allá del vicio o deficiencia en el nombramiento o en la elección de y funcionario", y ello por "razones de policía o necesidad, con el fin de mantener protegidos al público y a los individuos", y teniendo en cuenta que los últimos no podían "realizar investigaciones acerca de personas que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones".

³⁴ En uno de los pocos estudios empíricos realizados al respecto (que abarca el período 1930-1983), la socióloga Ana Ruiz clasifica a los miembros de la Corte entre conservadores (a partir de su tendencia a defender valores tradicionales) y liberales (a partir de su apertura a formas diversas de actuar y pensar). Conforme a su estudio, el 71,6 % de los miembros de la Corte del período señalado son de clara tendencia conservadora. Véase Ruiz, A.: *Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina (1930-1990)*, Buenos Aires, 1988.

perdonable "robo" de una de sus propias sentencias —perpetrado por uno de sus integrantes— como el que fuera denunciado por dos de sus propios miembros;⁶⁵ a la no excusación de algunos de ellos en causas que involucraban al ex presidente Menem, públicamente reconocido como amigo personal por éstos;⁶⁶ a la no excusación de una mayoría de ellos cuando se trataba el caso "Fayt"⁶⁷ que involucraba directamente a uno de sus miembros⁶⁸ a la no excusación del juez Fayt en la causa del "corralito" bancario, cuando él contaba con intereses directos en la resolución del caso; al abuso hecho por sus integrantes de las leyes previsionales e impositivas que manipularon para la obtención de beneficios personales).

Una vez expuesto este panorama, me permitiría aventurar algunas consideraciones finales. Ante todo, entiendo que lo dicho hasta aquí nos ayuda a ver que los problemas de nuestra Corte Suprema tienen que ver en parte, pero sólo en parte, con la violencia a que ha sido sometida por el poder político. Es decir, tales problemas sólo tienen una relación parcial con los gravísimos problemas que arrastramos, y que sintetizamos en la idea de la dependencia política de la justicia. La recurrencia con que las distintas composiciones de la Corte han humillado a la justicia nos hablan de problemas que, finalmente, trascienden la cuestión de meros nombres y alcanzan a cuestiones estructurales. Entiéndase bien, muchos de los integrantes de la Corte pudieron o pueden merecer reproches morales, intelectuales y aun penales, pero la gravedad de los problemas que enfrentamos van todavía más allá de aquellos nombres. No puede ser que la Corte, en sus numerosísimas composiciones, haya incumplido tan regularmente con sus deberes más importantes. En definitiva, tales habituales falencias nos hablan de cuestiones estructurales y no simplemente de problemas en torno a personas. Tal vez, estos problemas estructurales ten-

⁶⁵ En el caso "Banco Patagónico" (Folios, 314:1531 [1993]).

⁶⁶ Ésta fue una de las razones avanzadas por la Comisión de Juicio Político constituida en el 2002 en contra de los jueces Vázquez y Nazareno.

⁶⁷ Folios, 322:1609 (1999).

⁶⁸ CSJN del 19/8/1999, LL, 1999-E, 65. Como dijera el juez Petracchi en su disidencia de entonces, "por hallarse en tela de juicio la petición de un juez integrante de [la] Corte, en relación con la inamovilidad de los magistrados, se plantea en autos una situación... que impide que sean los miembros del propio tribunal quienes resuelvan el litigio (art. 30, C.FP).

gan que ver con sistemas de designación que han permitido que, casi inexorablemente, la Corte haya estado compuesta por integrantes varones, con una formación religiosa similar, y con una común afiliación a la clase media o media alta. Tal vez, estos problemas estructurales tengan que ver con la dificultad de los sectores más desaventajados de la sociedad para acceder al máximo Tribunal. Tal vez, dichas dificultades se relacionen con la extraordinaria amplitud del poder de la Corte. Tal vez, tales problemas tengan relación con el hecho de que ella se haya arrogado la capacidad de pronunciar la "última palabra" institucional, aun por encima de (y en contra de) el cuerpo más estrechamente vinculado con la voluntad de la ciudadanía. Tal vez, esos problemas se vinculen con las tremendas dificultades institucionales existentes para controlar a los miembros del tribunal, en lo que podría describirse como un intento exitoso de separar a la ciudadanía de la justicia.⁸⁰ Conviene advertir, en este sentido, que la sociedad no sólo encuentra enormes problemas para llevar exitosamente adelante un juicio político a los integrantes de la Corte frente a hechos delictivos. El hecho es que la sociedad no cuenta con absolutamente ninguna herramienta institucional para corregir lo dicho por el tribunal o reprocharle el contenido de sus sentencias. En definitiva, la Corte siempre puede insistir con sus posturas, más allá de la infinidad de demandas en contra que interpongan los ciudadanos; la multiplicidad de iniciativas que promuevan legislativamente; o las objeciones serias, comprometidas, y estables en el tiempo, que presenten frente a las decisiones del tribunal.

En vista de dificultades estructurales como las señaladas y teniendo en cuenta la muy censurable labor histórica de la Corte, la comunidad jurídica argentina tendría el derecho de preguntarse acerca de la justificación de la obediencia a las decisiones del máximo tribunal. ¿Debemos, como comunidad,

⁸⁰ Un intento, cabría decirlo, contrario al espíritu de la propia Constitución, que abriría puertas significativas a la integración ciudadana con la justicia, P. Cj., a través de un sistema de jurados simplemente ignorado por la práctica constitucional argentina —y dentro de ella, por la práctica judicial (véase P. Cj., "Loveira" Fallos, 115:92, 1911; "Diario La Frontera", Fallos, 165:258 (1932); "Tiffenberg", Fallos, 208:225, 1947; "Tribuna Democrata", Fallos, 208:21, 1947).

obedecer órdenes intrínsecamente inmorales, emanadas de un tribunal cuya tarea no se encuentra claramente justificada —ni constitucional ni teóricamente— y respecto del cual la ciudadanía carece de toda herramienta sensata de control? Aventura que para una mayoría de personas la respuesta a tales interrogantes es indudablemente positiva, pero sería interesante conocer si el fundamento de tales respuestas se encuentra en razones morales o constitucionales (las que no abundan),¹⁰⁰ o si en verdad dependen de razones meramente prudenciales (ante todo, el temor por las sanciones que los propios tribunales —paradójicamente— podrían disponer contra nosotros en tales casos).

¹⁰⁰ Por lo demás, habitualmente nos olvidamos del modo en que nuestras omisiones de actuar de un cierto modo generan violaciones de derechos. De modo todavía más fuerte, podría decirse que las inacciones de quienes participan de un modo u otro de las estructuras del Estado (en particular) implican el directo compromiso con un estado de cosas que puede resultar cotidianamente violador de derechos.

VI. "PIEDRAS DE PAPEL" Y SILENCIO: LA CRISIS POLÍTICA ARGENTINA LEÍDA DESDE SU SISTEMA INSTITUCIONAL*

I. Introducción

Los dramáticos hechos que cerraron el año 2001 e inauguraron el nuevo, en la Argentina, nos llaman la atención, entre otras muchas cosas, sobre el sistema institucional vigente en el país.¹ Resultó notable comprobar, en aquellos días, la incapacidad del diseño institucional argentino para anticipar, prevenir, procesar, o resolver conflictos políticos significativos. Resultó notable comprobar cómo, luego de doscientos años de vida independiente, la Argentina, como tantos otros países, sigue careciendo de una red de instrumentos que torne posible, para todos sus ciudadanos, expresar sus demandas y pedir cuentas por la insatisfacción de ellas. A partir de estas premisas, en lo que sigue procuraré aproximarme a los problemas sufridos por la Argentina en el último tiempo, desde el punto de vista de sus instituciones. Me interesará examinar cuánto ayudaron ellas a alentar o desincentivar la crisis finalmente desatada. Por supuesto, esta lectura representará, en el mejor de los casos, un acercamiento parcial a los hechos acontecidos. De todos modos, puede ayudarnos a entender mejor una porción del complejo mundo que la crisis del gobierno de De la Rúa abrió frente a nuestros ojos.

* Una versión anterior de este capítulo fue incluida en el Informe Anual sobre Derechos Humanos publicado por el Centro de Estudios Legales y Sociales en el año 2002.

¹ Por supuesto, me refiero al estallido de violencia política que culminó con una ascesión de recambios políticos de magnitud. Como resultado de dicho estallido, en primer lugar, el presidente De la Rúa debió abandonar su cargo a poco de inaugurarlo. Lo que siguió a dicha renuncia —que arrastró consigo, obviamente, al gobierno de la Alianza— fue una profundización de las crisis política y económica ya reinante en la Argentina.

2. "Piedras de papel"

Comencemos por lo más básico, por la herramienta fundamental todavía en manos de la ciudadanía para expresar sus puntos de vista: el sufragio. Los argentinos habían concurrido a las urnas en octubre, muy poco antes de tomar la decisión de salir a la calle con violencia, a protestar contra el gobierno de turno y exigir su dimisión. ¿Cómo puede ser, entonces, que la crisis por estallar no se evitara a tiempo? El caso hubiera sido muy distinto si de lo que se trataba era de un gobierno no democrático o, aun, de un gobierno electo pero en gozo de la paz propia de unos meses sin elecciones. ¿Cómo puede ser posible, entonces, que si la situación era otra —con una ciudadanía que se acababa de expresar en las urnas— el conflicto social latente sólo se mantuviera y profundizara?

Lo que ocurre, y esto no puede extrañar a ninguno, es que el sufragio resulta, todavía, una herramienta demasiado "torpe" para contribuir al establecimiento de un diálogo entre los representantes electos y sus electores. La riqueza de las demandas, reproches y elogios presentes en cualquier acto electoral resultan inmediatamente opacados por la rigidez de los resultados de los comicios.

Como modo de adentrarnos en la cuestión, puede resultar interesante traer a cuento una obra publicada en el año 1986 por el prestigioso politólogo Adam Przeworski. Su obra llevaba por título *Paper Stones* —digamos, "Piedras de papel"— y se refería a la historia electoral del socialismo.² Esta frase que daba por título al trabajo resultaba por demás apropiada para aludir al acto de la votación. Según comenta el autor, los primeros socialistas, entusiasmados con la posibilidad de vencer a la burguesía a través del recurso de las elecciones, hablaban de estas "piedras de papel" que les permitirían dejar atrás una política basada en las barricadas y en las acciones clandestinas: la burguesía, ahora, podría ser derrotada en el juego limpio de unas elecciones abiertas a todos.

Pues bien, la idea de "piedras de papel" resulta interesante, en primer lugar, para aludir a esta posible contundencia del

² PRZEWORSKI, A., y SPRAGUE, J.: *Paper stones. A history of electoral socialism*. University of Chicago, Chicago, 1986.

sufragio: la que permite afirmar con autoridad y vehemencia ciertos puntos de vista, luego de un masivo apoyo o rechazo a una determinada fórmula o programa electoral. Sin embargo, la misma idea encierra una ambigüedad que merece ser explotada. Y es que los votos son "piedras de papel", también, al representar una herramienta pesada y oscura, incapaz de dar cuenta de los finos matices que al electorado le interesa manifestar en cada acto electoral.

En efecto, en cada elección —como en la que fue la última que debió soportar el gobierno de De la Rúa— la ciudadanía puede estar interesada en marcar, por ejemplo, que se encuentra haziada de ciertas prácticas, que no tolera ver ciertas figuras en la Legislatura, que quiere incorporar otras voces, que repudia profundamente ciertas medidas tomadas por el gobierno; que apoya con todo su empeño otras iniciativas, que sigue entusiasmada con ciertas promesas, que ruega por el cumplimiento de otras; que está furiosa por el modo en que no se han cumplido otras más. ¿Pero qué es lo que ocurre cuando termina la elección y se conocen los resultados de los comicios? ¿Qué quieren decir esos brutos porcentajes que allí aparecen? Más aún, ¿cómo se van a interpretar esas cifras? ¿Y quién va a hacerlo? ¿Quién puede ser capaz de descifrar la telaraña de mensajes entrecruzados que se ocultan detrás de un 40 % victorioso frente a un 30 % de la fórmula derrotada? Los votos aparecen, entonces, como "piedras de papel", porque nos remiten a un período demasiado remoto, en el que la expresión eran las piedras o los golpes de las piedras contra las paredes. La pregunta es cuánto hemos avanzado para mejorar nuestra capacidad de diálogo, para establecer puentes de comunicación entre los representantes y representados. La pregunta es cuán lejos estamos del momento en que nos expresábamos golpeando las rocas con otras rocas, cuánto hemos desarrollado nuestro lenguaje institucional. Y la respuesta es que tal vez no tan lejos.

Alguien podría decirnos, quizás, que la dificultad reside en que le exigimos a los comicios aquello que ellos no pueden darnos: que el sufragio sólo constituye una parte ínfima de una vida democrática que se desarrolla también en otros foros —los medios de comunicación p. ej.— y a través de muchos otros medios —la protesta en la calle por caso—. Pero esta objeción no resulta demasiado atractiva. Y es que no es cierto que el sufragio sea sólo una parte pequeña de nuestra vida

democrática. Más bien, y por el contrario, el sufragio nació y se quedó entre nosotros bajo la promesa de constituir una herramienta de control excepcional —la *gran herramienta*— sobre nuestros dirigentes. Dicha promesa es la que ha permitido recortar y no desarrollar muchos de los otros instrumentos de control externo o popular sobre los representantes, que en su momento fueron reclamados por los sectores más radicales de la sociedad. Dicha promesa es la que ha legitimado una operación que dejó encerrados gran parte de los controles institucionales que todavía existen, en mecanismos internos o endógenos, como los que son propios de las estructuras de “frenos y contrapesos”.

La “torpeza” propia del sufragio, como vínculo esencial entre elegidos y electores sólo resulta agravada cuando se advierte de qué modo carecemos, todavía, de otros puentes o vínculos que permitan canalizar nuestros registros más finos —aquellos que el sufragio opaca—. Cuando —como ocurre en la Argentina y en una mayoría de democracias liberales— los medios de comunicación siguen concentrándose en pocas manos, permaneciendo inaccesibles para una gran mayoría, los déficits propios del sufragio se tornan simplemente —trágicamente— más graves. En una sociedad en donde la palabra escrita y oral se encontrara, de algún modo, democratizada, los déficits del sufragio resultarían desplazados al nivel de anécdota —quejas de académicos obsesivos—. En cambio, en una sociedad en donde los foros de expresión son controlados por unos pocos —en donde se cobra entrada para acceder al ágora pública— los reproches sobre la incapacidad expresiva del sufragio mercean ganar en relevancia.

La crisis política argentina —aquella que estalló a finales de 2001, y apenas luego de celebradas unas elecciones legislativas a nivel nacional— desnuda las dificultades que aún padecen los demócratas para hacer escuchar sus voces, para discriminar entre justos y pecadores, para aplaudir ciertas particulares políticas mientras castiga a algunas otras. Las mismas dificultades ya se habían advertido claramente desde hacía algunos meses, cuando cientos de “cortes de ruta” —liderados en una mayoría de casos por trabajadores o desocupados enfrentados a condiciones de vida desesperadas— conmovieron la vida social argentina. Tales crisis revelaron, en su crudeza, lo difícil que era entablar una conversación entre la ciudadanía y

sus mandantes, lo difícil que era hacer conocer y respetar ciertas demandas fundamentales. Tales crisis, en definitiva, revelaron que la ciudadanía sólo tenía piedras entre sus manos: las de papel y las otras.

3. Los controles endógenos y la Corte

La cara opuesta a lo señalado en la sección anterior —referida, fundamentalmente, al sufragio como principal control exógeno o popular— está dada por los controles endógenos distintivos de nuestro sistema institucional. Estos controles endógenos —el veto presidencial, el sistema bicameral, los tribunales— tienen como punto esencial a la Corte Suprema de Justicia. Explicar esta afirmación no resulta difícil. En principio, cuando los controles populares quedan reducidos al sufragio, los controles endógenos —todos ellos— adquieren mayor relevancia. Dicho esto, uno debe reconocer de inmediato que, entre tales controles endógenos los hay políticos (los que provienen de organismos cuyos miembros son elegidos popularmente) y no políticos (como los ejercidos por los jueces), y que no todos ellos pueden gozar del mismo peso. En efecto, dado que cada elección puede llevar a que la mayoría de los puestos políticos queden ocupados por miembros de un mismo grupo partidario, la maquinaria de controles —para bien o para mal— pasa a depender de un modo central del poder de los jueces, cuyos miembros se mantienen en el cargo, en principio, con independencia de cualquier valvén electoral.

La estructura judicial argentina, copiada de la norteamericana, se organiza verticalmente, con jueces de primera instancia en la base, cámaras de apelación más arriba, y la Corte Suprema como última instancia de decisión. Lo que diga o deje de decir la Corte, entonces, resulta de un valor extraordinario: por más autonomía que puedan tener las instancias inferiores, siempre será ella la que podrá pronunciar la "última palabra" institucional. Debe notarse, ésta no será, sólo, la "última palabra" judicial sino también política: dentro del país, nadie puede ir más allá de la Corte, que queda entonces situada como motor inmóvil de toda la estructura institucional.

En un país como la Argentina, en donde la autoridad y la palabra del Máximo Tribunal es tan importante, resulta una pésima noticia que éste sea objeto de cuestionamientos serios

en razón de la idoneidad y transparencia de sus miembros. Esa mala noticia, sin embargo, es una realidad en la Argentina. El Máximo Tribunal es objeto de severas críticas, buena parte de ellas fundadas. La fuente de estas objeciones se encuentra en su misma composición, un problema que viene de lejos pero que encontró su punto culminante cuando el gobierno de Menem modificó la estructura del tribunal, que pasó de contar con cinco miembros a contar con nueve. El problema, entonces, no residió en las formas de la maniobra —en última instancia, posible desde el punto de vista de la Constitución— sino, como casi siempre, en su sustancia. El tribunal quedó compuesto, desde entonces (comienzos del primer gobierno de Menem) por una mayoría de jueces que, como mínimo, no contaban con grandes (o pequeños) antecedentes académicos, y que eran demasiado cercanos al entonces Presidente. Desde aquel momento, la ya frágil legitimidad del tribunal comenzó a resquebrajarse. A un problema clásico y básico del derecho constitucional —por qué en una democracia son los jueces, como funcionarios no electos popularmente, los encargados de pronunciar la “última palabra” institucional— se agregaba uno todavía más contundente: ¿por qué ellos? ¿Por qué este grupo de jueces que, en su mayoría, nadie puede reconocer como especialmente competente?

Haciendo honor a las peores expectativas generadas por aquel rápido aumento en el número de sus miembros, la Corte jugó desde entonces un papel muy cuestionable que muchos describieron como demasiado diligente hacia el poder político. Recuérdesse lo dicho unas líneas más arriba. En democracias como la Argentina, en donde los controles exógenos son tan débiles, los controles endógenos —y, muy especialmente, los ejercidos por la Corte Suprema— resultan fundamentales: si ellos fallan, todo el sistema institucional tiende a fallar —una situación perfectamente reconocible en la Argentina.

Por lo dicho, una situación de partida difícil se convirtió en otra cada vez más explosiva, a partir del conocimiento público de las sentencias del tribunal superior. Si nos concentramos exclusivamente en el año anterior —un año que no fue el más turbulento en la vida del tribunal— nos encontramos con sentencias de alto contenido político como las siguientes: la sentencia que permitió la liberación del ex presidente Menem (perseguido como cabeza de una banda dedicada, entre otros

tareas, al tráfico de armas), la que ratificó la constitucionalidad de los indultos en favor de los represores, la que habilitó sin más al ex gobernador de Corrientes permitiéndole ser candidato en las elecciones de su provincia, la que ratificó la vigencia de los recortes salariales establecidos a partir de la ley de "déficit cero", o la que condenó a la revista *Noticias* por una presuntamente indebida intromisión en la intimidad —nuevamente— del ex presidente.

Por supuesto, no se trata aquí (simplemente) de que el tribunal tomó decisiones que contradijeron el sentido común, sino de los argumentos que empleó y los medios a los que recurrió para afirmar sus opiniones. Por ejemplo, la Corte Suprema de nuestro país actuó, en ocasiones, con sorpresiva celeridad y en otras con irritante lentitud, desandó sin mayores problemas sus propios pasos y contradijo una sólida jurisprudencia local e internacional (caso "Noticias"), respaldó la validez de indultos otorgados a procesados, en contradicción con lo que establecía la letra de la Constitución, tergiversó el sentido de las garantías procesales existentes (al interpretar que la mera interposición de un recurso extraordinario suspende una decisión judicial en favor de la Central de Trabajadores Argentinos en el caso de la ley del "déficit cero"), y amonestó de modo prepotente e injustificado a los jueces y fiscales de instancias inferiores (en la causa de las armas).

Esta situación ha derivado en una práctica notable, distintiva de los últimos tiempos en la Argentina, e inaudita en otros contextos más o menos civilizados: una sucesión de movilizaciones populares hacia los tribunales exigiendo la renuncia de los miembros de la Corte. Dichas movilizaciones fueron acompañadas por otra serie de protestas realizadas directamente frente a los domicilios de algunos de los integrantes del tribunal. Los jueces superiores, objeto de la admiración o el simple desconocimiento popular en otras latitudes, han pasado a ser, en la Argentina, objeto central de la atención colectiva.

El corolario de lo dicho no es, por supuesto, que debe cambiarse la cúpula del Poder Judicial, nuevamente (como lo ha hecho el presidente Néstor Kirchner). Lo que se quiere decir no es que, por fin, los jueces designados deben estar en sintonía con los pareceres de la mayoría. Lo que se afirma, en todo caso, es que en estructuras institucionales como la Argentina, o se fortalecen los controles exógenos de modo tal de darle a los ciudadanos herramientas de censura y aprobación de las que

todavía carecen, o se ajustan de un modo irreprochable los controles internos (y especialmente los ejercidos por la Corte). Lo ideal sería que existieran ambos tipos de controles y que ellos pudieran ejercerse de un modo decente. Lo que no puede aceptarse es que ambas formas de control fracasen, como ocurre en la Argentina, en un caso, por la inexistencia de instrumentos institucionales que los hagan posibles, y en el otro, por la manipulación a la que se ha sometido a los organismos de control. Finalmente: nadie debiera decir —como a veces se dice, o como dijera el ex Ministro de Justicia y prestigioso catedrático Jorge Vanossi— que el tribunal ya ha sufrido demasiados “manoseos” como para hacerse acreedor de nuevas interferencias públicas. Uno se compromete con las injusticias si no las repara (como se compromete con las injusticias económicas si no interfiere con ellas porque “ya bastante se ha interferido”). En un hipotético futuro más tranquilo, los argentinos deberán ir todavía más allá de estas fundamentales cuestiones, y decidir también si quieren mantener, como hoy, un sistema de revisión judicial que permite que funcionarios no electos por la ciudadanía conserven la “última palabra” institucional.

4. Los conocidos defectos del hiperpresidencialismo

La Argentina, como los Estados Unidos, ha adoptado como forma de gobierno un sistema presidencialista. Sin embargo, como una mayoría de países latinoamericanos, ha modificado aquel sistema original —ya polémico— para transformarlo en uno parcialmente distinto, que el filósofo Carlos Nino calificará como hiperpresidencialista. A diferencia del modelo original, el adoptado en Latinoamérica introdujo variaciones como las siguientes: se autorizan al presidente poderes excepcionales para afrontar situaciones de crisis internas y externas (que, en el caso del estado de sitio, pueden implicar la misma suspensión de las garantías individuales de los ciudadanos); se permite la intervención política del poder central sobre las provincias; se deja en manos de la cabeza del Ejecutivo la elección y remoción, a manos libres, de todo su gabinete; se delegan en aquél funciones legislativas adicionales, etcétera.

Una enorme mayoría de politólogos ha coincidido —curiosamente— en la conclusión irremovible según la cual el siste-

ma presidencialista es muy defectuoso por lo que los sistemas hiperpresidencialistas latinoamericanos son, simplemente, hiperdefectuosos. Los defectos referidos tienen que ver, especialmente, con la capacidad de tales formas de organización para garantizar la estabilidad política —un bien especialmentepreciado por las democracias latinoamericanas—. El hiperpresidencialismo, en tal sentido, agrava las dificultades ya propias del presidencialismo.

Los males de ambos sistemas tienen una raíz común: ambos concentran buena parte de las expectativas políticas del electorado en una sola figura —el presidente— que, para colmo de males, cuenta con un mandato fijo (a diferencia de lo que ocurre en los sistemas parlamentarios). En las buenas coyunturas —las que no han abundado en la región— el presidente sólo gana en prestigio, poder y capacidad de acción. En las malas coyunturas —en cambio— el presidente es fagocitado por la crisis y su debilitamiento provoca temblores en toda la estructura institucional: dada la inexistencia de "fusibles" que cambiar, el sistema completo amenaza con "incendiarse" junto con el presidente.

Si uno examina la vida política argentina se encuentra fundamentalmente con situaciones de este tipo: la crisis que afectó a H. Yrigoyen en 1930 terminó arrastrando a todo el sistema político; Perón se convirtió, a mediados de 1950, en la única clave del éxito o la desgracia de la democracia argentina; las hostilidades generadas por Arturo Frondizi se trasladaron de inmediato a todo su gobierno; la falta de legitimidad del presidente Illia produjo la deslegitimación de todo el sistema institucional. Esto es, cuando los argentinos tuvieron que enfrentar problemas políticos serios, el sistema institucional no estuvo allí para ayudarlos.

Más cercamente, piénsense en la antesala del golpe militar de 1976, que trajo al dictador Videla al poder. En su momento, todos sabían que la presidenta Isabel Perón no contaba con cualidades que la hicieran especialmente apta para el cargo. Sin embargo, el sistema político no ofrecía ninguna salida razonable a la difícil situación entonces reinante. Por supuesto, es claro que ni en este caso ni en los anteriores, la "culpa" del quiebre institucional no residió de modo exclusivo en el sistema institucional. Como dijera Guillermo O'Donnell, los golpes militares no se frenan con un simple cambio en el



culado de la Constitución. Sin embargo, tan cierto como esto es que determinados sistemas institucionales favorecen la estabilidad y la cooperación, mientras que otros favorecen el conflicto y el enfrentamiento.

Ya consolidada la democracia, ya terminada la dictadura del "Proceso", el presidente Alfonsín volvió a padecer los males del hiperpresidencialismo: atrapado en una crisis económica grave a finales de su mandato (distinguida por la hiperinflación), y deslegitimado luego de unas elecciones legislativas catastróficas en 1987, Alfonsín no contó con medios sensatos para dar un paso al costado —como el que, tal vez, hubiera preferido dar—. Lo que siguió, así, fue el "incendio" del propio sistema institucional: a Alfonsín le quedaban dos años de mandato que debía cumplir, mientras la ciudadanía le daba la espalda y la oposición lo repudiaba. Como era previsible, el país entró literalmente en llamas en esos últimos y largos meses de hiperinflación, saqueos y desgobierno. El sistema institucional, mientras tanto, cerraba las puertas que todos rogaban que se abrieran.

Finalmente, la última oleada de la crisis del 2001 —la que arrastró a De la Rúa y al gobierno de la quebrada Alianza— también merece leerse en esta clave. Nuevamente, el sistema institucional argentino dio su espalda cuando más se lo necesitaba. A De la Rúa le quedaban dos difíciles años de mandato, mientras que buena parte de la ciudadanía descreía de él. La oposición, mientras tanto, alternaba gestos de buena voluntad con críticas mordaces que no hacían más que delatar la esencia maldita del hiperpresidencialismo. En un sistema político que ofrece una única y grandiosa joya —la "corona" del presidente— la oposición no cuenta con ningún incentivo para cooperar con el presidente: cuanto más coopere con él, puede decir con razón, más va a tardar para acceder a la propia "coronación" que tanto ansía. La estrategia "racional", entonces, es destruir a quien está en el poder, o dejarlo que muera. El hiperpresidencialismo, en definitiva, ha estado siempre presente en la generación de las crisis argentinas y ha dificultado siempre la resolución de ellas.

5. El Senado y después

Sin dudas, dentro de las múltiples causas que algún día explicarán la caída de De la Rúa, una muy importante tuvo su

origen en el Senado de la Nación. El gobierno de la Alianza, debe recordarse, había llegado al poder con al menos un mandato claro: el de poner fin a los años de corrupción que se habían convertido en años festivos para los miembros de la administración anterior. Luego de haber basado su campaña electoral, muy especialmente, en el saneamiento de un sistema institucional lleno de lodo, De la Rúa no podía titubear —como lo hizo— en un área tan sensible para su electorado. Ocurrió entonces que varios senadores ("propios" y "ajenos") quedaron seriamente comprometidos en un hecho de corrupción grave. Aparentemente, el Gobierno había procurado "aceitar" con dinero la sanción de una ley simbólicamente muy importante para él. Se trataba, en última instancia, de una ley laboral que no prometía cambios revolucionarios ni de los otros, pero que remitía a una desgraciada experiencia del gobierno radical anterior: Alfonsín había inaugurado su gobierno con un tempranísimo fracaso en su intento de modificar por completo la organización sindical —un fracaso que marcaría el resto de su gestión—. Ni De la Rúa ni sus ministros querían repetir aquel fracaso lo cual, aparentemente, motivó aquella maniobra dolosa de la que ahora eran acusados miembros del Gobierno y varios Senadores. La incapacidad y falta de voluntad del Presidente, frente a dicha maniobra, provocaron entre otras consecuencias la renuncia del vicepresidente Álvarez y la virtual fractura de la Alianza. El Gobierno comenzaba el tránsito hacia lo que sería su repentino final.

Esperablemente, la investigación que siguió al escándalo terminó en una reverencia judicial hacia la Cámara Alta. Sin embargo, el Senado en su totalidad, como el propio Gobierno, quedó marcado a fuego por aquella experiencia. Sus miembros no eran especialmente prestigiados entonces, y el nuevo episodio no hizo más que potenciar las sospechas que ya existían sobre ellos. Desde allí en más, recrudecieron los estudios y las iniciativas destinadas a provocar cambios sobre una Cámara notable sólo por el nivel de privilegios de los que gozaban sus miembros. Todas aquellas iniciativas —vinculadas, en una mayoría de casos, con el extraordinario nivel de gastos resultantes del funcionamiento de la Cámara Alta— merecen ser desarrolladas, pero en lo que sigue nos concentraremos en una línea de reflexión algo diferente, referida al rol institucional del Senado y, más en general, a algunas características propias de la labor legislativa en la Argentina.

En primer lugar, conviene volver brevemente sobre las líneas que inauguraron este escrito, referidas a las dificultades de la ciudadanía para comunicar sus opiniones públicamente, y para darles fuerza luego. De haber existido otras herramientas de control —p. ej., el derecho de *revocatoria de los mandatos*, un instrumento que era habitual en los primeros tiempos de la revolución norteamericana— los ciudadanos hubieran desalojado hace tiempo a muchos de los integrantes del Senado. Sin embargo, a pesar de las tremendas críticas que han recibido, muchos de sus miembros han persistido intocados en sus puestos: a veces, casi ocultos; otras veces, luciendo orgullosos la estabilidad propia de sus largos e irrevocables mandatos.

Nuevamente, aquella falta de herramientas de control externo puede —de alguna manera— compensarse con la existencia de fuertes controles internos (los ejercidos por las otras ramas del poder). Sin embargo, en casos como el de la Argentina, nos encontramos no sólo con un Poder Judicial que, según viéramos, es deficitario en su punto más alto, sino con una serie de privilegios judiciales en poder de los funcionarios políticos electos —privilegios que sólo agravan una situación ya preocupante—. Las inmunidades parlamentarias —que de ellas se trata— nacieron con el noble propósito de proteger al débil legislador frente al gobernante tiránico que lo perseguía. Su permanencia resulta hoy cuestionable, sobre todo, cuando dicho privilegio (en principio irritante en un régimen de "iguales") es objeto de una interpretación laxa que dificulta el mismo procesamiento de los acusados. Como resultado de estas progresivas distorsiones, la Legislatura argentina —y en especial el Senado— pareció convertirse en un refugio preciado por poderosos delincuentes que advertían que, despojados de sus superpoderes legales, quedaban enfrentados al terrible riesgo de convertirse en simples mortales.

Dejando de lado lo anecdótico, uno debiera pensar si los altos índices de corrupción que parecen afectar al Senado argentino no se vinculan con los largos mandatos de que gozan sus miembros, los privilegios con los que cuentan, los débiles controles populares a los que están sometidos, y el poder de influencia del que gozan. Quisiera dedicar las próximas líneas —finales de esta sección— al último punto citado: las facultades normativas que están a cargo del Senado. El tema —aleja-

do de las polémicas políticas más candentes— no debiera verse como una cuestión menor ya que en definitiva nos habla del modo en que se ha pensado el sistema institucional argentino y de lo inatractivo de aquella forma de pensar.

A diferencia de otros senados —el Senado alemán, p. ej.— el argentino cuenta con funciones básicamente idénticas a las de sus pares de la Cámara Baja, a las que se suman algunas ventajas muy especiales: los senadores ejercen un papel decisivo en el nombramiento de jueces y embajadores en el desarrollo (o no) de hipotéticos juicios políticos, o en la celebración de tratados internacionales. La pregunta que uno debe hacerse, en estos casos, es la de siempre: ¿por qué? ¿Por qué es que los miembros de la Cámara Alta, por ejemplo, tienen aquellas facultades adicionales y, muy especialmente, por qué deben intervenir en la sanción de cualquier norma legislativa? ¿Por qué a la hora de decidir qué se hace con el aborto o el divorcio, por tomar sólo dos ejemplos, el Estado "X" debe contar con una voz especial? No basta con que los ciudadanos de dicha provincia, representados en la Cámara Baja, intervengan en tal decisión? Por qué el Estado "Y" —como cualquier otro— merece tener una voz especial, y no las mujeres, o los que están casados, o los que ya han abortado, o los divorciados? Uno puede justificar que las provincias —todas ellas— cuenten con derechos especialísimos a la hora de discutir la coparticipación federal, la regionalización del país, el modo de empleo de los recursos naturales, o cualquier tema de directa incumbencia local. Es mucho más difícil de explicar, en cambio, que el órgano de representación de las provincias interfiera en decisiones que son de directa incumbencia de la ciudadanía, sin fronteras.

El argumento anterior no debe entenderse como un argumento en contra de la existencia de organismos especiales para la representación de grupos particulares (p. ej., las provincias). Por el contrario, la representación de grupos puede resultar una alternativa interesante en democracias heterogéneas —y con déficits representativos tan fuertes— como la Argentina. Puede haber razones, por ejemplo, para que un organismo especial defienda el punto de vista de los jubilados o los discapacitados, o para que grupos hoy marginados tornen audible una voz que no se escucha. Sin embargo, en todo caso, el principio de la especialización funcional debería mantenerse: tiene tan

poco sentido que los senadores participen en la sanción de la ley del aborto como que lo haga un hipotético organismo que agrupe a los jubilados. En cambio, resulta irreprochable, en principio, que las provincias cuenten con una voz especial a la hora de discutir cuestiones federales, o que la tengan los más ancianos a la hora de discutir los problemas de la tercera edad.

6. *Nuevas herramientas*

El panorama descripto hasta aquí nos sugiere la presencia de múltiples dificultades de índole institucional que —en algunos casos de forma directa y en otros de forma indirecta— han contribuido a deteriorar la calidad de la vida política argentina. Sin dudas, podría decirse que la crisis institucional que se ha desatado con violencia hacia finales del año 2001 reconoce parte de su origen en problemas propios del diseño institucional escogido por la dirigencia argentina.

Lamentablemente, los argentinos —como una mayoría de naciones latinoamericanas— desperdiciaron una buena oportunidad de refundar sus instituciones luego del renacimiento de sus democracias y, especialmente, durante la reciente oleada de reformas institucionales que —desde los '80— se extendió por todo el subcontinente. Tales recientes reformas nacieron, en una mayoría de casos, movidas por ideales valiosos (la reforma radical del sistema político hiperpresidencialista, p. ej.), y terminaron convirtiéndose, en muchos casos, en meras convenciones reelectorales, destinadas a abrir el camino a reelecciones presidenciales que los viejos textos sabiamente impedían.

Con independencia de lo dicho, uno debiera agregar que reformas constitucionales como la realizada en la Argentina en 1994 han servido, también, para avanzar en direcciones más interesantes. La reforma argentina, por ejemplo, reafirmó la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, lo cual privó a muchos jueces remisos de la posibilidad de decir que no tenían normas a su alcance a la hora de lidiar con cuestiones sensibles en materia de derechos humanos. Del mismo modo, la reciente reforma se pronunció explícitamente en favor de los mecanismos de "cuotas" —destinados a permitir una representación especial en apoyo de sectores tradicionalmente discriminados—, abrió la posibilidad de presentar "amparos"

colectivos, e incorporó mecanismos destinados a facilitar la expresión directa de la ciudadanía (referéndums, plebiscitos). Por supuesto, es difícil decir que la Constitución anterior *vedaba* el uso de este tipo de herramientas. Sin embargo, lo cierto es que ello es lo que de hecho se dijo en muchos casos, frente a casos como los mencionados. Por ello, al haber hecho explícitos ciertos compromisos que no eran del todo evidentes en el texto anterior, la Constitución nueva puede ser —al menos parcialmente— bienvenida.

Llegados aquí, de todos modos, debe decirse lo siguiente: mientras la estructura institucional básica siga permaneciendo intacta —como ha permanecido intacta la estructura institucional argentina— no son muchas las esperanzas que merecen generar las nuevas herramientas que —como estacas en el mar— se inserten sobre ella. Piénsese, sino, en lo ocurrido con los derechos sociales, incorporados en una mayoría de Constituciones latinoamericanas desde principios del siglo anterior. Integrados a un sistema institucional que funcionaba a partir de una lógica opuesta a aquella que los respaldaba, los nuevos derechos sociales tendieron a desfallecer al poco de haber nacido: el sistema institucional existente no los acogía sino que los ahogaba. No extraña que ocurriera lo que ocurrió: los derechos sociales quedaban en manos de jueces que, teóricamente, debían implementarlos pero que, simplemente, declaraban que tales derechos no eran “operativos” mientras los guardaban en el cajón de su escritorio.

Tal vez con los nuevos derechos incorporados en la Constitución de 1994 pase algo similar a lo que ocurriera entonces con los derechos sociales. Cuando, por caso, se incorporan derechos participativos en una estructura que niega o desalienta la participación, uno puede temer que aquellos derechos encuentren problemas serios para desarrollar la potencia que encierran en su interior.

No son todas malas noticias, sin embargo. Lo que ocurrido desde finales de 2001, con miles de ciudadanos en la calle dispuestos a protestar, parece decirnos que algo se ha roto, que una mayoría se encuentra efectivamente cansada de no poder hablar, de no contar con medios para hacerlo, de ser burlada luego de haber aceptado ciertas promesas, de ser ignorada luego de expresar su opinión a través del sufragio, de ser malintencionadamente malinterpretada en sus juicios elec-

torales. Lo que ha ocurrido desde entonces parece mostrar los deseos de la gente por acceder a otros medios de expresión, de ir más allá de las "piedras de papel" con las que cuenta. Y ello es un buen comienzo, también, para una renovación en la estructura institucional de la República.

VII. LA ALIENACIÓN POLÍTICA EN LA ARGENTINA*

Este capítulo gira en torno a la siguiente idea: el sistema institucional a través del cual pretendimos hacer posible nuestro autogobierno se ha escapado de nuestras manos, y ahora nos domina a nosotros: no nos sirve para afirmar nuestro autogobierno sino para negarlo.

Tal vez tenga sentido, en el comienzo, destacar que la actual situación argentina muestra las debilidades de nuestra democracia constitucional, y su incapacidad de para reaccionar apropiadamente en situaciones de crisis. Por supuesto, no tiene sentido responsabilizar exclusivamente al sistema político-institucional por la situación que nos toca atravesar. Sin embargo, éste puede ayudarnos o perjudicarnos en circunstancias de crisis, puede favorecer arreglos cooperativos o desalentarlos, y lo que puede ratificarse en la actualidad es el modo en que nuestras instituciones nos han dado la espalda, cuando más las necesitábamos.

Dicho lo anterior, conviene resaltar otra cuestión introductoria de relevancia: no tiene demasiado sentido examinar las virtudes y defectos del sistema político dejando de lado el análisis del sistema económico con el cual dicho sistema político interactúa. Lo que ocurre al respecto es curioso, porque hace unas cuantas décadas era simplemente inconcebible llevar adelante una reflexión acerca del sistema político sin acompañarla de otra acerca del sistema económico. Quienes se preocupaban por cambiar la sociedad tomaban nota, muy habitualmente, sobre lo que ocurría en uno y otro frente. James Harrington, en 1656, publicaba su avanzado libro *Oceano*, en donde imaginaba una serie de reformas políticas orientadas a

* El texto fue escrito durante la crisis política de fines de 2001, para el CEPYAS.

fortalecer los vínculos entre representantes y representados, que eran acompañadas con una propuesta de reforma radical de la propiedad. El inglés Thomas Paine haría algo similar, más adelante, a través de textos como *Agrarian Justice* y *Common Sense*; o Thomas Jefferson en sus *Notes* sobre el estado de Virginia. Notablemente, lo mismo ocurriría en una diversidad de países latinoamericanos. Basta con leer las obras de Murillo Toro, en Colombia; o de Juan Montalvo, en el Ecuador o las intervenciones, en la Convención Constituyente mexicana de 1857, de su presidente, Ponciano Arriaga (quien declaró que la Constitución debía ser "la ley de la tierra"), de Melchor Ocampo, o de Ignacio Ramírez (para quien el dictado de la nueva Constitución debía combinarse con medidas tales como la de asegurar participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, o el establecimiento de un salario de subsistencia para todos, requisitos indispensables —en su opinión— para asegurar los fundamentos de la nueva república).

Lo cierto es que, a pesar de que no lo enfatizamos debidamente, todo lo que ocurre en el terreno económico tiene una extraordinaria relevancia para entender lo que ocurre con nuestra vida política (y viceversa). Permítanme dar unos pocos ejemplos al respecto, destinados sólo a remarcar el valor de volver a pensar en la política y la economía de modo conjunto. En primer lugar, es claro que quienes cuentan con mayores recursos cuentan con mayores capacidades expresivas, y que ello influye necesariamente a la hora de discutir cuestiones de interés común. Es claro que si la comunicación pública se organiza, como hoy en la Argentina, a partir de la cantidad de dinero que tenemos o que somos capaces de generar, entonces, las ideas populares, por definición, van a tener problemas para circular. Lo mismo va a ocurrir con las ideas que no sean auspiciadas por una gran empresa o que no sean capaces de atrapar —instantáneamente— a una gran audiencia. La influencia del dinero, entonces, distorsiona las posibilidades de un intercambio equitativo de ideas. Otro ejemplo obvio está dado por las campañas políticas. Nuevamente, resulta claro que los políticos que tienen más chances de llevar sus mensajes más lejos y a más personas son aquellos que cuentan con un mayor respaldo económico detrás, y no los que tienen ideas potencialmente más atractivas. Otra vez, entonces, aparece el riesgo

cierto de que las desigualdades económicas afecten seriamente la posibilidad de tener una vida política igualitaria. Finalmente, tenemos el hecho de que nuestras reglas económicas no son neutrales en cuanto a los rasgos de carácter o cualidades de comportamiento que alientan. Más bien —y en esto sigo al filósofo de Oxford Gerald Cohen— las reglas imperantes en la economía capitalista nos alientan a actuar conforme al miedo y a la codicia: el miedo de caer en el pozo de la miseria, y la codicia de tener cada día más bienes, sin tener demasiado en claro por qué ni para qué. El peso adquirido por estas cualidades de carácter puede ser atractivo para quienes piensan que ellas sientan las bases de una sociedad creativa y productiva. Ésta es una afirmación discutible, pero aquí lo que interesa es lo que esa afirmación no explicita, el lado oculto de la práctica a la que se refiere. El capitalismo (y no, simplemente, el *tipo especial* de capitalismo que tenemos en la Argentina) no contribuye a promover los comportamientos solidarios y fraternales que reclamamos en nuestros discursos, sino lo contrario: alienta nuestros rasgos más egoístas, nuestros impulsos más básicos y autointeresados. Si uno acepta estas reglas de juego, luego, no puede enfadarse con el sistema político-institucional porque no genera normas destinadas a promover la solidaridad en tiempos de crisis, o porque no crea un sistema impositivo, a la vez, progresivo y estable. Entre otras cosas, es difícil dotar de estabilidad a cualquier arreglo político progresista en el marco de una dinámica económica que alienta el enfrentamiento despiadado de unos con otros. Sirvan estos ejemplos, entonces, para marcar la importancia de una reflexión que trascienda la política, a la hora de pensar en la crisis política y sus posibles salidas.

Una última aclaración antes de pasar a ocuparnos de lleno del sistema político-institucional. Según entiendo, todo el énfasis que tendemos a poner en la actualidad en la corrupción de nuestros representantes políticos se encuentra mal dirigido. Por supuesto, ello no implica negar que nuestro sistema político se ha convertido en un refugio capaz de albergar, cobijar y reproducir estructuras criminales. Ello no implica negar el hecho difícilmente refutable de que algunos representantes y muchos de nuestros jueces merezcan ser considerados, antes que nada, como delincuentes. Lo que se intenta de-

cir es que nuestra ruidosa o callada rebeldía contra quienes ocupan posiciones de poder en alguna de las tres ramas del gobierno no merece discontinuarse en nuestras (escasas) reflexiones sobre lo que ocurre en otras esferas: los medios de comunicación, las cúpulas militares y eclesiásticas, el sindicalismo y, muy especialmente, la clase empresaria. Tal vez valga la pena agregar una nota a pie de página sobre nuestra clase empresaria para sostener —y ésta es meramente una opinión personal— que ella ha sabido combinar maravillosamente algunos rasgos especialmente poco atractivos para una clase con pretensiones como la nuestra. Ante todo, destacaría el hecho de que muchos de sus miembros tienen una formación llamativamente pobre (algo que merece resaltarse dado el empeño de sus miembros por mostrar lo contrario, a través de vacuos seminarios y mentirosas pasantías en el exterior), y, sobre todo, la habitualidad y naturalidad con que desarrollan prácticas corruptas (lo que merece resaltarse, también, dada la paradójica situación de que muchos de ellos —junto con sus gurúes económicos— desprecian y denuncian a la clase política por los actos que ellos mismos activan). En este sentido, entiendo que no se puede examinar adecuadamente la situación de nuestro país sin reconocer que muchas de las decisiones públicas que se toman cotidianamente dependen sólo en parte de la dirigencia política. La obsesión por instalar toda la responsabilidad de nuestros males sobre las espaldas de aquéllos se explica, en algunos casos, por una extendida miopía, pero en muchos otros, seguramente, por una cuestión de mero autointerés. Para muchos es conveniente que la "carga" la lleve la dirigencia política, y es hasta satisfactorio que, en el camino, el propio sistema democrático pierda predicamento: la política democrática aparece, para ellos, como una mediación molesta y costosa entre sus aspiraciones y sus logros.

Puestos a pensar, entonces, en el sistema político-institucional entiendo que conviene, de vez en cuando, correr el velo de nombres propios que nos impide ver las dimensiones de la crisis. Nuevamente, no cabe ninguna duda de que el día en que distribuyamos responsabilidades por la crisis actual deberemos hablar de políticos y jueces, de Pedro, de José y de María. No cabe duda de que muchos de esos políticos y jueces deberían ser judicialmente perseguidos por el rol protagónico que juegan en la venta de leyes o sentencias. Sin embargo, convie-

ne que concentremos nuestra atención en otro aspecto, que tiene que ver con las condiciones institucionales en las que Pedro, José y María actúan. Y es que si no prestamos atención a dicha estructura institucional, mañana nos volveremos a encontrar con los mismos problemas que hoy nos sublevan. Lo dicho no implica impugnar la política del "que se vayan todos" sino, en todo caso, decir que ella reclama demasiado poco, que no es suficientemente ambiciosa: si, simplemente, hoy se fueran todos, mañana se reiterarían los problemas con los nuevos representantes que lleguen, lo que nos obligaría a pensar, otra vez, en nociones tales como la del "que se vayan todos". Si el "que se vayan todos" no es acompañado por una renovación radical de la estructura político-institucional, luego, lo que hacemos es un llamado a nuevas frustraciones, nuevamente difíciles de reparar.

Lo dicho sugiere algo importante, que se vincula con las tremendas dificultades que tenemos para tornar posible el "que se vayan todos". En efecto, en su sentido más grueso dicha consigna no tuvo éxito ni en sus momentos más esplendorosos. Ahora bien, ese parcial fracaso dice poco acerca de lo acertado o equivocado de la consigna, pero mucho acerca de nuestra desnudez, de nuestra incapacidad para convertir nuestras acciones en actos. Y ello nos lleva más directamente a la noción de alienación política arriba planteada: resulta extraordinario reconocer de qué modo no somos capaces de autogobernarnos; de qué modo nuestro sistema institucional nos impide concretar aquello que deseamos. Uno debería preguntarse ¿pero no era que democracia significaba el gobierno del pueblo? ¿No era que mandábamos nosotros? ¿Por qué, entonces, no conseguimos materializar, al menos en parte, aquel radical reclamo compartido, este hastío político que hoy nos une? John Locke, uno de los primeros teóricos que se tomó en serio la tarea de reflexionar acerca del sistema institucional y las relaciones entre representantes y representados, seguramente se sorprendería de este resultado institucionalmente perverso. Para él —que, valga notarlo, era en muchos sentidos un conservador— el pueblo siempre se reservaba la posibilidad de recuperar la soberanía que delegaba. Más radicalmente todavía, Locke asumía el derecho del pueblo a derrocar el gobierno si éste no respetaba sus derechos más básicos. Hoy, notablemente, estamos lejos de pensar en estos términos, mientras padecemos una es-

estructura de gobierno que ni nos ayuda a llevar adelante nuestros reclamos, ni asegura los derechos más básicos de la mayoría de la población.

En líneas generales, nuestro sistema político ha quedado anclado en los rústicos rudimentos con los que se lo creó hace más de doscientos años. Nuestra democracia constitucional, en tal sentido, sigue resultando poco apta para reconocer, procesar y tornar efectiva la voluntad popular. Una primera manifestación de esas dificultades se encuentra en las trabas que ha puesto para el desarrollo de una conversación entre representantes y representados. Para decirlo en otros términos, nuestro sistema institucional no ha venido a prestar respaldo normativo a nuestras palabras, sino que ha limitado nuestra capacidad de diálogo político. Uno de los elementos claves, en tal sentido (y tal como examináramos en el capítulo anterior), ha sido el que aparece como el más democrático: el voto. Con el voto no podemos hacer casi nada de lo que éste nos promete: no controlamos, no dirigimos, no instruimos a nuestros representantes sobre lo que deben hacer. Con el voto, en el mejor de los casos, decimos sí o no a programas políticos extensos y a un conglomerado de representantes destinados a poner dichos programas en marcha. Pero lo cierto es que frente a cada elección —y sobre todo, luego de cada elección— nos puede interesar hacer distinciones y precisiones muy detalladas, que hoy estamos lejos de poder llevar a cabo. Nos interesa decir: dentro de este conglomerado de nombres, defiendo a éste, ése, y a aquél, pero no a éstos. Dentro este amontonamiento de propuestas, prefiero ésta pero rechazo aquélla; exijo ésta otra pero prohíbo la de más allá. Y lo cierto es que no podemos decir nada de eso. Votar es como tirar piedras, como hacer ruido con una roca sobre otra roca. Ocurre, para seguir con la imagen, que todavía estamos en la edad de piedra de la política. Ocurre que nuestro instrumental político —y hablo, claramente, de la Argentina tanto como de otros países que comparten las bases de su estructura institucional— es de una pobreza que bordea la inutilidad. Para que quede claro: lo que se requiere no es la abolición del voto, sino el derrame de la política democrática sobre otras áreas y a través de otros instrumentos. Las herramientas con las que hoy contamos nos confinan a un lenguaje gutural: necesitamos, en cambio, comenzar a hablar, a cultivar un lenguaje político, y para ello necesitamos de otras motivaciones y medios institucionales.

Un segundo aspecto de lo dicho tiene que ver con la opción que tomaron los creadores de nuestro sistema institucional en favor de una de estructura de controles que descansa sobre los delegados del pueblo antes que sobre el pueblo mismo, esto es, con su opción por los controles "endógenos" sobre los "exógenos". Nuevamente, nadie niega la importancia de que los miembros de la clase dirigente se controlen entre sí: puede tener sentido que existan poderes de veto mutuos, contralorías, fiscales y jueces. Sin embargo, en los orígenes de la democracia constitucional, el punto de partida tendía a ser otro. Se decía —como decía Jefferson en los Estados Unidos, Richard Price en Inglaterra, Santiago Arcos o Francisco Bilbao en Chile, los liberales radicales en México— que los controles del gobierno debían estar, ante todo, en manos de la ciudadanía. La opción que se tomó en todos los casos, sin embargo, fue la contraria: quitarle o no reconocerle poder a la ciudadanía porque no se le creía, porque se le temía, porque se pensaba que iba a ser incapaz de convertir sus pasiones en razones. Se partió, entonces, de lo que podríamos llamar un *principio de desconfianza*, pero donde la desconfianza no recaía igualmente sobre todos sino, especialmente, sobre las asambleas colectivas, los encuentros multitudinarios. Las clases dirigentes asumieron entonces que el mayor involucramiento ciudadano en política no tendía a enriquecer el proceso de toma de decisiones sino a empobrecerlo, no tendía a dotar de mayor racionalidad —y finalmente de imparcialidad— al proceso de toma de decisiones, sino que tendía a dejarlo a la merced de pasiones circunstanciales. Nuestro sistema institucional, como el de tantos países, responde a ese presupuesto de la desconfianza. En tal sentido, la distancia que todavía reconocemos entre nosotros y nuestros representantes —aquí y en otros países— no se deriva, exclusivamente, de la crisis económica, de nuestra cultura, del carácter especialmente criminal de nuestros representantes. Todo ello puede ser cierto pero hay algo más, un plus (o un minus en verdad) especialmente importante, y que tiene que ver con el propio sistema institucional, organizado para separar, distanciar, independizar a los representantes en el sentido más fuerte del término. Se quiso, y se logró, aislar a aquellos para tornarlos inalcanzables para una ciudadanía a la que se asumía fundamentalmente irascible y apasionada. Por lo dicho, puede afirmarse que las tempestades de hoy resul-

tan, al menos en parte, producto de los vientos de ayer y no, meramente, una desgracia a la que nos condena nuestro infortunio de hoy.

— Dos últimas observaciones sobre el tipo de controles endógenos que sobrevivieron una vez que los controles externos o populares se restringieron a su mínima y más rústica expresión (el voto periódico). En primer lugar, corresponde hacer alguna referencia sobre los controles políticos. Según asumieron los creadores de nuestro sistema constitucional, los controles políticos quedarían a cargo de los integrantes de cada rama del gobierno (diputados, senadores, ejecutivo) que, movidos por su egoísmo (ya que, injustificadamente, se descartó la posibilidad de explotar y promover las virtudes cívicas de ciudadanos y representantes), pondrían límites a las acciones autointeressadas de los demás. La idea era, tal como la expresara Madison en *El Federalista* n° 51, contrarrestar la "ambición con más ambición".¹ El objetivo era lograr un beneficio colectivo derivado del egoísmo de cada uno —se trataba de la misma lógica que guiaba a Adam Smith en sus escritos sobre la "mano invisible"—. Ahora bien, previsiblemente —y como algunos lúcidos líderes supieron advertir en aquel entonces—, al hacer descansar el sistema institucional en esta dinámica alimentada por el egoísmo, y al cortar, al mismo tiempo, los principales vasos comunicantes entre representantes y representados, se abrían algunas posibilidades muy preocupantes. Una, que los representantes decidieran llevar a fondo ese egoísmo (que no se combatía sino que se alimentaba) para terminar enfrentándose unos a otros, convirtiendo la política en guerra y el sistema institucional en armas de fuego. La otra posibilidad —según entiendo, también visible en nuestra práctica política diaria— era que los representantes, o algunos de ellos, se unieran entre sí para actuar en su propio beneficio, amparados en la autonomía de la que gozaban, y en desmedro, o directamente en contra, de los intereses ciudadanos. ¿Por qué es que no se consideraron estos resultados como los más previsibles? Madison estaba seguro de que la suma de dos males (egoísmo más egoísmo, ambición más ambición) resultaría en un beneficio colectivo. ¿Pero no era más sensato pensar —como

¹ HAMILTON, A.; MADISON, J., y JAY, J.: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

le sugiriera Marx a Proudhon— que de la suma de dos males surgiría no una síntesis atractiva sino un mal compuesto (en este caso, normas contrarias a los intereses generales y favorables a los intereses de aquellos encargados de elaborarlos)? En este sentido, podría sugerirse que la mala dinámica institucional que muestran países como el nuestro no se encuentra completamente desvinculada de la torpe estructura de incentivos institucionales con la que contamos.

Finalmente, se encuentra el caso del Poder Judicial. Parece obvio que en nuestro país el desempeño de la justicia ha llegado a ser tan objetable como podía llegar a preverse en los peores sueños de aquellos involucrados en su diseño. Pero al respecto volvería a repetir el punto que he procurado enfatizar a lo largo de todo este escrito: no creo que este resultado desgraciado se deba a la peculiaridad argentina, al carácter excepcional o particularmente corrupto de los argentinos. Es importante marcar que, más allá de las obvias responsabilidades personales, ese resultado es connatural a un sistema institucional que no nació para impedir el abuso judicial, sino que lo hizo posible. Analicemos esta rama del poder conforme a las enseñanzas de Madison, es decir, pensando en los medios constitucionales y motivos personales que dejamos en manos de los jueces. Ante todo (y pienso aquí, particularmente, en los jueces de la Corte Suprema), hemos delegado sobre los jueces una cantidad extraordinaria de facultades: básicamente, como dice el art. 116 de nuestra Constitución, les permitimos intervenir en todos los casos en donde nuestra Constitución está en juego, es decir, en los casos más importantes que nuestra comunidad puede enfrentar. Más seriamente todavía, permitimos que los jueces intervengan en dichas cuestiones con el poder de pronunciar la "última palabra" (una facultad, ésta, que no les hemos delegado, pero que los propios jueces se han arrogado aprovechando los amplios márgenes de acción de los que la Constitución los dotaba). Es decir, hemos tornado posible una práctica que debiera ser considerada alarmante en cualquier comunidad democrática: que la voz de la ciudadanía, expresada directamente o por medio de sus representantes, sea distorsionada o anulada en la práctica por funcionarios que no son electos ni controlados ni removidos por la ciudadanía. En tercer lugar, lo anterior se enmarca en la ausencia de un acuerdo colectivo acerca de cuál teoría interpretativa es valiosa o

compatible con nuestros valores democráticos, lo que en los hechos, les permite a los jueces decir casi cualquier cosa frente a cualquier caso. Para tomar sólo un ejemplo basado en una de las ideas más claras y obvias incorporadas en cualquier Constitución, el derecho de "libertad de expresión": tal derecho es interpretado por algunos jueces como compatible con la circulación de expresiones racistas, terroristas, o pornográficas y, por otros, como negando indudable e indefectiblemente tal posibilidad. Es decir, todo o casi todo es posible en materia interpretativa. Resumiendo lo dicho hasta aquí, nos encontramos con que lo más importante que hacemos como comunidad tiene relevancia constitucional, con que los jueces —y no nosotros como ciudadanos— son los últimos intérpretes de la Constitución, y con el hecho serio de que existen múltiples interpretaciones teóricamente posibles frente a cada caso concreto. Para advertir la gravedad de esta situación, conviene recordar que nosotros, como ciudadanos, no elegimos a los jueces, ni contamos con herramientas institucionales con la que reprochar siquiera la acción de ellos. Falso, se dirá: los jueces pueden ser sometidos a juicio político. Sin embargo, ello es cierto básicamente para los casos excepcionales en que somos capaces de demostrar que algunos jueces han cometido delitos (y aún así, como nos ha demostrado la práctica argentina, es poco lo que podemos hacer y son bajas las chances de que prospere un juicio político). Pero lo que más cuenta aquí no son los delitos, sino las interpretaciones que llevan adelante los jueces, todos los días, sobre lo que los bancos pueden hacer o no hacer, sobre los aumentos que se pueden fijar o no en las tarifas públicas, sobre la constitucionalidad o no de un corte de ruta. En definitiva, nuestra Constitución y nuestra práctica constitucional han convertido a los jueces en soberanos con amplios poderes, a la vez que nos ha privado de la capacidad institucional de reprocharles algo. Dicho sistema institucional, como bien sabemos, es compatible con una situación en la que los jueces hacen exactamente lo contrario de lo que queremos, de lo que la letra de la Constitución y el sentido común parecen indicar, y en donde la ciudadanía queda imposibilitada de accionar institucionalmente contra tal resultado. Ellos (y digo ellos por la patética orfandad de mujeres que ha distinguido a la historia de nuestro tribunal superior) nos pueden replicar, simplemente, que los dejemos hacer. Ellos pueden decirnos, como

indirectamente lo hacen: "Lo que acabamos de hacer —aunque trágico para ustedes— es compatible con una interpretación posible de la Constitución". Y en efecto, frente a esa respuesta insultante para nuestra dignidad democrática no nos queda ninguna capacidad institucional de reacción.

El círculo, entonces, vuelve a cerrarse. Nos encontramos con un sistema institucional que finalmente limita nuestra posibilidad de expresarnos políticamente (dejándonos sólo unas toscas piedras entre las manos), desalienta el diálogo público, y elimina nuestro poder último de decisión. Dicho poder de decisión, por lo demás, es dejado en custodia de una clase política alejada de nuestro alcance, y bajo la supervisión última de un Poder Judicial sobre el cual no podemos operar institucionalmente (ni para nombrarlos, ni para exigirles cambios en sus decisiones, ni para removerlos). El sistema institucional, así, viene a expropiar nuestra capacidad de decisión sobre las cuestiones públicas que más nos interesan. El hecho es que hemos sido alienados de la política institucional. Nuestro sistema político ha pasado de ser un producto de nuestra creación, destinado a hacer posible nuestro autogobierno, a ser un producto colectivo que ahora gobierna sobre nosotros.

VIII. DERECHOS ESPECIALES PARA GRUPOS DESAVANTAJADOS*

1. Introducción

Durante mucho tiempo, pareció presumirse que las principales injusticias y desigualdades sociales podían resolverse a través del establecimiento de un sistema constitucional adecuado. Un buen sistema constitucional iba a hacer posible que aquellos que tuvieran quejas o demandas justificadas pudieran resolver sus dificultades a través de la discusión y la negociación con los demás miembros de la sociedad. El Parlamento aparecía entonces como el "foro" político principal, el lugar en donde debían volcarse los reclamos provenientes de los distintos sectores de la comunidad y en donde dichos sectores debían celebrar sus principales acuerdos. El Poder Judicial, por otro lado, se encargaba de asegurar que ninguna persona resultara tratada "indebidamente" por las instituciones políticas. Un tratamiento "indebido", en este caso, era aquel "contrario a la Constitución" —es decir, fundamentalmente, un tratamiento susceptible de violentar ciertos derechos básicos—. El círculo, entonces, parecía cerrar de un modo perfecto: la Constitución les garantizaba a *todos los individuos* ciertos derechos básicos, el Poder Judicial controlaba el respeto de tales derechos y el Poder Legislativo permitía que las personas se pusieran de acuerdo en todas aquellas cuestiones que excedían a la disputa sobre estos derechos básicos.

Sin embargo, el paso de los años comenzó a mostrar que el paraíso constitucional prometido no se alcanzaba. Para algunos, los derechos constitucionales parecían ser una mera ficción; para otros, el Parlamento no terminaba de represen-

* Una versión anterior de este capítulo fue escrita como introducción al libro *Derecho y grupos desaventajados* (Gedisa, Barcelona), que editara en 1999.

tarlos de un modo adecuado; para otros más, el Poder Judicial sólo servía al interés de unos pocos. Cada uno de estos reclamos aparecía encerrando algo de razón. Y es que el mundo constitucional creado se basaba en supuestos, muchas veces, poco razonables: las sociedades sobre las cuales se imponía la Constitución solían ser más complejas de lo que los convencionales constituyentes pensaban, los derechos que se proclamaban eran menos claros —y a veces, menos obvios— de lo que parecían, los jueces y legisladores tendían a carecer de algunas de las virtudes o motivaciones que se esperaba que tuvieran. Como resultado de ello, y entre otras cosas, nos encontramos con que cada vez son más y más diversos los grupos que exigen, razonablemente, que el derecho los trate de un modo diferente.

Ahora bien ¿cómo justificar la propuesta de que el Estado muestre una preocupación especial frente a los grupos sociales más desaventajados, cuando advertimos que en la mayoría de las sociedades (jurídicamente) modernas se han dejado de lado las abiertas discriminaciones que solían distinguir a los ordenamientos jurídicos más antiguos? Adviértase, por ejemplo, que muchas sociedades modernas garantizan de un modo, en principio irreprochable, derechos tales como el de libre expresión y asociación, cuentan con un sistema de partidos políticos pluralista y aseguran la universalidad de los derechos políticos. Si la sociedad provee de un mínimo de condiciones básicas iguales para todos sus integrantes, luego, la concesión de derechos especiales para ciertos sectores ¿no resulta una manera de "discriminar" al resto de la sociedad?

El razonamiento anterior se basa al menos en una afirmación demasiado imprecisa. Y es que las "condiciones básicas iguales para todos" que el constitucionalismo moderno procura asegurar parecen ser menos "iguales" de lo que alegan. Para entender el porqué de esta afirmación, resulta importante que prestemos atención a algunos de los principales presupuestos a los que se recurrió a la hora de organizar el sistema representativo.

El sistema republicano representativo —y pienso aquí, específicamente, en el sistema institucional creado en los Estados Unidos a fines del siglo xviii— se creó bajo una diversidad de presupuestos que —según diré— afectaron su capacidad para "reaccionar" adecuadamente frente a algunos de los

rasgos propios de las sociedades modernas. Fundamentalmente, los "fundadores" de dicho sistema asumieron que era posible asegurar que el sistema político "incorporase" a los principales grupos sociales existentes de modo tal de obligarlos a acordar entre sí, antes de que cualquier norma pudiera ser aprobada. Incluyendo a tales sectores, el sistema institucional incorporaba, básicamente, a toda la sociedad, que ahora pasaba a contar con un foro en donde era posible discutir sobre los temas que más le preocupaban. Por otra parte, el sistema institucional creado incluía sistemas de control especiales para casos, también especiales, de posibles abusos.

Tales convicciones se basaban en una diversidad de presupuestos sobre los que conviene llamar la atención. En primer lugar, los "padres fundadores" de la democracia norteamericana pensaron que su sociedad se encontraba fundamentalmente fracturada entre dos grupos con intereses más o menos antagónicos entre sí. En dicho momento se identificó a tales grupos con los sectores (así llamados) de los "deudores", y los "acreedores". Y, tal como sostuviera James Madison, la sociedad estaba llamada a seguir fragmentada de un modo similar, aunque los intereses principales en juego pudieran variar circunstancialmente. En el que fuera, sin dudas, su escrito más influyente (el artículo n° 10 de *El Federalista*), Madison sostuvo que la sociedad se dividía, fundamentalmente, entre minorías y mayorías, o —más específicamente— entre "[l]os propietarios y los que carecen de bienes... [los] acreedores y [los] deudores". Ésta era la división más importante de las que podían registrarse en la sociedad —decía— ya que se originaba en la "desigual distribución de la propiedad", que representaba "la fuente de discordia [social] más común y persistente". Este tipo de opiniones fueron ratificadas por Madison en sus escritos más importantes y sostenidas también por la mayoría de los "padres fundadores".¹

¹ P. ej., en una carta a Charles Pinkney, de junio de 1787, Madison replicó una afirmación de Pinkney conforme a la cual la sociedad se encontraba dividida, fundamentalmente, en tres grupos de intereses (los intereses comerciales, profesionales, y agrarios), diciendo que, aunque era cierto que existían fuertes divisiones sociales (Madison mencionó entonces a los acreedores, los deudores, los agricultores, los mercaderes y los manufactureros), ninguna división era tan importante como aquella que separaba a los

También fue habitual, entre los creadores de la Constitución, la idea de que estos grupos de intereses contrapuestos eran, internamente, grupos más bien homogéneos, por lo cual no era necesario contar con un amplio número de representantes a los fines de tener conocimiento de los principales intereses que dividían a la sociedad: con unos pocos representantes de cada uno de estos grupos, el Congreso sería capaz de reflejar la diversidad de puntos de vista presentes en el país.²

Por lo demás, los "padres fundadores" consideraban indudable que cada uno de los representantes del pueblo (como cualquier otro miembro de la sociedad) tendía a actuar autointeresadamente. De allí que les resultara fácil concluir que, asegurando la presencia en el Parlamento de algunos representantes de cada uno de los (dos) principales sectores en los que se dividía la sociedad, ésta se encontraría plena y adecuadamente representada: actuando (como se esperaba que actuasen) autointeresadamente, cada uno de estos delegados contribuiría a "dar voz" a los intereses de su propio grupo y, así, a los intereses de una parte significativa de la sociedad.³

Por lo dicho, los creadores del sistema representativo tendían a "sacarle provecho" al autointerés propio de cada re-

"ricos" de los "pobres". Esta división —afirmó Madison— estaba llamada a perdurar. Alexander Hamilton, especialmente, tendió a alinearse con Madison en esta descripción de la sociedad. Para él: "En cada comunidad en donde se alienta la industria, habrá una división entre mayorías y minorías". FARRAND, M. (ed.): *The records of the Federal Convention of 1787*, Yale University Press, New Haven, 1966, t. 1, p. 288.

² Así, p. ej., en *El Federalista*, n° 56, Madison reafirmó esta idea sosteniendo que "un reducido número de hombres poseerá todos los conocimientos que se requieren para representar [a los Estados] cumplidamente". HAMILTON, A.; MADISON, J., y JAY, J.: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

³ A esto se suma, además, el siguiente hecho: los "padres fundadores" tenían la certeza de que era posible asegurar la presencia de cada uno de estos grupos (minorías y mayorías, esto es, acreedores y deudores, propietarios y no propietarios) dentro del sistema institucional. Ello, fundamentalmente, a través de recursos como el del sistema electoral: se asumía entonces, y con algo de razón, que las elecciones "directas" tendían a favorecer la elección de representantes de la "mayoría" o del grupo de los "deudores", mientras que las elecciones "indirectas" tendían a favorecer la elección de representantes de la "minoría" o del grupo de los "acreedores". Véase MARIS, B.: *The principles of representative government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997; GARGARELLA, R.: *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

presentante.⁴ La idea era clara: si el sistema institucional sólo aseguraba la presencia de un cierto sector de la sociedad luego, previsiblemente, los demás sectores terminarían siendo afectados. Pero si (tal como se procuraba asegurar) cada una de las distintas secciones de la comunidad obtenía su propio "espacio" institucional luego, previsiblemente, los intereses de todos resultarían protegidos. Hamilton tenía, al respecto, una frase muy ilustrativa. Decía: "Dadle todo el poder a las mayorías, ella oprimirá a la minoría. Dadle todo el poder a la minoría, ella oprimirá a la mayoría. Ambas fracciones, por lo tanto, deben tener poder, de modo tal que cada una de ellas pueda defenderse contra la otra".⁵

Ahora bien, un sistema como el anteriormente descrito (asentado en la "plena representación"⁶ de grupos internamente homogéneos y compuestos de individuos autointeresados) tal vez podía ser adecuado para resolver los principales conflictos sociales presentes en sociedades relativamente poco complejas.⁷ Sin embargo, aquél resulta menos atractivo cuando queremos ocuparnos de sociedades distintivamente "plurales", como muchas de las que conocemos actualmente. Ello, fundamentalmente, cuando advertimos que las sociedades modernas se distinguen por la multiplicidad y diversidad de grupos que la componen (minorías étnicas, raciales, sexuales, religiosas); y por la heterogeneidad misma de esos grupos (p. ej., dentro de la comunidad negra existen infinidad de intereses divergentes, dependiendo de la condición social, económica, religiosa de sus distintos integrantes). Esta pluralidad de grupos e intereses, propia de las comunidades contemporáneas debilita enormemente el ideal que podía ser propio del "período fundacional" norteamericano, es decir, el ideal conforme al cual el sistema político era capaz de asegurar la representación, y así la defensa y protección de los diversos intereses existentes dentro de la sociedad. ¿Cómo hacer hoy, en efecto, para garantizar en el Congreso la presencia de los distintos

⁴ Como dijera Madison en *El Federatista*, n. 51, "la ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición".

⁵ FERRARD (ed.): *ob. cit.*, t. I, p. 288.

⁶ GARCAMELLA, R.: "Full representation, deliberation, and impartiality", en ESTES, J. (ed.): *Deliberative democracy*, Cambridge University Press, pp. 260-280.

⁷ Escribo en condicional porque no resulta nada obvio que el sistema representativo asegurara la "plena" representación de la sociedad en el mismo "período fundacional" norteamericano.

intereses existentes en la sociedad? ¿Cómo hacer hoy para que el sistema institucional sea sensible a las múltiples "voces" presentes en la comunidad?

El problema sugerido resulta agravado cuando concentramos nuestra atención en el Poder Judicial y el modo en el que éste, previsiblemente, funcionaría. Según entiendo, si se asume —como se asumía en el "período fundacional"— que la sociedad se encuentra fraccionada básicamente en dos grupos —mayoría y minoría— puede resultar razonable pensar que el Poder Judicial, como poder "no mayoritario" (ya que, por el modo de la elección de sus miembros y por la estabilidad en sus cargos, no era esperable que los jueces respondieran "obedientemente" a las mayorías) va a mostrarse especialmente "sensible" frente a los reclamos de los grupos no mayoritarios —las minorías—.⁸ De todos modos, cuando reconocemos la pluralidad de grupos sociales hoy existente, y reconocemos también que las mayorías y minorías constituyen, en todo caso, grupos de composición variable (a partir de la formación de coaliciones cambiantes, frente a situaciones diferentes), el presupuesto anterior (según el cual es dable esperar que el Poder Judicial juegue un papel crucial en la protección de las minorías) también se diluye. ¿Por qué razón habríamos de esperar que el Poder Judicial (como poder "no mayoritario") se muestre especialmente "sensible" frente a los reclamos minoritarios —los reclamos de los inmigrantes, los homosexuales, las minorías étnicas y religiosas, amenazados por las apetencias de particulares coaliciones mayoritarias?

2. ¿Qué reformas institucionales pueden pensarse, para atender las necesidades de los grupos más desfavorecidos?

Tomando en cuenta consideraciones como las anteriores, muchos autores han comenzado a mostrar una urgente preocupación por perfeccionar el sistema institucional hoy vigente. Estos autores advierten que (por razones que pueden estar vinculadas a las examinadas más arriba) las decisiones que

⁸ Sin embargo, aun este punto resultaría muy discutible ya que el hecho de que un órgano no responda directamente a los intereses de las mayorías no nos dice, necesariamente, que vaya a inclinarse a proteger a las minorías.

surgen del sistema institucional ya no pueden reclamar para sí, razonablemente (y como podían hacerlo años ha) *universalidad*. Actualmente no es razonable considerar a las normas emanadas del Congreso como un producto fidedigno de la "voluntad del pueblo" (ello, aun aceptando el carácter siempre metafórico de esta expresión):⁹ existen grupos cuyas "voces" resultan sistemáticamente ausentes de la discusión pública (p. ej., muchos grupos de inmigrantes), grupos que siempre aparecen alineados dentro de minorías muy reducidas (p. ej., ciertos grupos de aborígenes), grupos sobre los cuales se ciernen persistentes amenazas que, por alguna razón, el Poder Judicial se resiste a reconocer (p. ej., los más pobres).¹⁰

Una primera reacción, frente a un aparente cambio de escenario como el arriba descrito, es la de abandonar la pretensión universalista propia del paradigma vigente desde el "período fundacional" del constitucionalismo —es decir, abandonar la idea de que se deben asegurar "derechos iguales para todos"—. Por razones como las sugeridas más arriba, puede ocurrir que se dicten leyes que, aunque no "señalen" exclusivamente a algún sector de la sociedad (para privarlo de ciertas prerrogativas u otorgarle privilegios especiales), en la práctica sirvan para beneficiar o perjudicar arbitrariamente a algunos grupos; o bien no lleguen a tratar a ciertos grupos del modo debido.¹¹ Por ejemplo, en una sociedad en donde el Parlamento se encuentra compuesto mayoritariamente por hombres blan-

⁹ Existen otras razones, tanto o más importantes que las mencionadas, que contribuyen a que lleguemos a dicha conclusión. P. ej., el incremento de la burocracia política administrativa; o los obvios problemas de un sistema representativo como el norteamericano, para asegurar la responsabilidad de los funcionarios electos (véase, al respecto, GARGARELLA, R.: *Nos los representantes*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 1996). Sin embargo, aquí me interesan destacar los problemas que se deben, fundamentalmente, a lo que el filósofo John Rawls llamaría el nuevo "hecho del pluralismo razonable" (Rawls, J.: *Political liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993). En cuanto a la importancia de no identificar a las "normas corrientes" como expresiones genuinas de la "voluntad popular", véase Ackerman, B.: *We the people. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

¹⁰ Recuérdese, en este sentido, la pobre actuación del Poder Judicial frente a los reclamos en pos de "derechos de bienestar". Recuérdese también, y en particular, casos como "San Antonio v. Rodríguez", 411 US 1 (1973). Véase una discusión al respecto, p. ej., en MICHAELIS, F.: "Welfare Rights in a Constitutional Democracy", *Washington University Law Quarterly*, 1979, p. 659.

¹¹ Idénticos resultados pueden alcanzarse, obviamente, a través del no dictado u omisión de ciertas leyes.

cos, católicos y educados, no resulta irrazonable pensar que las leyes tiendan a favorecer, por acción o por omisión, a tales grupos (los hombres, blancos, católicos, educados): en tales casos, por ejemplo, no resultaría extraño que los intereses de las mujeres, o los de las minorías no católicas o los inmigrantes, resulten poco atendidos; ni resultaría extraño que las leyes que, de algún modo, traten sobre la suerte de tales grupos (p. ej., una ley sobre el aborto) dejen de sopesar adecuadamente los puntos de vista de las mujeres, o los no católicos, al respecto. Peor aún, una práctica estabilizada en modos como el señalado (p. ej., una práctica distinguida por la presencia de un Parlamento compuesto fundamentalmente por hombres) puede convertirse, cada vez más, en una práctica difícil de cambiar —p. ej., porque los hombres y las mismas mujeres comienzan a asumir que las últimas *deben* quedarse en sus hogares cuidando de sus niños mientras los primeros salen a la vida pública, trabajan, intervienen activamente en política, etcétera.

En casos como los citados, entonces, tal vez se justifique dejar de pensar en "derechos iguales para todos" para pasar a defender el otorgamiento de "derechos especiales" *para ciertos grupos* que, intencionadamente o no, resultan tratados de un modo arbitrario. Por supuesto, la sola mención de esta posibilidad causa escozor dentro del pensamiento liberal (el pensamiento que, en definitiva, se encuentra detrás de un sistema político como el norteamericano): el pensamiento liberal ha visto siempre con desagrado la posibilidad de favorecer especialmente a ciertos grupos. Ello, entre otras razones, a partir de sus presupuestos individualistas.

Owen Fiss por ejemplo, procuró enfrentar directamente los presupuestos "altamente individualistas" que —según juzgaba— eran propios del derecho norteamericano.¹² Fiss propone, en su trabajo, pensar ciertas cláusulas de la Constitución referidas al ideal de igualdad (él se refiere, específicamente, a la Enmienda XIV o "cláusula de la igual protección") desde presupuestos colectivistas. Ello, fundamentalmente, para concebir la preocupación constitucional de la igualdad como una preocupación dirigida (más que a "todos los individuos", en general) hacia ciertos grupos, en especial. Los grupos en los

¹² Fiss, O.: "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, n° 2 (invierno, 1976), pp. 107-177.

que Fiss piensa son aquellos que (como la comunidad negra) se encuentran en una posición de "subordinación perpetua" (dada la posición social relativa que ocupan, en tanto comunidad, y el tiempo que llevan ocupando dicho lugar) y que carecen de un poder político significativo (algo que puede deberse, entre otras razones, a su débil posición económica, en tanto grupo y a los extendidos prejuicios que existen sobre sus miembros, entre el resto de la comunidad).

Optando por una estrategia parcialmente distinta de la de Fiss, algunos autores han aconsejado, también, la adopción de "medidas especiales" en favor de ciertos grupos desaventajados, pero mostrando que dicha iniciativa no requiere romper con la tradición del pensamiento liberal. Para alcanzar dicho objetivo, han intentado mostrar que la defensa de derechos colectivos es consistente con y —más aún, exigida por— la defensa de principios liberales fundamentales, como el de igual trato.¹³ Todavía más, el impacto de preocupaciones como las demostradas por Fiss ha sido tan fuerte que aun algunos liberales igualitarios muy poco dispuestos a renunciar al individualismo más estricto, o a hablar en términos de "derechos colectivos", han comenzado a aceptar la necesidad de otorgar protecciones especiales a ciertos grupos como modo de resguardar mejor los intereses de los individuos que integran tales grupos.¹⁴

Puede ocurrir que razones como las enunciadas con anterioridad nos persuadan, y nos muevan a considerar la posibilidad de favorecer, a través del derecho, a ciertos grupos especialmente desaventajados. Pero una vez que aceptamos dar este (difícil) paso quedamos enfrentados a otra pregunta, también difícil de responder: ¿qué es lo que se justifica que hagamos en pos de contribuir con la suerte de los grupos más desaventaja-

¹³ Apoyándose en consideraciones como las defendidas por algunos de los autores liberales contemporáneos más destacados (como John Rawls o Ronald Dworkin), Will Kymlicka intenta demostrar que las medidas especiales en favor de ciertas minorías son requeridas por la justicia. Ello, como un modo de "remover o compensar las desventajas no mercedadas o 'moralmente arbitrarias', [que además resultan] profundas y abarcativas y están presentes desde el momento del nacimiento". Véase Kymlicka, W.: *Multicultural Citizenship: A liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 126.

¹⁴ Véase, p. ej., Dworkin, R.: *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985; o Waldron, J.: "Minority cultures and the cosmopolitan alternative", en Kymlicka, W. (ed.): *The Rights of minority cultures*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

dos? Aquí las respuestas también pueden ser varias. Sin embargo, me inclinaría a pensar, fundamentalmente, en dos tipos de medidas. Primero, mencionaría aquellas destinadas a "darle la palabra" a tales grupos desaventajados (de modo tal que sus integrantes puedan hacer conocer y salir en defensa de sus puntos de vista) o a asegurarles una integración más efectiva en su comunidad (de modo tal que puedan participar como iguales, junto con los demás miembros de la sociedad, en la toma de decisiones acerca de cómo organizar la vida colectiva). Estas medidas parecen especialmente significativas en la actualidad, cuando el sistema representativo sufre déficits como los que hemos enunciado (que impiden que hoy, p. ej., el Parlamento pueda ser considerado como "la asamblea deliberativa de la Nación", como soñaban Edmund Burke o James Madison), y cuando parece crecer, también, el número de individuos "marginados", política y socialmente, del resto de sus conciudadanos.

En segundo lugar, haría referencia a aquellas medidas destinadas a asegurarle a los grupos desaventajados "remedios" o "salidas" especiales, destinadas a reforzar sus derechos más importantes (hasta tornarlos menos vulnerables frente a las amenazas que se ciernen sobre ellos), o a "reparar" situaciones injustas de larga data. Este tipo de medidas parecen también significativas, en la actualidad, cuando los órganos existentes de control y garantía de los derechos (y en especial el Poder Judicial o la misma policía) se muestran todavía muy poco sensibles frente a la violación de ciertos derechos (piénsese, típicamente, en el caso de la violencia marital).

Típicamente, ciertas medidas de "acción afirmativa" o "discriminación inversa" pueden verse como orientadas a asegurar la más plena integración social de ciertas minorías. Piénsese, por ejemplo, en una decisión como la de "reservar" ciertos sitios del Parlamento para los miembros de determinados grupos minoritarios (p. ej., representantes aborígenes); o la de obligar a los partidos políticos a incluir dentro de sus listas al menos un determinado porcentaje de mujeres; o la de asegurar una representación "plural" en las agencias administrativas creadas por el gobierno. Decisiones de este tipo procuran asegurarle a tales grupos una "voz" efectiva dentro de la sociedad.¹⁵

¹⁵ Una discusión importante, al respecto, en KESLICKI: *ob. cit.*

Las medidas de "acción afirmativa" también aparecen vinculadas con el segundo de los propósitos citados: el de "reparar" situaciones de injusticia de larga data. A ello se apunta, por ejemplo, cuando se intenta mejorar la representación política de la minoría negra (luego de años en que, por medios formales o informales, se le denegara tal derecho a sus miembros). Otras medidas, como la de facilitar el acceso a la universidad de minorías previamente discriminadas, también pueden verse como apuntando, muy especialmente, a "reparar" una "injusticia histórica" (la discriminación formal o informal sufrida por los negros, durante el proceso educativo, y especialmente a la hora de ingresar a la universidad) que silenciosamente tendía a reafirmarse con el paso del tiempo.

Contemporáneamente, se han pensado en otras medidas paralelas, igualmente dirigidas a perfeccionar los derechos de los grupos más desvalidos. Entre muchas de ellas podrían mencionarse, desde la entrega de subsidios destinados a favorecer la organización de estos grupos al otorgamiento de poderes de veto a ciertas minorías (p. ej., lingüísticas, como en Canadá) en cuestiones de su directa competencia (legislación dirigida a organizar el uso de la lengua oficial); o la creación de parlamentos especiales destinados a agrupar a ciertos grupos habitualmente marginados, a los cuales se consulta en cuestiones de su incumbencia (p. ej., el parlamento de los grupos "sami", en Noruega, consultado en temas relativos a la caza y la pesca en la costa norte del país, donde estas minorías tienden a concentrarse). Las alternativas en las que pueden pensarse son muchas pero lo que resta saber es si tenemos buenos argumentos para defender este tipo de iniciativas.

3. Argumentos y contraargumentos en la discusión sobre los derechos de los grupos desaventajados

Quienes defienden la necesidad de desarrollar políticas preferenciales en favor de ciertos grupos, deben hacer frente a innumerables objeciones teóricas y prácticas, muy difíciles de superar. Aquí quisiera presentar un breve panorama de estas críticas, y señalar también por qué es que, a pesar de ellas, aún tenemos buenas razones para seguir reflexionando sobre la posibilidad de adoptar este tipo de políticas preferenciales.

De entre las muchas críticas que se han mencionado, frente a la propuesta de aquellas políticas preferenciales, seleccionaría las siguientes. Ante todo, algunos señalan que las políticas especiales en favor de ciertos grupos violentan exactamente el mismo tipo de principios que los defensores de aquellas aseguraban defender: el principio según el cual nadie debe ser tratado peor a partir de circunstancias que no están bajo su propio control (su pertenencia étnica, su raza, su género).¹⁶ ¿Por qué no distribuir los costos y beneficios sociales conforme a los méritos de cada uno, en lugar de realizar generalizaciones ("los blancos", "las mujeres") basadas en características inmodificables? Más allá de estos primeros interrogantes, corresponde reconocer que, en general, no resulta fácil justificar por qué es que se pretende dar una ayuda especial a ciertos grupos (desfavorecidos) y no a otros. ¿Por qué, por ejemplo, favorecer la representación de los latinos y no la de los ciegos? ¿Por qué establecer un sistema de "cuotas" en favor de la mujer y no, por caso, de los discapacitados mentales? El problema anterior se agrava cuando advertimos que cada uno de nosotros pertenece, al mismo tiempo, a una diversidad de "comunidades" relevantes. Es posible hablar de alguien, por ejemplo, como "chicano", pobre, albañil, no propietario, analfabeto, tuerto. ¿Cuál de todas esas dimensiones corresponde resaltar? O, más seriamente aún: si nos ponemos de acuerdo sobre la necesidad de colaborar con la suerte de los más desfavorecidos: ¿en qué "recorte" particular debemos pensar? ¿Es justo apoyar a la comunidad de color, en general, o debiéramos pensar, en cambio, y por ejemplo, en brindar respaldo especial a las mujeres pobres de raza negra?

Por otra parte, sugerencias como las anteriores deben enfrentar serios problemas prácticos. Entre tales problemas, por ejemplo, merecen mencionarse algunos como los siguientes. Por un lado, las políticas de apoyo especial a ciertos sectores de la sociedad (p. ej., ayudas especiales para los más pobres, de modo tal que todos los ciudadanos alcancen un cierto "piso

¹⁶ Esto es lo que alegó ante la Corte Suprema norteamericana Allan Bakke, un estudiante blanco que fue desplazado por otro, negro, a partir de una política "sensibil" frente a la cuestión de la raza" aplicada por la Universidad de California ("The Regents of the University of California v. Allan Bakke", decisión del 12/10/1977). Véase, al respecto, Dworkin, R.: *A matter...*, cit., capítulos 14 y 15.

común") suelen llevar a que la gente comience a considerar fundamental su pertenencia a un determinado grupo, y a reclamar al Estado en nombre de ella (tornándonos cada vez más y no menos consciente de cuestiones tales como la propia raza, el género, etc.) ayudan a que cada uno de los grupos en cuestión deje de preocuparse de los intereses de los demás (p. ej., ¿para qué pensar en los intereses del grupo vecino, cuando él ya recibe un apoyo especial, o tiene garantizado, p. ej., ciertos lugares "fijos" en el Congreso?); suelen contribuir a que cada grupo tienda a evaluar negativamente los reclamos de los demás grupos (p. ej., pensando que los mayores derechos del grupo rival implican menos derechos para el propio grupo); y alientan, entonces, un incremento de las rivalidades y los prejuicios entre distintos sectores de la sociedad (p. ej., "los beneficios que recibe tal grupo se deben, exclusivamente, a que son 'latinos', incapaces de hacerse cargo de su propia suerte"). En tal sentido, podría decirse, políticas como las mencionadas pueden ser vistas como políticas que favorecen la "balcanización" de la sociedad en una multitud de grupos enfrentados entre sí. Y lo que es todavía peor, puede ocurrir que muchos miembros de los grupos (supuestamente) beneficiados por estas políticas preferenciales vea a las medidas en cuestión como "degradantes", como un insulto para las capacidades de su grupo, al que se asume como incapaz de mejorar, por sí mismo, su situación de desventaja relativa.

Los argumentos críticos mencionados hasta aquí se ven reforzados, además, una vez que comenzamos a preguntarnos sobre la "eficiencia" de medidas como las sugeridas: ¿conviene, por ejemplo, crear una nueva burocracia administrativa destinada a lidiar con los reclamos de ciertos grupos o a distribuir beneficios económicos? Las medidas de ayuda especial a ciertos grupos (p. ej., sitios reservados en el Parlamento) ¿son realmente útiles para satisfacer el objetivo que se proponen alcanzar (ayudar a que se escuchen ciertas "voces" normalmente ignoradas)? O, lo que resulta todavía más grave: ¿qué relación existe entre el nombramiento de un representante "negro", digamos, en una comisión gubernamental, y el conocimiento o la defensa efectiva de los "intereses predominantes" dentro de la comunidad negra?¹⁷

¹⁷ O piénsese, si no, en la decisión "informal" de incluir "representantes" de ciertos sectores de la sociedad —las mujeres; ciertas minorías étnicas— en la Corte Suprema: ¿qué nos garantiza que de dicha forma los intereses de los grupos en cuestión resultan mejor protegidos?

A pesar de la contundencia de muchas de las críticas anteriores, creo que todavía es posible mostrar la plausibilidad de las políticas preferenciales en favor de ciertos grupos desaventajados. En primer lugar, y aunque éste parezca un argumento puramente "formalista", lo cierto es que ni la Constitución norteamericana, ni la mayoría de las constituciones modernas, parece negar —a través de interpretaciones razonables de su texto— la posibilidad de tales políticas especiales. En segundo lugar (y tal como dijera Archibald Cox frente a la Corte Suprema, durante la discusión del citado caso "Bakke", referido a la validez de las "acciones afirmativas") el objetivo que se pretende defender a través de muchas de estas políticas preferenciales no sólo no es constitucionalmente impermisible, sino que además parece ser un objetivo valioso y urgente desde el punto de vista constitucional: contribuir a que ningún grupo resulte arbitrariamente desaventajado.

En relación con el argumento según el cual existen infinidad de grupos hipotéticamente necesitados de un "apoyo social especial", podría decirse lo siguiente: que ello es tan cierto como lo es que algunos de entre tales grupos, por su número (p. ej., las mujeres), o por el "peso" de sus reclamos (p. ej., la comunidad negra, luego de años de padecer una situación de esclavitud), o por el nivel de sus necesidades (p. ej., los enfermos terminales de cáncer, o los HIV positivos), pueden merecer una atención privilegiada o prioritaria.¹⁸ En este sentido, cualquier comunidad parece en condiciones de establecer este tipo de prioridades, más allá de problemas teóricos de fondo como los que hemos mencionado *supra*.

Ahora bien ¿es cierto que medidas como las citadas implican dejar de juzgar a cada uno en tanto "individuo", para pasar a considerar a los sujetos, más bien, como integrantes de un grupo social (esto es, a partir de generalizaciones vinculadas a su raza, género, etc.)? Tal objeción también parece indebida, si se propone impugnar la utilización de "generalizaciones" a la hora de realizar, por ejemplo, procedimientos de selección entre aspirantes a una misma posición. Siempre, de un modo u otro, nos basamos en algún tipo de generalizaciones, y consideramos el recurso a ellas irreprochable: aceptamos como algo

¹⁸ Véase, al respecto, PARRY, D.: "Equality and priority", en Mason, A. (ed.): *Ideals of equality*, Blackwell Publishers, Oxford, 1998, pp. 1/20.

absolutamente apropiado, por ejemplo, que una universidad no admita a ningún estudiante cuyas notas sean inferiores a cierto nivel.¹⁹

¿Puede decirse, de todos modos, que si bien *algún tipo* de generalizaciones pueden resultar apropiadas, *este tipo* de generalizaciones ("los blancos", "los varones") son inaceptables dado que llevan a discriminar, digamos, a los blancos o a los varones a partir de características que no se encuentran bajo su responsabilidad (el color de piel, el género)? Frente a este tipo de observaciones, cabría sostener que una discriminación como la citada no ocurre *necesariamente*, cada vez que se adopta una política de trato preferencial a un grupo, sino que el resultado discriminatorio depende del tipo de política que se adopte. En tal sentido, entiendo que es dable pensar en una multiplicidad de políticas "flexibles" de ayuda a grupos desaventajados, capaces de hacer lugar a muchas de las contradictorias intuiciones que se nos aparecen cuando reflexionamos sobre el tema. Típicamente, cuando comenzaron a tomarse medidas de "acción afirmativa" se consideraron aceptables esquemas ("rígidos") que hoy nadie reconocería como aceptables (p. ej., admitir como nuevos estudiantes en la Universidad a jóvenes de raza negra, con independencia de que sus cualidades académicas estén muy por debajo de las de otros candidatos blancos). Sin embargo (y aunque, obviamente, debe argumentarse más al respecto) diría que parece posible evitar las arbitrariedades pasadas reconociendo que, en ciertos casos (p. ej., frente a una historia de discriminación) y bajo ciertas condiciones (p. ej., tratándose de un estudiante o un trabajador tan calificado como sus competidores), datos "inmodificables" como el de la raza pueden llegar a tener alguna relevancia (tal como la tiene hoy, p. ej., la edad) a la hora de realizar una selección, por ejemplo, entre candidatos para un trabajo o un lugar en la universidad.²⁰ La Corte Suprema norteamericana,

¹⁹ Véase Dworkin: *A matter...*, cit.

²⁰ Al respecto, entonces, señalaría que algunas de las objeciones más comunes que se han presentado frente a estas políticas especiales pueden disolverse con relativa facilidad, manteniendo indemne el principio fundamental que se encuentra detrás de ellas: existen buenas razones para justificar la adopción de programas especiales en favor de algunos grupos aunque, obviamente, esto no implique que puedan considerarse justificados cual-

al menos, se ha mostrado más abierta frente a las "acciones afirmativas" que, tanto en su propósito como en su estructura, resultan "flexibles" —esto es, toman en cuenta a datos como el de la raza,²¹ pero se aplican en base a un análisis individuo-por-individuo, y no a partir de estándares "rígidos" (como los programas que establecen "cuotas fijas").²²

Por último, y en lo que hace a los posibles efectos no deseados de las políticas preferenciales, cabría señalar que una política no se convierte en una "mala" política por su incapacidad para resolver plenamente todos los problemas que se propone atacar: o porque no se benefician de ella todas las personas que sí debieran resultar beneficiadas, o porque haya personas que se aprovechen y tomen ventajas indebidas a partir de ellas. Lo que debe resultar decisivo, a la hora de evaluar tales medidas, es si ellas permiten mitigar de modo significativo alguna de las comprobadas injusticias que vienen a confrontar.

quier tipo de programas de ayuda. Lo mismo puede decirse frente a quienes objetan la "inefectividad" de este tipo de ayudas especiales: siempre existe la posibilidad de tomar medidas adicionales, que minimicen las dificultades de las medidas en curso.

²¹ Por otra parte, conviene llamar la atención sobre el siguiente hecho: criterios como el del "mérito" de cada uno —que muchos defienden como criterio irreprochable, a la hora de seleccionar candidatos para un puesto de trabajo o una vacante universitaria— también resultan, al menos en parte, ajenos a la responsabilidad individual - y del mismo modo que la raza o el género de cada uno. Véase Rawls, J.: *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

²² Véase Dworkin, R.: *A matter...*, cit., examinando la decisión de la Corte en el caso "Bakke". Cabe notar, de todos modos, que la Corte Suprema norteamericana parece actualmente más dispuesta a revertir aun la moderada apertura hacia las "acciones afirmativas" demostrada en "Bakke". Ello, en particular, luego de decisiones como "Hopwood v. Texas", 78 f. 3d 932, de 1996, en donde la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito declaró inconstitucional el programa de "acción afirmativa" desarrollado por la escuela de derecho de Texas, afirmando además que, a través de sus decisiones más recientes —en una diversidad de áreas (aunque no el área de la educación)— la Corte Suprema había ya dejado de lado el precedente afirmado en "Bakke". Véase, al respecto, Dworkin, R.: "Is affirmative action doomed?", *The New York Review of Books*, vol. XLV n° 17, 1998.

IX. DERECHOS DE GRUPOS, REVISIÓN JUDICIAL Y "MOTIVOS PERSONALES"

1. Introducción

Algunos de los mejores trabajos escritos en torno a la actividad judicial han puesto el acento en el rol que pueden jugar los magistrados en la protección de los grupos más vulnerables de la sociedad. Por ejemplo, en un viejo, pero todavía influyente trabajo, *Groups and the Equal Protection Clause*, Owen Fiss defendió un "principio de defensa de los grupos desaventajados" según el cual los jueces tienen el deber de corregir "las injusticias propias del proceso político". Dicho principio aconsejaba a los jueces tomar un rol activo, orientado a "mejorar el status" de ciertos grupos que no reciben un trato igual por parte del poder público.¹ En otro trabajo, también notable pero más reciente, John Ely sugiere que es posible justificar un rol activo por parte de los jueces en tanto y en cuanto dicho activismo se dirija a alcanzar ciertos fines socio-políticos específicos. Particularmente, y en su opinión, los jueces deberían concentrar sus energías en impedir la exclusión del proceso político de determinadas minorías "insulares".²

En mi opinión, no es razonable esperar que los jueces trabajen en pos de una mejora en el status de grupos minoritarios. Decir esto no implica afirmar que no es posible encontrarse con jueces comprometidos con dicha tarea, o —menos aún— que no sería deseable que lo hicieran. Lo que ocurre es, más bien, que no contamos con una estructura institucional que favorezca el logro de dicho resultado, por lo que, de modo habitual, quienes avalamos aquel activismo sólo descansamos en la suerte o la buena voluntad de los jueces.

¹ Fiss, O.: "Groups and the equal protection clause", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, n° 2 (invierno 1976), p. 154.

² Ely, J.: *Democracy and distrust*, Harvard U.P., Cambridge, 1980.

Por su supuesto, alguien podría decir, con razón, que es imposible asegurar cualquier tipo de resultado a través de mecanismos institucionales. Por ello mismo, lo que interesa es saber si es posible, por lo menos, favorecer o alentar resultados como los que le interesan a Fiss o a Ely a través de una estructura institucional como la que tenemos. Como la respuesta, según entiendo, es negativa, creo que debemos ser escépticos frente a propuestas como las de los autores mencionados y, en todo caso, pensar acerca de qué cambios institucionales podrían contribuir al logro de resultados como los que ellos buscan.

Lo que aquí está en juego —lo que se encuentra ausente en trabajos como los de Fiss o Ely— es una reflexión más detenida acerca de lo que podríamos llamar el "problema motivacional", esto es, acerca de qué incentivos podrían ser necesarios para que los funcionarios en cuestión se comporten del modo en que queremos que lo hagan. Notablemente, los creadores de la Constitución norteamericana eran expertos en estas cuestiones: ellos tenían la certeza de que los funcionarios públicos debían ser motivados a través de premios y castigos institucionales a actuar de cierta manera. Buena parte de la Constitución, en última instancia, puede verse como una "maquinaria de incentivos": tanta era la importancia que le atribuían al "problema motivacional". Hoy, en cambio, tendemos a preocuparnos de la filosofía política de los funcionarios públicos más que de cuestiones de diseño institucional tendientes a alentar o desalentar determinadas conductas. Nos desentendemos de la cuestión relativa a sus "motivos personales". El objeto de este ensayo es el de volver a conectar ambas cuestiones, del modo en que lo pudieron hacer los creadores de la Constitución de 1787.

En lo que sigue, presentaré en primer lugar el análisis de los "padres fundadores" de la Constitución norteamericana en esta materia. Luego, examinaré diferentes alternativas que se han ofrecido tratando de resolver dicho "problema motivacional". Finalmente, diré que tales alternativas resultan claramente implausibles y sugeriré alguna manera de mejorar nuestro acercamiento al problema.

2. "Medios constitucionales" y "motivos personales"

Cuando pensamos acerca de la promoción de ciertos fines públicos (p. ej., lograr justicia política, alentar una conducta

cooperativa dentro de la clase dirigente), necesitamos pensar también acerca del tema de las motivaciones. En particular, necesitamos responder una pregunta de psicología política —una pregunta acerca de cómo motivar a aquellos oficiales públicos para tornar posible el logro de los fines públicos. No podemos, simplemente, asumir que los jueces van a comportarse en la forma en que preferimos que se comporten. Como sostuviera John Rawls, debemos examinar "si puede esperarse que los ciudadanos, en vista de los intereses y fines que probablemente tengan, a partir de la estructura básica del régimen en el que viven, vayan a cumplir con las reglas e instituciones justas que se aplican sobre ellos en las diversas posiciones y oficios".³

Puede resultar útil que, desde el comienzo, distingamos entre dos enfoques más bien opuestos acerca de la cuestión de las motivaciones: uno, adoptado por los "federalistas" norteamericanos y buena parte de la teoría "pluralista" moderna, y otro más común dentro de sus opositores republicanos. Los republicanos tendieron a enfatizar siempre la importancia de contar con ciudadanos "virtuosos", personalmente motivados a obtener ciertos resultados sociales (p. ej., a hacer posible el autogobierno colectivo). Y, dado que no asumían a dichas "virtudes cívicas" como innatas, acostumbraron a defender el recurso a la "mano de hierro" del Estado con el objeto de asegurar el "cultivo" de ellas. "Federalistas" y pluralistas, por el contrario, se propusieron siempre "economizar en virtud",⁴ y utilizar el sistema institucional con el fin de alentar o desalentar ciertas conductas políticas.

La postura que me interesa examinar en este trabajo es la de los "federalistas", ya que es la que convirtió en dominante, y la que contribuyó a moldear el sistema institucional que —en su estructura básica— todavía rige en una mayoría de países americanos. Al respecto, y en primer lugar, debería señalar que, en *El Federalista* n° 51, James Madison realizó una explícita y brillante defensa de su visión sobre las instituciones y la motivación política. En dicho escrito, Madison escribió:

³ RAWLS, J.: *Justice as fairness. A restatement*, E. Kelly, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2001.

⁴ ACKERMAN, B.: "The storrs lectures: Discovering the Constitution", *93 Yale Law Journal*, 1984, p. 1013.

“La mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los *medios constitucionales y los motivos personales* necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto. Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. Pero, ¿qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno”.

Los “medios constitucionales” y los “motivos personales” creados entonces para los oficiales políticos resultan fáciles de reconocer. Por ejemplo, en *El Federalista* n° 78, Alexander Hamilton se refirió a los “medios constitucionales” creados por la Convención Federal. En su opinión:

El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos.

Hamilton resumía entonces cuáles eran los poderes —los “medios constitucionales”— que se habían delegado a las ramas políticas del poder. Una vez creados dichos medios, los “padres fundadores” establecieron ciertos controles “externos” e “internos” destinados a dotarlos con los “motivos personales” que estimaban necesarios.

Los controles “externos” son los controles ejercidos por la gente a través de su voto periódico. La idea, en este caso, es que los representantes van a estar motivados a satisfacer, de algún modo, a sus electores, al menos con el objeto de no ser castigados en la próxima elección —con el objeto de ser reelectos—. Los controles “internos” son los ejercidos por cada rama del poder sobre las otras (p. ej., el veto ejecutivo, el control judicial). Todavía hoy, estos controles “internos” y “externos” siguen siendo las principales herramientas con las que contamos para “mover” a nuestros representantes en una dirección u otra. Personalmente, considero que tales controles son de-

masiado imperfectos y, finalmente, insuficientes para su propósito, esto es, considero que es muy difícil para la ciudadanía "dirigir" de alguna manera a sus representantes a través de ellos. De todos modos, no necesito perseguir este punto a esta altura de mi argumento. El hecho es que en su momento se crearon, y aún subsisten, ciertas herramientas destinadas a motivar a nuestros políticos en cierta dirección.

¿Tenemos instrumentos similares, sin embargo, para actuar sobre el Poder Judicial, motivando a los jueces a adoptar ciertas decisiones?² ¿Es posible, para nosotros, actuando como ciudadanos, forzar a los jueces a decidir de un cierto modo? La respuesta es enfáticamente negativa, pero no por una indeseable imperfección propia de nuestro sistema institucional. Por el contrario, los ciudadanos, prácticamente, no tenemos posibilidades de influir sobre nuestros jueces porque (entre otros casos) los "padres fundadores" decidieron —con algunas buenas razones de su lado— que así debía ser. Madison tornó esta decisión explícita en *El Federalista*, n° 49. Allí, y en referencia a los miembros del Poder Judicial, sostuvo que "por el modo de su nombramiento, tanto como por la naturaleza y permanencia [de los jueces en sus cargos, ellos estarán] demasiado lejos del pueblo para participar de sus simpatías". Los jueces, agregó, "son pocos y sólo pueden ser conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo".

De acuerdo con Madison, el virtual anonimato de los jueces y su separación de la ciudadanía favorecía la imparcialidad, en sus decisiones. Los jueces no serían capaces de decidir imparcialmente —asumía Madison— si estuvieran sujetos a la tentación de satisfacer las preferencias de la mayoría. Además, y por razones similares, los "padres fundadores" quisieron separar a los jueces de las ramas políticas del poder: reclamaron, entonces, su independencia política. Nuevamente, Hamilton afirmó este punto de modo claro en *El Federalista* n° 78 donde defendió la elección indirecta de los jueces, tanto como su estabilidad. Así, sostuvo:

Los nombramientos periódicos, cualquiera que sea la forma como se regulen o la persona que los haga, resultarían fatales para esa imprescindible independencia. Si el poder de ha-

² En lo que sigue, voy a concentrar mi atención en la Corte Suprema, a menos que especifique lo contrario.

cerlos se encomendase al Ejecutivo, o bien a la Legislatura, habría el peligro de una complacencia indebida frente a la rama que fuera dueña de él; si se atribuyese a ambas, los jueces sentirían repugnancia a disgustar a cualquiera de ellas y si se reservase al pueblo o a personas elegidas por él con este objeto especial, surgiría una propensión exagerada a pensar en la popularidad, por lo que sería imposible confiar en que no se tuviera en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes.

De hecho, los "padres fundadores" temían la dependencia política de los jueces a tal punto que rechazaron la posibilidad de favorecer cualquier cooperación entre jueces y miembros del Poder Ejecutivo. Así, por ejemplo, y durante la Convención Federal, los federalistas rechazaron la propuesta de Edmund Randolph de establecer un "Consejo de Revisión" compuesto de miembros del Poder Judicial y el Ejecutivo, encargados de examinar *ex ante* la validez de todas las propuestas de ley. La sugerencia de Randolph fue rápidamente descartada porque —como sostuvo E. Gerry durante tales debates— tal "Consejo" alentaría una indebida alianza entre los citados poderes.

La descripción anterior nos dice que los creadores de la democracia constitucional querían jueces independientes tanto de la ciudadanía como de la ramas políticas del poder. ¿Sugiere esta situación que los "padres fundadores" no se preocupaban acerca de la necesidad de motivar a los jueces a actuar de un cierto modo mientras que sí se preocupaban de cómo motivar al Ejecutivo y a los legisladores? No lo creo. En lo que sigue, voy a defender una postura diferente, según la cual los "padres fundadores" se preocuparon, de hecho, de los "motivos personales" de políticos y jueces. Presentaré esta explicación como una forma de fortalecer el argumento de que la actividad judicial necesita ser reconectada con ciertas preocupaciones motivacionales. Por supuesto, defendería este objetivo aún si no fuera posible apoyar de modo exitoso la lectura histórica que ahora voy a presentar.

Una hipótesis que, según entiendo, puede mantenerse, es la que dice que los "padres fundadores" querían proteger *ciertos* intereses minoritarios, y que entendieron que los jueces podían contribuir en dicha tarea, para lo cual también —y a pesar de las apariencias en contrario— se preocuparon por motivarlos a defender tales intereses. Su razonamiento, según entiendo, era más o menos como el que sigue. En primer lugar,

ellos asumieron que la sociedad se encontraba dividida en dos grupos: un grupo mayoritario y otro minoritario.⁶ En segundo lugar, asumieron que cada uno de estos grupos siempre intentaría oprimir a los demás, y que las instituciones debían usarse para prevenir dicha posibilidad.⁷ En tercer lugar, entendieron que, reclutando a los jueces a partir de ese grupo minoritario, ellos asegurarían en los jueces los "motivos personales" necesarios para proteger a los grupos minoritarios (de donde ellos mismos provendrían). Así como los miembros del Congreso estarían "naturalmente" inclinados a defender los intereses de las mayorías (que serían los propios), los jueces estarían inclinados a defender los intereses de las minorías (que también serían los propios, en este caso de los jueces). Considerando —como ellos consideraban— que la mayoría de la gente actuaba a partir del autointerés, los "padres fundadores" entendieron que los jueces, por razones de interés personal, también defenderían los intereses de su grupo.⁸ En tal sentido, crearon instituciones destinadas a "incorporar" a los distintos intereses existentes en la sociedad. Si cada parte de la sociedad tenía su lugar dentro del esquema institucional, se podrían evitar las "mutuas opresiones": cada grupo, a través de su capacidad institucional, le pondría límites al accionar de los demás. Hamilton supo sintetizar de modo brillante este enfoque en su famosa oración: "Dadle todo el poder a la mayoría, y ellos oprimirán a la minoría. Dadle todo el poder a la minoría, y ellos oprimirán a la mayoría. Dadle entonces poder a ambos, y así cada una podrá defenderse frente a los ataques del otro."⁹

⁶ Véase, p. ej., Madison, en *El Federalista* n° 10, o sus cartas a Jefferson de octubre de 1787 y octubre de 1788. También, véase MANNES, en FARNSWORTH, M. (ed.): *The records of the Federal Convention of 1787*, Yale University Press, New Haven, 1966, vol. I, pp. 421/423. En la misma obra, véase HAMILTON, p. 288.

⁷ Véase, por ejemplo, el clásico *El Federalista* n° 10.

⁸ Ellos creían que era posible, por caso, asegurar la selección de los miembros de grupos mayoritarios y minoritarios, a través de herramientas tales como las elecciones directas o indirectas: las primeras —asumían— tendían a favorecer la selección de personas cercanas a las mayorías, mientras que las últimas ayudaban a la selección de individuos más "exclusivos", más propios de la élite. Véase FARNSWORTH (ed.): ob. cit., vol. I, pp. 152 y 155; vol. III, pp. 330, 454 y 517). El diseño de los distritos electorales también podía contribuir a tales fines (las elecciones en distritos extensos —asumían— tornaba más difícil la selección de individuos cercanos a los intereses mayoritarios).

⁹ FARNSWORTH (ed.): ob. cit., vol. I, p. 288.

Los "padres fundadores", podríamos concluir, no descuidaron la cuestión del "problema motivacional" a la hora de organizar el Poder Judicial: ellos quisieron alcanzar ciertos resultados e impedir algunos otros, y diseñaron la institución judicial conforme a tales fines. En tal sentido, fueron coherentes con lo que era su enfoque general sobre el gobierno: en este caso, como en todos los demás, debían prestar atención a los "medios constitucionales" y a los "motivos personales" que creaban al diseñar cada puesto. Podríamos decir, entonces, que ellos estaban preocupados por un problema (que hoy simplemente descuidamos, esto es, el de cómo motivar a la Magistratura.

3. *¿Cómo proteger los intereses minoritarios en sociedades modernas?*

Actualmente, es muy difícil seguir pensando en la sociedad y sus instituciones en los términos en que lo hacían políticos como Hamilton o Madison. Ante todo, nuestra sociedad —y pienso en una multiplicidad de sociedades democráticas modernas— tiende a ser mucho más heterogénea que el tipo de sociedades que ellos conocían. En segundo lugar, hoy no podemos confiar en herramientas como las que ellos confiaban, para asegurar en los jueces ciertas cualidades personales. Por ejemplo, hoy resulta impensable la idea de que, escogiendo de modo indirecto a los jueces, garanticemos la protección del sector minoritario de la sociedad. Ello, entre otras cosas, porque no tendemos a compartir la visión que tenían los "padres fundadores" sobre la idea de minorías. Así, mientras ellos asociaban el concepto de minorías con el de "los ricos y bien nacidos" —con lo que era la elite social en ese momento—¹⁰ nosotros tendemos a utilizar una idea más bien opuesta, asociada con los intereses de los grupos más desaventajados de la sociedad. Si esto es así, luego, no tenemos ya absolutamente ninguna razón para pensar que los jueces van a tener alguna deferencia especial hacia las minorías desaventajadas (mientras que los "padres fundadores" sí podían pensar que los jueces iban a estar "naturalmente" inclinados a proteger a la elite social de su época, a la que ellos pertenecían).

¹⁰ Véase, p. ej., Farraro (ed.): ob. cit., vol. I, p. 299. También, vol. I, p. 431.

No tengo dudas de que muchas personas consideran absolutamente innecesario exigirle a los jueces alguna sensibilidad especial hacia los más débiles, aun cuando sí creen que los jueces deben jugar un rol importante en la protección de minorías. Ellos pueden decirnos, por ejemplo, que ésa es la misión constitucional de los jueces: un deber que deben cumplir y punto. Nuestra pregunta es si es esperable que los jueces cumplan con esa misión, a partir del lugar institucional que ocupan y los incentivos con que se ha rodeado a su cargo.

En su trabajo *Groups and Equal Protection*, Fiss afirma que cuando el producto del proceso político es una ley que perjudica a los afroamericanos, la usual objeción contramayoritaria contra la intervención judicial —la objeción que dice que esas "nueve personas" no tienen el derecho de reemplazar la voz del pueblo— tiene poca fuerza. Porque podría verse al Poder Judicial como amplificando la voz de la minoría sin poder, el Poder Judicial intenta rectificar la injusticia del proceso político.¹¹

John Ely defiende una idea análoga cuando sostiene que los jueces deberían resguardar el proceso político. En su opinión, existe una violación de él cuando:

- 1) los que se encuentran "dentro" suyo bloquean los canales del cambio político con el objeto de asegurar su propia permanencia dentro de él, y que los que están "fuera" sigan allí, o
- 2) aunque no se le niega voz o voto a ningún grupo, los representantes de la mayoría perjudican de modo sistemático a los miembros de la minoría —negándoles a éstos la protección que le conceden a otros grupos— a partir de su hostilidad hacia ellos o por negarse a reconocer, de modo prejuiciado, los intereses comunes que tienen con ellos.

Tanto para Fiss como para Ely, los jueces deberían dedicar sus principales esfuerzos a la defensa de grupos minoritarios. De este modo, los jueces podrían resistir, además, las habituales críticas que reciben por el modo en que ejercen la revisión de las leyes. Ello, porque cumpliendo con su tarea estarían realizando una misión decisiva que ninguna otra rama

¹¹ Fiss: "Groups...", ob. cit., p. 153.

del gobierno parece capacitada para realizar. Sin embargo, es necesario preguntarle a Fiss o a Ely por qué es que deberíamos esperar que los jueces se conviertan en la voz de las minorías sin poder. En lo que sigue, voy a explorar algunas respuestas posibles que, en principio, parecerían capaces de respaldar la visión de autores como los citados. De todos modos, más adelante diré por qué creo que tales respuestas no son teóricamente aceptables.

4. El mandato constitucional de proteger grupos minoritarios

Autores como Fiss o Ely pueden creer, simplemente, que los jueces van a estar motivados a proteger a los grupos minoritarios por el mero hecho de que la Constitución se los exige. Si los jueces quieren respetar la Constitución —podrían decirnos— ellos deben, simplemente, defender tales intereses.

Frente a dicho punto, podríamos responder que interpretar la Constitución es un acto extremadamente complicado. Luego de siglos de reflexión sobre el punto carecemos de una teoría de la interpretación más o menos consolidada, por lo que los jueces parecen tener amplio margen de discreción a la hora de interpretar dicho documento. Piénsese, por ejemplo, en el caso "C.H.A."¹² (uno más entre centenares de casos similares) resuelto por la Corte Suprema argentina. En dicha oportunidad, el tribunal debió decidir acerca de una demanda de la C.H.A. (Comunidad Homosexual Argentina) solicitando el otorgamiento de "personería jurídica" a la entidad. La mayoría del tribunal, entonces, y a pesar de enfrentarse a una Constitución claramente comprometida con la igualdad y la tolerancia, negó el pedido de la C.H.A. por sostener que sus objetivos contradecían la idea de "bien común" que el Código Civil argentino establecía como precondition para otorgarle personería jurídica a cualquier entidad. Esto es, la Corte violentó los derechos de una minoría "discreta e insular", ignorando los obvios llamados de la Constitución en favor de la protección de dichas minorías. Claramente, alguien podría decir que una decisión como la citada —de enorme repercusión en la comunidad jurídica

¹² "Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas", Fallos, 314:1531.

local— sólo es propia de un país jurídicamente poco evolucionado como la Argentina. Lo cierto, sin embargo, es que recientemente el propio superior tribunal norteamericano tomó una decisión muy similar a la citada, en el caso "Bowers v. Hardwick".¹³

Por supuesto, teóricos como Ronald Dworkin podrían sostener que nadie puede impugnar la labor de un tribunal por la aparición de algunas sentencias inaceptables. Más aún, autores como Dworkin podrían agregar que, en verdad, existe sólo una solución correcta para cada caso difícil, y que la labor de los jueces se justifica sólo en tanto los magistrados se orienten a reconocer dicha solución correcta. Otros podrían adoptar posiciones más moderadas que la de Dworkin y sostener que, para aquellos jueces que se toman en serio su trabajo, los márgenes de discreción son relativamente estrechos. Pero lo cierto es, sin embargo, que ninguno de estos criterios resulta fácil de sostener en la práctica. Ello, en razón de que carecemos de medios institucionales para convertir a los jueces en "Hércules" dworkinianos o porque encontramos muy difícil constreñir el margen de maniobra de los jueces, en la interpretación de la Constitución. Podemos llegar a remover a un juez si es que lo encontramos culpable de algún acto de corrupción severo, pero carecemos de todo medio sensato para llevarlo a adoptar tal o cual postura interpretativa. ¿Por qué deberíamos esperar, entonces, que los jueces se dediquen a proteger los derechos de las minorías desaventajadas? ¿Por qué deberíamos esperar que se aboquen a encontrar la única "respuesta correcta", presumiblemente vinculada a la filosofía liberal igualitaria?

5. La "natural" inclinación de los jueces hacia la protección de los intereses minoritarios

Tal vez, Fiss o Ely se apoyen tanto en las acciones judiciales porque ven una conexión "natural" entre las acciones de los jueces y la protección de los intereses minoritarios. Ellos podrían razonar del siguiente modo: los "padres fundadores" crearon instituciones "mayoritarias" (esto es, instituciones cuyos

¹³ 478 US 186 (1986).

miembros son nombrados por votación popular) como el Congreso, con el objeto de dar protección a los intereses mayoritarios. De todos modos, y al mismo tiempo, crearon instituciones "contramayoritarias" como el Poder Judicial, con el objeto de asegurar la protección de los intereses minoritarios. Si todas las ramas del poder fueran dependientes de la voluntad mayoritaria, luego, los grupos minoritarios hubieran quedado desprotegidos.

El problema con esta visión es que el mero hecho de que los jueces no dependen de la voluntad mayoritaria no dice nada acerca de su posible inclinación hacia la protección de los intereses minoritarios. Los jueces pueden ser independientes de la voluntad mayoritaria y aún así mantenerse insensibles hacia los intereses minoritarios. Puede ser razonable esperar que un órgano "mayoritario" sea hostil hacia los intereses de las minorías, pero no es razonable asumir que un órgano independiente de los intereses de las mayorías vaya a tener una sensibilidad especial hacia los intereses de las minorías. Una institución "contramayoritaria" puede ser, al mismo tiempo, hostil hacia los intereses de la mayoría y a los de las minorías. Piénsese, por caso, en la relación entre justicia y género. Tenemos aquí el caso de una mayoría social afectada por un sistema judicial que, en los más diversos contextos, sistemáticamente, ha tomado decisiones perjudiciales para los intereses más básicos del grupo de las mujeres. Típicamente, en la Argentina, durante toda la historia judicial de la Nación, los magistrados han justificado o encontrado (inaceptables) atenuantes a la violencia marital, culpabilizando en definitiva a las propias víctimas de dicha violencia. Así es que han aparecido, de modo frecuente, sentencias en donde —p. ej.— los jueces hablaron de la necesidad marital de "corregir" (aun por medios violentos) la conducta de la esposa,¹⁴ aludieron a la figura del "exceso en el castigo" (asumiendo la razonabilidad de ciertas formas del castigo marital),¹⁵ o encontraron de algún modo excusables los golpes propinados por el marido sobre la mujer, frente a casos de infidelidad de ella.¹⁶ Nuevamente, en un ámbito jurídicamente más desarrollado, como el norteameri-

¹⁴ SC Tucumán, del 7/7/1936, LL, 39-530.

¹⁵ SC Tucumán, del 31/3/1952, LL, 69-236.

¹⁶ CCrim. y Correc., 23/12/1941, JA, 1942-II-222.

cano, ese tipo de decisiones también marcaron la historia judicial del siglo xx, al menos hasta bien avanzado éste¹⁷ (notablemente, podría pensarse que los cambios que se fueron produciendo desde entonces, en una dirección más protectora de los derechos de las mujeres, estuvo muy vinculada con la paulatina feminización de la justicia). Lo cierto, en definitiva, es que la ausencia —en el ámbito judicial— de la “conexión motivacional” que encontramos en el caso de las instituciones mayoritarias (la conexión que en estos casos sí encontramos entre “dependencia de la mayoría” y la “tendencia de las instituciones mayoritarias a defender a la mayoría”), puede ayudarnos a explicar muchas de las más desafortunadas decisiones de los tribunales, en relación con la protección de los derechos de las minorías.

6. La fe en la razón

Tal vez autores como Fiss o Ely no prestan una atención especial al problema de las motivaciones judiciales porque tienen fe en el poder de la razón. Sin dudas, la famosa observación presentada por Alexander Hamilton en *El Federalista* n° 78 contribuyó a popularizar esta visión. De acuerdo con dicho texto, los jueces “no tienen la fuerza ni la voluntad” —como los poderes Ejecutivo o Legislativo— sino simplemente su “juicio”. Esto es, según Hamilton, los jueces sólo pueden imponerse a través de la fuerza de los buenos argumentos. Contemporáneamente, autores como John Rawls también han afirmado que la Corte “es la única rama del gobierno que es una criatura de la razón, y sólo de la razón”.¹⁸ Así, “los ciudadanos y los legisladores pueden votar por sus posiciones más comprehensivas cuando no están en juego cuestiones básicas de justicia o cuestiones de la esencia constitucional, ni necesitan recurrir a razones públicas para justificar por qué votan como lo hacen o buscar consistencia en sus argumentos o esforzarse para que ellos encajen dentro de una concepción constitucional coherente en relación con sus demás decisiones”.¹⁹ En cambio, agre-

¹⁷ Véase, p. ej., SEGAL, R.: “Regulando la violencia marital”, en GARGABELLA, R. (comp.): *Derechos y grupos desaventajados*, Gedisa, España, 1999.

¹⁸ RAWLS, J.: *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, p. 235.

¹⁹ *Ibidem*.

ga Rawls, esto es precisamente lo que los jueces deben hacer. De modo similar, Owen Fiss ha proclamado su "fe en la razón" —una "fe en la razón" que "demostró estar justificada", por ejemplo, en casos como "Brown v. Board of Education".²⁰

La idea que late detrás de estos razonamientos, entonces, es la de que la razón es el único recurso en manos de los jueces y que ella va a inclinarlos a actuar del modo más justo (y, en particular, a proteger a los más desprotegidos). Los autores inscriptos en esta postura consideran que los teóricos legales no deben por qué preocuparse de las cuestiones motivacionales: los jueces, "naturalmente", van a orientarse a actuar a partir de las mejores razones a su alcance.

Un simple examen de la suerte corrida por las teorías de Rawls o Fiss, sin embargo, nos permitiría descalificar este enfoque. Teorías altamente sofisticadas y atractivas como las citadas no han sido seguidas por la Magistratura. Y este hecho, claramente, parece tener poco que ver con la calidad y el mérito que se le reconocen a ellas: en verdad, posturas como las de Rawls o Fiss son muy apreciadas dentro de la comunidad académica legal. En particular, aquellos que se muestran más sensibles hacia cuestiones vinculadas con los derechos de las minorías, simpatizan claramente con este tipo de concepciones. Sin embargo, y a pesar de ello, siguen siendo impopulares —sino simplemente ignoradas— por la comunidad judicial, luego de décadas de producidos textos como los mencionados.

Sin dudas, hay algo muy importante en lo que autores como los citados afirman. Los jueces, en efecto, se encuentran situados en una posición institucional particular, que de algún modo los fuerza a prestar atención y a apelar a razones públicas. De todos modos, también es cierto que existen razones públicas al alcance tanto de aquellos que quieren defender los derechos de grupos como de aquellos que les son hostiles. Los "límites de la razón" parecen resultar, así, demasiado poco firmes, demasiado abiertos. El hecho de que nos encontremos con decisiones judiciales tan diferentes en cuestiones tales como la esclavitud, el derecho a la privacidad, las regulaciones económicas y los derechos económicos y sociales, por caso, ratifica este

²⁰ Fiss, O.: *A community of equals. The constitutional protection of new Americans*, J Cohen and J. Rogers (eds.), Beacon Press, Boston, 1999, p. 99.

punto: los jueces, actuando de buena fe, pueden llegar a adoptar posiciones diferentes aun en los casos más cruciales.

El problema fundamental, por supuesto, no es el de que los jueces no adopten nuestra teoría constitucional favorita. De hecho, podríamos repetir un análisis como el anterior en relación con enfoques tan diversos como la postura de Ronald Dworkin sobre la interpretación, la de Cass Sunstein sobre el estado de bienestar, la de Frank Michelman sobre la propiedad, o la de Bruce Ackerman sobre el dualismo constitucional. El problema es que, explícitamente o no, los jueces desarrollan y prestan la fuerza estatal a sus propias visiones sobre el derecho, y nosotros no podemos hacer nada contra ellas, aun si las teorías adoptadas son mucho menos plausibles que las que preferimos —aun si son directamente implausibles bajo cualquier análisis crítico.

7. Las condiciones institucionales de la tarea judicial

Muchos teóricos legales han tratado de ir más allá de argumentos como los examinados en los párrafos anteriores. Ellos han venido a decir que no necesitamos descansar en las capacidades intelectuales, en la virtud, o en el compromiso social de los jueces, con el objeto de alcanzar decisiones judiciales apropiadas. Por ejemplo, Alexander Bickel ha sostenido —en su influyente libro *The Least Dangerous Branch*— que la propia situación institucional de los jueces contribuye a tornar atractivas las decisiones judiciales. En su opinión, los jueces “tienen, o deberían tener, el tiempo, el entrenamiento, y el aislamiento necesario para seguir el camino del académico en su persecución de fines de gobierno —algo crucial, en su criterio, para poder reconocer y brindar respaldo a los “valores permanentes de la comunidad”. Según Bickel, “su aislamiento [el de los jueces] y el maravilloso misterio del tiempo le otorgan a las cortes la capacidad para apelar a la mejor naturaleza de los hombres, para dar cuenta de sus aspiraciones, que los hombres pueden olvidar en momentos de alarma”.²¹

Fiss parece defender una posición similar. En su opinión, existen ciertas normas procedimentales que no tienen contra-

²¹ BICKEL, A.: *The least dangerous branch: Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1978, pp. 25/26.

parte en política... no simplemente... la independencia del Poder Judicial de la voluntad del electorado... sino también... el requisito de que los jueces deben responder a agravios que de otro modo podrían preferir olvidar: el de que deben escuchar a todas las partes agraviadas, asumir responsabilidad individual por sus decisiones y justificarlas en términos públicamente aceptables. Los jueces se involucran en un diálogo especial con el público. A través de este diálogo alcanzan una cierta distancia de sus proclividades personales y comienzan a enfrentar lo que Mark Tushnet podría llamar la razón universal.²²

Ahora bien, la obligación institucional de los jueces de escuchar a todas las partes agraviadas o de involucrarse en un diálogo con el público no resuelve en absoluto el tipo de problemas que nos preocupa. Para aquellos jueces que son hostiles o poco abiertos hacia los derechos de ciertas minorías, la obligación de escuchar a todas las partes significa sin duda muy poco. Probablemente, ellos no verán lo que no quieren ver. Piénsese, en la ya examinada reacción de los jueces argentinos frente a los recientes casos de "protesta social" ocurridos en el país. Según viéramos, desde finales del siglo xx, la Argentina ha sido afectada por una multiplicidad de "estallidos sociales" motorizados por grupos —fundamentalmente, desempleados, o trabajadores a puntos de perder sus trabajos— que reclamaban de un modo "agresivo" por derechos de los que carecían o se encontraban a punto de perder. En muchos casos, dichos "estallidos" tomaron la forma de "cortes de ruta" (esto es, bloqueos en algunas de las principales vías de tránsito nacional) en un intento de llamar la atención de la ciudadanía, y especialmente del gobierno, acerca de la difícil situación por la que atravesaban. Frente a dichos casos extremos, un juez sensible a los reclamos de los grupos desaventajados podría comenzar su razonamiento como lo comenzara (en opinión minoritaria), el notable Juez Brennan, de la Corte Suprema norteamericana, en el ya citado caso "Adderley v. Florida".²³ Conforme viéramos, Brennan sostuvo: "los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles

²² Fiss: "Groups...", cit., pp. 98/99.

²³ 385 US 39 (1966). Notablemente, el caso en cuestión se vinculaba con la defensa de manifestantes que eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en la ciudad.

para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para [expresar sus ideas] a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos". Brennan no pretendía, con su propuesta, dar una "carta blanca" a cualquier tipo de protesta social. Lo que le interesaba, por el contrario, era marcar cuáles debían ser las prioridades de la decisión judicial, en casos tan difíciles como los referidos: la primera inclinación de los jueces —sostenía— debía ser la de *proteger* las voces de los grupos que tenían dificultades para expresar públicamente sus reclamos. En ignorancia de este tipo de reclamos —afirmaba— las decisiones mayoritarias tendían a perder valor sustantivo, y la democracia, mucho de su atractivo. Lo cierto, sin embargo, es que los tribunales argentinos optaron por una respuesta muy distinta a la sugerida por Brennan (quien, cabe reiterarlo, también quedó en minoría en el caso "Adderley v. Florida"). En lugar de asumir, como primera iniciativa de su labor, la necesidad de proteger a los grupos más débiles de la sociedad, ellos se inclinaron —en más de cinco centenares de casos— a *procesar* a los activistas de la protesta social, asumiendo que la prioridad de los jueces no era la de proteger la expresión de los "grupos sin voz", sino, más bien, la de resguardar el tránsito vehicular y el orden social. Nuevamente, los jueces (que, a diferencia de muchos ciudadanos, sí tenían la oportunidad de escuchar los reclamos de estos grupos desaventajados) mostraban una absoluta insensibilidad frente a las situaciones de padecimiento de los más damnificados por la crisis socioeconómica que atravesaba el país. El privilegio judicial de escuchar a las víctimas de la crisis social no se tradujo entonces, normalmente, en decisiones más sensibles a los intereses y reclamos de aquellos grupos socialmente marginados.

Claramente, no se pretende aquí probar nada a partir de la presentación de algunos ejemplos aislados. Sin embargo, entiendo que tales ejemplos pueden servir para ilustrar una tendencia esperable en la práctica: los jueces no acostumbran mostrar una sensibilidad especial en favor de grupos desaventajados que —conforme alguno podría desear, y otros esperan— merecerían recibir la máxima protección por parte de la magistratura. Tampoco he pretendido afirmar que el buen juez es el que da "carta blanca" a las demandas de los grupos más

débiles, cualesquiera sean tales demandas. El punto es diferente. Lo que se pretende es objetar alguno de los presupuestos de quienes —con cierta razón de su parte— sostienen que la mejor justificación del rol de los jueces en una democracia es la que se afirma en el rol que pueden jugar los jueces en la protección de minorías que, de otro modo, quedarían a la merced de los órganos políticos mayoritarios. Contra esta visión he sostenido que las condiciones institucionales en las que los jueces desarrollan su tarea no nos dan motivos para pensar que los jueces van a tener incentivos especiales para actuar del modo esperado (brindando una especial protección a los grupos más desprotegidos de la sociedad).

Llegados a este punto, tal vez convenga señalar algo más acerca de los problemas que afectan a la idea del "diálogo" entre jueces, partes y ciudadanos —una idea a la que Fiss alude reiteradamente, a los fines de resaltar la contribución que pueden realizar los jueces en favor de la toma de decisiones colectivas más racionales—. Claramente, este tipo de referencias a un diálogo en el que los jueces toman una parte activa nos suena interesante porque ella apela a una situación igualitaria en la que diferentes partes situadas en planos más o menos iguales tienen iguales posibilidades de tener éxito en la defensa de sus argumentos. Sin embargo, esta idea —tomada en abstracto— no tiene un correlato similar en el mundo jurídico, donde los diferentes "jugadores" se encuentran ubicados en posiciones claramente asimétricas. Los jueces, en particular, tienen el poder (¿discrecional?) de aceptar o rechazar todos los argumentos de una de las partes, si es que quieren hacerlo. Ellos tienen el poder de, simplemente, "poner fin" a la alegada conversación si es que quieren hacerlo, "imponiendo" sus propios puntos de vista sobre nosotros.

Las cosas no cambian demasiado cuando apelamos a la situación de aislamiento en la que se encuentran los jueces, o al tiempo que cuentan para decidir sus casos. Es cierto que los miembros de las ramas políticas del poder actúan bajo condiciones diferentes —básicamente, la presión de las mayorías— y que ellas tienen, sin duda, un impacto en el contenido de sus decisiones. Sin embargo, no es fácil saber de qué modo es que condiciones como las referidas (tiempo, aislamiento, experiencia) van a tener un impacto "positivo" en relación con el fin de obtener decisiones favorables a los intereses de las minorías.

Éste sería el caso, por supuesto, si defendiéramos algo así como una postura epistémicamente elitista, esto es, una postura conforme a la cual la reflexión aislada de gente técnicamente bien preparada incrementa las posibilidades de decidir imparcialmente. De todos modos, como demócratas, deberíamos —al menos— estar igualmente abiertos a sostener una posición opuesta, conforme a la cual la imparcialidad se vincula —no con un proceso de reflexión individual y aislada, sino— con un diálogo horizontal, colectivo.

8. La imposibilidad estructural de regular las decisiones judiciales

Tal vez, toda la discusión anterior nos viene a decir algo importante, y es que simplemente es imposible o totalmente implausible tratar de motivar a los jueces de un cierto modo. En efecto, puede resultar imposible establecer otras limitaciones sobre el accionar judicial más allá de aquellas en las que piensan autores como Fiss, Bickel o Rawls. O tal vez es posible hacerlo, pero sólo a través de medios que tienden a desnaturalizar por completo la tarea judicial.

Creo que la primera afirmación es falsa y la segunda está equivocada. Permítanme comenzar con una referencia a la última. Esta segunda posición parece subordinar de modo impropio el valor justicia a la defensa de un peculiar sistema judicial. Al decir esto no quiero afirmar que deberíamos cambiar nuestro sistema institucional cada vez que no obtengamos (lo que creemos que es) un resultado justo. Lo que quiero decir es algo más básico, y es que deberíamos cambiar el sistema institucional si él no pudiera garantizar de modo adecuado fines tan importantes como el de favorecer la protección de los derechos de las minorías. Así, si la principal institución con la que contamos para proteger los derechos de las minorías es el Poder Judicial, y no tenemos razones para esperar que los jueces cumplan su rol adecuadamente en una mayoría de casos, luego, deberíamos escoger una forma alternativa para fortalecer dicha protección.

En relación con el primer punto, en cambio, deberíamos preguntarnos seriamente si es que no existen formas mejores de asegurar la protección de los derechos minoritarios. O, más específicamente, deberíamos preguntarnos si es que existen

formas de hacerlo que no distorsionen nuestro compromiso con la regla de la mayoría. En mi opinión, existen medios para contribuir a dicha mejora que no pervierten nuestro compromiso democrático y que no afectan, de modo dramático, la estructura judicial actual. Éste no es el lugar para defender un esquema institucional alternativo, pero al menos quisiera presentar algunos de los rasgos que podrían distinguir a esta visión.

Podemos utilizar como punto de partida la muy problemática historia del sistema de jurados en los Estados Unidos. Al respecto, podríamos afirmar algo como lo siguiente: la composición de un jurado tiende a tener una enorme influencia en relación con el resultado en juego, por ejemplo, en relación con controversias raciales. Esta situación nos sugiere que existe una conexión entre la composición de los tribunales y el modo en que ellos van a decidir. Nos sugiere, según creo, algo que los "padres fundadores" sabían, esto es, que si uno quiere dar protección a grupos minoritarios, uno debe asegurar de algún modo que los miembros del grupo en cuestión se integren al órgano que va a tomar la decisión del caso. Claramente, la "presencia" de ellos puede no garantizar nada, sin embargo, lo cierto es que la ausencia de ellos puede resultar nociva para el valioso fin de tomar en serio los puntos de vista de los grupos más desaventajados.²⁴

Aunque puede ser difícil saber cuál es la mejor forma de integrar a tales grupos a la estructura judicial, existen ciertas experiencias que pueden ayudarnos en tal dirección. Por caso (y más allá de sus múltiples rasgos inatractivos, de los que aquí no voy a ocuparme) la estructura y funcionamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos tiene ciertos rasgos interesantes. Dicha Corte garantiza que cada miembro de la comunidad tenga una voz real dentro del órgano decisor. Conecta —del modo en que creo que debemos conectar— la idea de "voz" con la idea de "presencia".²⁵ Nuevamente, la idea es que la "presencia" de un grupo particular entre los miembros de la Corte —lo sabemos— no asegura el respeto de los derechos de ese grupo, pero mejora las posibilidades de que ellos sean adecuadamente defendidos.

²⁴ PHILLIPS, A.: *The politics of presence*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

²⁵ *Ibidem*.

La experiencia judicial en sociedades multiétnicas reproduce esta visión. Will Kymlicka señala, por ejemplo, que "parecería ser un corolario del autogobierno de Quebec... la representación que se le garantiza dentro de cada cuerpo que debe interpretar o modificar sus poderes de autogobierno, o que puede tomar decisiones en áreas de jurisdicción concurrente o conflictiva (p. ej., la Corte Suprema). De hecho, Quebec tiene garantizados tres de los nueve asientos de la Corte Suprema".²⁰

Estas experiencias sugieren que la cuestión de la "presencia" puede resultar importante aún más allá de las instituciones representativas, esto es, más allá de las ramas propiamente políticas del poder. Esta propuesta —sólo una entre muchas sobre las cuales podría pensarse— simplemente viene a decirnos que tiene sentido hacer un esfuerzo para volver a lidiar con el "problema motivacional". En tal sentido —podríamos concluir— no es imposible concebir una estructura judicial diferente, capaz de tomar más en serio la necesidad de motivar a los jueces a actuar en favor de los grupos más necesitados. La mayoría de nosotros hemos aprendido mucho de trabajos como los de Fiss o Ely, en relación con la importancia de brindar protección a los derechos de las minorías desaventajadas. Es hora, entonces, de que comencemos a presionar en favor de cambios institucionales capaces de honrar aquellas nobles enseñanzas.

²⁰ Kymlicka, W.: *Multicultural citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

X. EL SOCAVAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*

I. Introducción

Cuando pensamos en los problemas que afectan nuestra vida pública, nos vienen a la memoria, seguramente, algunos episodios y rostros olvidables, el recuerdo de ciertos abusos de poder y ciertos hechos de corrupción. Pero es un error no fijar nuestra atención más allá de tales nombres y tales actos de violencia institucional. Existen —sin dudas— otros factores, más arraigados en nuestra práctica constitucional, que contribuyen a que los hechos y los nombres se sucedan unos a otros, y a que por cada figura política castigada o momentáneamente postergada resurjan varias nuevas dispuestas a actuar en un sentido igualmente reprochable. Lo peor que puede ocurrirnos, en tales casos, es concluir nuestras reflexiones hablando de —algo así como— la “naturaleza corrupta de nuestro pueblo”, o del destino trágico que se nos ha reservado. Nuestras desgracias, en todo caso, son resultado de muchas causas, algunas más controlables que otras, que poco tienen que ver con cuestiones tales como un estigma étnico o racial inmodificable o a una sucesión de circunstancias poco fortuitas. Ahora bien, el hecho de que las causas de nuestros males públicos sean, previsiblemente, muchas, y que no todas ellas sean controlables —o totalmente controlables— no tiene por qué llevarnos a descuidarlas, como si sólo nos quedara la queja o el actuar solo sobre aquello que sabemos que puede modificarse. Mucho de lo que no hacemos —asumiré de aquí en más— tiene que ver simplemente con una actitud de pereza intelectual que nos impide reconocer el tipo de problemas al que nos enfrentamos. En lo que sigue, voy a proponer el retor-

* Una versión anterior de este capítulo fue publicada en la revista *Res Pública*, n° 2, 2002.

no a una abandonada línea de reflexión que, según entiendo, se encuentra entre las que simplemente hemos dejado de lado, indebida e irreflexivamente, a la hora de pensar sobre los males de nuestra vida pública.

La línea de reflexión sobre la que quisiera volver se encuentra vinculada con el radicalismo político, especialmente en su versión anglosajona, y relacionada muy particularmente con la forma que adquirió dicha concepción entre mediados del siglo *xvii* y fines del *xviii*. La intuición que me interesa explorar es aquella que llevaba a muchos radicales a pensar en los problemas de política institucional en forma conjunta con otras cuestiones públicas básicas, como las vinculadas con el modelo de ciudadanía que convenía respaldar, y con la organización socioeconómica que se estimaba más apropiada de acuerdo con los fines que se perseguían. El solo enunciado de esta intuición me resulta, personalmente, interesante: los radicales advertían que los problemas que enfrentaban eran múltiples, y que no se encontraban desvinculados entre sí. Esto es, asumían que no era sensato pensar en un cambio en las instituciones políticas olvidándose de las cualidades y motivaciones propias de los individuos que iban a actuar dentro de esas instituciones. Y asumían también que no era sensato pensar en el sistema político o en sus principales actores sin tomar en cuenta otras circunstancias que contribuían, decisivamente, a moldear a aquellos actores y, finalmente, al mismo sistema político.

En el propio trasfondo de tales reflexiones se anudaban otras convicciones significativas, que hoy también tenemos abandonadas como, por caso, la convicción de que existían diversas opciones políticas por tomar, y la de que los distintos miembros de la comunidad eran, en mayor o menor grado, responsables de las opciones que se tomaban. Señalo esto porque en la actualidad, muy habitualmente, tendemos a pensar sobre el sistema político como si no hubiera vida más allá de la existencia de tres ramas del poder, mutuamente equilibradas, o sobre el sistema económico como si no hubiera alternativa diferente a la de una organización de tipo mercantil-capitalista. Más allá de las diferencias que los separaban, los radicales en los que estoy pensando —James Harrington, Joseph Priestley o Thomas Paine, en Inglaterra; Jean Jacques Rousseau en Francia; Richard Henry Lee o Thomas Jefferson en los Estados

Unidos: José Gervasio Artigas, Santiago Arcos, o Manuel Murillo Toro, en Latinoamérica— se veían a sí mismos como enfrentados a opciones cruciales y, en tal sentido, como corresponsables de las formas político-económicas que terminaría adoptando su comunidad

Según diré, los radicales, lúcidamente, pensaron en la vida social partiendo del ideal del autogobierno. Su razonamiento parecía ser, en síntesis, uno como el siguiente: el autogobierno colectivo es un ideal deseable pero uno que no resulta sostenible sin ciudadanos comprometidos con la vida pública. A la vez (asumían) no es posible contar con ciudadanos capaces de comprometerse con la vida pública sin contar, al mismo tiempo, con instituciones políticas que los ayuden a tal objeto, y con una organización socioeconómica que alimente dicho compromiso. En otras palabras, instituciones políticas que desincetivan la intervención cívica de la ciudadanía (como las actuales) o una organización socioeconómica que se basa en y premia a los comportamientos autointeresados (como la que distingue a nuestra comunidad) socavan y, en definitiva, tornan imposible, la posibilidad del autogobierno colectivo. Pero, mejor, analicemos cada una de estas cuestiones por separado.

2. El autogobierno

como principio político, y sus instituciones

El ideal del autogobierno era el que sintetizaba la visión radical sobre la libertad:¹ una comunidad no era libre —decían los radicales— si no podía tomar las riendas de sus propios asuntos, si determinados grupos locales o foráneos eran los que decidían de qué modo debía vivir el resto de la comunidad. El mérito de los radicales fue, por un lado, el de tornar explícita su adhesión al valor del autogobierno —un valor que indudablemente tampoco es ajeno a nuestras más básicas convicciones— y, fundamentalmente, el de reconocer que no podía

¹ Por ahora, no voy a involucrarme en la compleja discusión existente acerca de los contornos de la idea de libertad defendida por ellos, esto es, si ésta tenía que ver con una idea robusta de libertad “positiva” o una idea más cercana a la del liberalismo, y vinculada con lo que algunos autores han llamado “no dominación”. Véase Pettit, P.: *Republicanism: A theory of freedom and government*, Oxford University Press, Cambridge, 2000.

pensarse en los asuntos públicos con despreocupación de dicho ideal. Contra esta última idea —asumían los radicales— las instituciones básicas de la sociedad (que incluyen, desde el sistema constitucional a las reglas económicas dominantes) debían organizarse de modo tal de favorecer o tornar posible el autogobierno colectivo. Esto es, el autogobierno no podía estar a la merced de ciertas coyunturas favorables o, en definitiva, del azar. Ellos partían del supuesto conforme al cual las reglas básicas por las que colectivamente se optara podían ayudar o no al autogobierno colectivo, y que optar por las últimas —optar por reglas que socavaran el autogobierno— era escoger el camino del suicidio colectivo.²

² En Inglaterra, el elogio del autogobierno había comenzado a hacerse presente hacia mediados del siglo xvi, en reacción frente a un sistema institucional que se juzgaba defectuoso y manipulado por un pequeño grupo. En los llamados "debates de Putney" se habían tornado visibles algunos primeros reclamos significativos, en tal dirección, cuando representantes del grupo de los "levellers" manifestaron su descontento político desafiando la autoridad del gobierno monárquico (véase p. ej., ANGLADE, G.: *The levellers in the English revolution*, Cornell University Press, Nueva Jersey, 1975). Pero los cuestionamientos políticos más profundos habrían de llegar un siglo después, con el denominado "affair de Wilkes" (que involucró la censura política contra un periodista opositor, que pretendía ser elegido como representante popular en Middlesex) que contribuyó a fortalecer decididamente la retórica antimonárquica, más democrática, más favorable al autogobierno colectivo: una retórica republicana. Desde entonces, el reclamo del autogobierno comenzó a formar parte habitual de las disputas políticas de la época. Varias agrupaciones radicales (como la "Society of the Supporters of the Bill of Rights", destinada inicialmente a apoyar a Wilkes; la "Constitutional Society", que abogaba por la celebración de elecciones anuales; o la asociación de los "Radical Dissenters", formada por religiosos no calvinistas que presionaban por una irrestricta libertad de pensamiento), nacieron y crecieron haciendo uso de aquel reclamo como principal herramienta de su enfrentamiento contra el poder establecido. El religioso Richard Price, miembro destacado del grupo de los "Radical Dissenters", sostenía que el sistema institucional debía cambiar de modo tal de servir mejor a un ideal fundamental, como lo era el de permitir que cada uno llegara a ser "su propio legislador" persiguiendo un idéntico objetivo. Joseph Priestley —responsable de un muy famoso sermón en defensa de los movimientos revolucionarios franceses— aconsejó un "frecuente intercambio" entre los representantes y sus electores, y aun el sometimiento directo de la voluntad de los primeros a la de los últimos (PAGAN, J.: *Lectures on history and general policy...*, Luke White and P. Byrne, Dublin, 1791, p. 257). James Burgh, en sus conocidas *Political Disquisitions*, sostuvo también que debía cambiarse el sistema institucional de modo tal de permitir una mayor intervención política de la ciudadanía (HIL, C.: *James Burgh, spokesman for reform in Hanoverian England*, University Press of America, Nueva York, 1979, especialmente el cap. 6). John Cartwright, una de las figuras principales del radicalismo inglés

En el fondo de esta novedosa defensa del derecho del autogobierno reinaba un principio igualitario, todavía más importante, y que era el que le daba fundamento y sostén. Dicho principio era sencillo y contundente: se trataba de la idea de que "todos los individuos nacen libres e iguales". En Europa, tal principio igualitario había sido especialmente defendido por los radicales ingleses, durante el siglo xviii, cuando afirmaban que debía confiarse en la capacidad de cada persona para tomar parte en la vida política de su comunidad. En los Estados Unidos, autores como Thomas Paine se encargaron de difundir esta idea a través de sus escritos y propuestas de reforma institucional. En tal sentido, la idea radical de la igualdad apareció formando parte, desde temprano, de la historia legal norteamericana. Notablemente, Thomas Jefferson se encargó de plasmarla en la misma Declaración de la Independencia norteamericana, que incorporó a dicho principio igualitario entre las verdades que, en tal documento, se asumían como "autoevidentes". Las ideas propias del pensamiento radical europeo —sobre todo, inglés y francés—, germinaron y se expandieron muy velozmente en los Estados Unidos —donde la ciudadanía se mostraba ávida de argumentos que apoyaran sus demandas de soberanía— y desde allí al resto de América.⁵

a fines del siglo xviii, desarrolló y defendió ideas como las de Burgh en su trabajo *Take Your Choice*, que se constituyó en uno de los programas políticos más avanzados de la época (Coss, C.: *Burke and the nature of politics. The age of the American revolution*, University of Kentucky Press, Lexington, 1957, pp. 56 y 76). Thomas Paine continuó esta línea de pensamiento hasta constituirse, posiblemente, en la figura más representativa del radicalismo inglés de finales del siglo xviii y principios del xix. En este sentido, podría decirse, Paine puso juntas, clarificó, y sofisticó muchas de las demandas que otras figuras del radicalismo inglés habían comenzado a exponer. Véase Paine, T.: *Political writings*, B. Kucklick, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

⁵ Notablemente, la influencia de un pensador como Paine llegó a los lugares más recónditos de Latinoamérica. Allí, muchos políticos de primera importancia tuvieron acceso a una obra —*La independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha*— realizada por el venezolano Manuel García de Sena, y que incluía, entre otros trabajos, traducciones de las obras de Paine. La obra de Sena —quien personalmente aparece involucrado en el temprano desarrollo del constitucionalismo en Venezuela— sirvió de fuente de inspiración para los políticos más entusiastas con el pensamiento radical. Entre muchos otros, Artigas se constituyó en un fervoroso admirador del trabajo de Sena, a través del cual se familiarizó con la historia norteamericana y el constitucionalismo radical (en carta al Cabildo de Montevideo decía al respecto: "Yo celebraría que esa histo-

Del pensamiento revolucionario francés, en particular, muchos americanos obtuvieron argumentos para desconfiar de los sistemas de representación política y afirmar su derecho a gobernarse sin intermediarios, o a controlar a sus delegados de un modo estricto. Estas influencias explican la aparición de consignas como las que decían: "Has peleado, conquistado y ganado tu libertad, entonces mantenla... No la confíes a nadie lejos de tus manos, estate seguro de que, si lo haces, nunca más volverás a obtenerla".⁴ O también: "Tan pronto como el poder delegado se aleja demasiado de las manos del poder constituyente, queda establecido algún tipo de tiranía".⁵ O el testimonio de *A Newport Man*, diciendo que "cada ley que no es ratificada por el pueblo en persona [debe considerarse] nula".⁶ Principios similares fueron afirmados por Jefferson en sus "Notas para el Estado de Virginia", donde expresó su conocida idea según la cual "173 déspotas [elegidos por la ciudadanía] resultarían, sin duda, tan opresivos como uno solo... No es un despotismo electivo el gobierno por el que hemos estado luchando".⁷

Escépticos como eran frente a muchas de las instituciones políticas que conocían o anticipaban, los radicales tendieron a defender, en muchas casos, herramientas de organización institucional alternativas a las propuestas por sus opositores liberales y conservadores. Algunos de ellos exigieron incorporar en los textos constitucionales el derecho del pueblo a dictar "instrucciones obligatorias" para sus representantes, derecho que acompañaban con otro orientado a revocar el mandato de los representantes que se desentendieran de los compromisos que asumieran con la ciudadanía. Otros favorecieron la rotación obligatoria en los cargos (la no reelección de los que cumplían sus mandatos), como forma de alentar el ingreso de más ciudadanos a la función pública, y de mantener vivos los reclamos mayoritarios. Otros reclamaron no salirse del principio de las "elec-

ria [escrita por Sena] tan interesante la tuviese cada uno de los Orientales. Por fortuna tengo un ejemplar, pero él no basta a ilustrar tanto cuanto yo deseo y por este medio mucho podría adelantarse". Véase Grasses, 1961, p. xxi. Claramente, este tipo de ideas dotaron de mayor coherencia y densidad a los reclamos independentistas de los latinoamericanos.

⁴ *A Farmer and a Planter*, en BOWEN, M.: *The antifederalist papers*, Michigan State University Press, 1965, p. 72.

⁵ Thomas Young de Vermont, incluido en SACMAN, M.: *A more perfect union: Vermont becomes a state*, Vermont Historical Society, Vermont, 1991, p. 190.

⁶ "A Newport Man", citado en BOWEN, M.: *ob. cit.*, pp. 48-51.

ciones anuales" —esto es, pidieron que los mandatos fueran muy cortos— como modo de asegurar una renovación permanente del contrato entre elegidos y electos. Otros propusieron aumentar el número de los miembros de los órganos representativos, de modo tal de convertirlos en "espejos" de la sociedad. Una mayoría de ellos se propuso fortalecer estos órganos representativos, subordinando a sus designios al resto de la organización institucional (y evitando o eliminando el tipo de controles que muchos sugerían, y que implicaban la introducción de senados aristocráticos, vetos unipersonales, o decisiones de elites judiciales, con capacidad para obstaculizar o directamente revertir la voluntad mayoritaria). Finalmente, otros se pronunciaron en favor del mantenimiento y/o la promoción de las "asambleas comunales" que permitían el protagonismo político directo de la ciudadanía.

Algunas de estas herramientas, por supuesto, eran torpes, y otras posiblemente inefficientes respecto de los ideales que los propios radicales se proponían alcanzar. Sin embargo, lo que destacaba, en todo caso, era la orientación de ellas se ordenaban conforme a principios sin duda muy distintos de los que poco después se convertirían en principios dominantes. Tales herramientas se proponían estrechar las relaciones entre ciudadanos y representantes, fortaleciendo el rol de los primeros y convirtiendo a la noción de la "soberanía del pueblo" en algo más que una apelación retórica. En definitiva, lo que interesa rescatar de la historia anterior no es, simplemente, el notable arraigo y la potencia expansiva del ideal del autogobierno. Interesa además, y fundamentalmente, reconocer el modo en que los radicales se aferraron a dicho ideal para pensar, desde allí, cuáles eran las precondiciones necesarias para tornar posible —o para acercarse, al menos— al objetivo en cuestión.

3. Ciudadanos comprometidos, reglas para el compromiso

Es difícil no estar de acuerdo con la idea de que la ausencia de un intenso activismo cívico se vincula, al menos en parte, con la previa ausencia de instituciones capaces de alentar dicho activismo, y con la presencia de otras que lo desalientan. Cuando, por ejemplo, la Constitución señala que "el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes" (art. 22 de la Constitución argentina), ella se compromete claramente con un principio hostil a la intervención ciudadana en

el control de los asuntos públicos. Cuando se permite que, frente a cualquier cuestión de importancia, la voluntad del órgano más representativo sea desvirtuada por la de otros órganos ajenos al control y la decisión popular (como el Poder Judicial), se asesta un golpe severo a la posibilidad de que la mayoría gobierne. Cuando no se repara en los crecientes problemas que afectan al sistema institucional para incorporar y dar cuenta de todos los puntos de vista existentes en una sociedad plural, se empalidece aún más el carácter representativo de nuestras instituciones. Cuando no se considera como un problema el hecho de que sectores importantes de la población carezcan de "voz" efectiva para hacer oír sus reclamos, o cuando simplemente se recortan la mayoría de los lazos institucionales existentes entre representantes y representados, se potencia la "alienación" política de la ciudadanía. Un escenario como el descrito, sin duda, desalienta a que la población se comprometa en política: ¿para qué hacerlo si es tan "costoso" en términos personales? ¿para qué hacerlo si existen tantos riesgos de que lo exigido por la ciudadanía sea dejado de lado, simplemente, gracias a los múltiples salvoconductos con que cuentan los representantes para escapar del control público?

Ahora bien, es dable pensar que, aun si existieran instituciones más amistosas con el ideal del autogobierno, éste podría resultar fácilmente frustrado. Ello, entre otras razones, porque las instituciones políticas del autogobierno se alimentan de ciudadanos interesados en el autogobierno. Y el contar con ciudadanos comprometidos con los intereses de su comunidad no depende, exclusivamente, del contar con instituciones políticas abiertas o amistosas hacia la participación popular. Los radicales supieron reconocer este punto y señalaron de inmediato algunas de las principales amenazas que se cernían sobre la posibilidad de contar con ciudadanos públicamente comprometidos (o, como algunos decían, con ciudadanos cívicamente virtuosos).

En efecto, los radicales advirtieron que, junto con un diseño institucional favorable al activismo cívico, debían existir otras instituciones —especialmente, las vinculadas con la organización económica de la sociedad— orientadas a reflejar y a fortalecer la expresión de la voluntad mayoritaria. Esto significaba asumir que algunas formas de organización económica podían conspirar contra la posibilidad de contar con ciudada-

nos integrados a la comunidad y capacitados para tomar parte de sus asuntos. Ello ocurría, por ejemplo, en los sistemas económicos en donde sólo una parte de la población contaba con un trabajo adecuadamente remunerado, o aquellos en donde quienes trabajan lo hacían en condiciones miserables. Ello ocurría, también, cuando las instituciones económicas instaban a los individuos a pensar sólo en su propio interés y los premiaban por ello, forzándolos, así, a dejar paulatinamente de lado cualquier preocupación por los asuntos de su comunidad.

De acuerdo con tales orientaciones, los radicales se propusieron combatir los privilegios económicos que transformaban el autogobierno colectivo en un régimen en el que unos pocos decidían en nombre de todos los demás. El contramodelo que aparecía como obvio, entonces, era el de una distribución de las riquezas más igualitaria, una situación en que la vida de nadie dependiese de la de ningún otro, en donde cada cual pudiera obtener lo necesario, al menos, para su propio sustento y el de los seres que lo rodeaban. Con estos preceptos en mente, algunos radicales evaluaron como apropiadas propuestas tales como la de "liberar" nuevas tierras para repartir entre los más pobres, o la de redistribuir las ya asignadas de modo tal de crear una "república de pequeños propietarios". El ideal de la "república agraria" con individuos autosostenidos, fue un sueño que los radicales británicos avanzaron en su momento, y que Thomas Jefferson, por ejemplo, retomó en los Estados Unidos, junto con un largo grupo de adeptos. En tal sentido, decía Jefferson en sus *Notas sobre el Estado de Virginia*: "Mientras tengamos tierra que trabajar, entonces, que no tengamos que ver a nuestros ciudadanos ocupados en un asiento de trabajo, o haciendo girar una rueda". La afirmación del republicanismo agrario, por otro lado, implicaba una crítica severa al modelo de organización económica que por entonces comenzaba a tornarse dominante, esto es, el modelo de una república dedicada a la producción de manufacturas en amplia escala.

El grupo de los jeffersonianos sostuvo al modelo agrario invocando, fundamentalmente, la necesidad de servir a valores más importantes, como la laboriosidad, la simplicidad, la frugalidad, la austeridad. El trabajo en la tierra —asumían— convertía a los trabajadores en seres más independientes y más apegados a los intereses de su país. De este modo, además,

aquellos radicales retomaban los argumentos a los que habían apelado tiempo atrás —en la época de la colonia— cuando algunos colonos rechazaron la importación de bienes británicos porque —según decían— traían con ellos el lujo y los vicios. Como destaca Michael Sandel, ya consolidada la independencia nacional se comenzó a pensar que “las manufacturas en una escala mayor que la de un hogar de familia o un pequeño taller crearía una clase empobrecida de trabajadores no propietarios, amontonados en las ciudades e incapaces de ejercer un juicio independiente como el que requerido por la ciudadanía”.⁸

En Latinoamérica encontramos algunos ejemplos similares a los citados. En México, por caso, la prédica a favor de un reparto más igualitario de la tierra se hizo presente desde los mismos inicios de la vida independiente, y no abandonó su lugar privilegiado en la discusión política durante todo el siglo xix. Junto con Hidalgo y Morelos, Francisco Severo Maldonado fue uno de los que primero instalaron la demanda por una mejor distribución. Los reformadores sociales —decía Maldonado— se han equivocado en sus estrategias, han “creído destruir el árbol del mal atacándolo en sus frutos y dejando siempre intacta y subsistente su raíz”.⁹ Y agregaba: “Si se quiere pues restablecer el equilibrio social enteramente perdido, si se quiere asegurar el triunfo de la democracia... si se quiere repoblar la tierra de hombres y de virtudes, no hay más arbitrio que el de

⁸ Swann, M.: *Democracy's discontent. America in search of a public philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 143. La producción de manufacturas en pequeña escala, en cambio, se consideraba permisible ya que no solía venir acompañada de una concentración de la riqueza y el poder, ni se basaba en el trabajo de los ciudadanos activos (sino, en todo caso, en el de mujeres y niños). Ídem, p. 144. A partir de convicciones como las citadas, un dirigente de la talla de George Mason, en Virginia, rechazó la posibilidad de concentrar el comercio internacional en unas pocas ciudades costeras. De ese modo —denunciaba Mason— se iba a socavar la virtud cívica requerida por la forma republicana de gobierno. La virtud —sostenía— requiere de “frugalidad, probidad, y una estricta moral”, y el proyecto de contar con ciudades comerciales superpobladas parecía opuesto al logro de tales objetivos (ídem, pp. 125-126). De modo similar, y más notablemente, Jefferson, desde la presidencia de su país, procuró expandir hacia el oeste las fronteras económicas hasta entonces presentes, conquistando nuevas tierras antes inexplotadas, y que podrían ser distribuidas igualitariamente entre los habitantes del país.

⁹ Novick, A.: *Francisco Severo Maldonado. El precursor*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 196.

¹⁰ Ídem, pp. 198-199.

apresurarse a realizar y hacer efectiva esta repartición de los bienes nacionales".¹⁰ Fernández de Lizardi, Lorenzo de Zavala, Francisco García en la primera mitad del siglo xix; o Melchor Ocampo.¹¹ Ponciano Arriaga, Ignacio Ramírez, o Castillo Velasco, desde la propia Convención Federal de 1857, también se preocuparon por vincular la discusión política con la situación social, y poner sobre la arena de debates el problema del reparto desigual de la tierra.

En la labor pública del uruguayo José Gervasio Artigas —fuertemente influido por el radicalismo inglés— se reconoce una idéntica prédica agrarista y contraria a la distribución desigual de la riqueza. Artigas, como pocos otros líderes políticos latinoamericanos, se encargó de promover una reorganización radical de la economía de su sociedad. Fundamentalmente, a través de su "Reglamento provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la campaña", Artigas dispuso un importante reparto de tierras. Éste, aparecía destinado a favorecer, en primer lugar a los sectores más postergados de la población ("negros, sambos, indios y criollos pobres").

Del mismo modo, los grupos radicales que aparecieron en la escena política chilena, hacia mediados del siglo xviii, también se destacaron por una prédica antijerárquica vinculada con ideas como las anteriores: ellos no aceptaban una división de la riqueza social como la existente, que dejaba en manos de unos pocos el control de las mejores tierras y el ganado. Santiago Arcos, en tal sentido, propuso dividir las grandes haciendas existentes y asignar a cada chileno un trozo de tierra cultivable, capaz de asegurar su subsistencia y la de los suyos. En Ecuador, Juan Montalvo destacó también por su prédica social, enraizada en el pensamiento republicano clásico, y sus consiguientes reclamos en favor de una distribución igualitaria de la tierra.¹²

¹⁰ Véase, p. ej., Contreras Estrada, M.: *Melchor Ocampo. El agrarista de la reforma*, México, 1960.

¹² Basándose en los escritos de Rousseau y en el ejemplo de la Roma republicana, Montalvo defendía, por caso, la subdivisión de la tierra en porciones pequeñas, convencido de que de ese modo se obtenían beneficios sociales mayores que los resultantes de dejarla en manos de unos pocos dueños. "No basta en una buena democracia que sean iguales las porciones de tierra, sino que han de ser pequeñas, como entre los romanos". La medida debía ser aquella que fuera "suficiente para alimentar a un hombre". Ros, A.: *El pensamiento social de Montalvo*, Tercer Mundo, Quito, 1984, p. 111.

Criterios como los aquí ilustrados resultan notables, por otra parte, por instaurar un principio que resultaría muy discutido a lo largo de todo el siglo xix: aquel según el cual el Estado debía tener un rol relevante en la organización económica de la sociedad. Esta idea, obviamente, se oponía a otra muy popular durante toda aquella época, según la cual la prosperidad de la Nación y el bienestar de sus habitantes se lograba dejando dicha organización a la merced de las libres iniciativas de los propios individuos. Esta última opción, promovida por la escuela de economistas liberales ingleses —admirados en toda América— resultó muy especialmente favorecida, en Latinoamérica, luego de siglos de dominio español (un dominio que había venido de la mano de un manejo centralizado y torpe de las economías locales, y un monopolio que, a comienzos del siglo xix, resultaba a todas luces inaceptable). La causa del intervencionismo estatal, sin embargo, no tardaría en ganar espacio dentro del pensamiento populista. En un primer momento, dicho intervencionismo sería casi instintivo, y provocado simplemente por la necesidad de atender las urgencias de una mayoría de la población. Más tarde, la causa del intervencionismo comenzaría a tomar aliento y a encontrar políticos dispuestos a defenderla con argumentos más reposados y elaborados. Una excepcional muestra de tales argumentos aparecería en el escrito *Dejar hacer*, de Manuel Murillo Toro, publicado en Colombia en la segunda mitad del siglo xix.

Llegados hasta aquí, nuevamente, conviene separar lo relevante de lo que no lo es. En particular, aquí no nos interesa tanto el agrarismo de los radicales, ni el antimercantilismo que muchos de ellos desarrollaron. Sería tonto pensar que un radical contemporáneo, para serlo, deba defender hoy una política agrarista como la que algunos radicales defendieron siglos atrás. Lo que interesa remarcar es, en cambio, la conexión que los radicales supieron establecer entre su pensamiento político —su defensa del autogobierno colectivo— y su análisis en materia económico-social. Interesa remarcar los vínculos que los radicales supieron encontrar entre las reglas básicas de la organización social y el compromiso —o la ausencia de compromiso— de los ciudadanos con los asuntos públicos.

4. Notas finales

En la actualidad, nuestro pensamiento parece estar marcado por un profundo antirradicalismo. En efecto, y ante todo,

descuidamos la importancia del ideal del autogobierno, como si él fuera uno más, a escoger entre un variado menú de ideales políticos. Por otro lado, hoy tendemos a pensar en la vida pública a partir de la imagen de esferas desconectadas entre sí: nos parece razonable que la esfera política se organice a partir de una determinada lógica, y la esfera socioeconómica política a través de una distinta. Asumimos, incuestionadamente, que la organización social y económica puede —o debe— desarrollarse autónomamente, con independencia de los “avatares” que distingan a la vida política. En tal sentido, no vemos ningún problema en el hecho de estar alimentando —p. ej., a través de las reglas económicas vigentes— ciudadanos egoístas, ensimismados en sus asuntos. Nos parece que el hecho de que (no sólo no se castigue, sino que) se premie la competencia, la victoria económica de unos sobre otros —la desigualdad en definitiva— no tiene nada que ver con el tipo de ciudadanos que vivirán en nuestra comunidad. Nos parece que es perfectamente consistente reclamar el involucramiento público de los ciudadanos mientras, por otro lado, alentamos su autointerés. Del mismo modo, nos parece sensato quejarnos frente a la vergonzante “apatía” ciudadana mientras las instituciones políticas cierran sus ventanas a los reclamos populares y abren sus puertas a “lobbistas” de todo tipo. Los radicales vienen a negar todo esto, y a decirnos, por ejemplo, que no podemos cambiar la sociedad cambiando algunos artículos de la Constitución, o pensar en “reformas políticas” amnésicas respecto de la vida económica. Ellos nos reprochan, con razón, nuestro absoluto descuido respecto del tipo ciudadano que una sociedad autogobernada requiere, o la simpleza con que desvinculamos los asuntos políticos de los económicos. Por supuesto, decir todo esto no es lo mismo que afirmar que, para conseguir cambios institucionales radicales, sólo es necesario proponérselo, como si fuera sencillo “desmontar” las estructuras de opresión política e injusticia económica hoy tan extendidas dentro de nuestra sociedad. Pero los viejos radicales no necesitan llegar tan lejos: su aporte se cumple cuando nos señalan la torpeza e ingenuidad de nuestras actuales reflexiones sobre la vida pública.

XI. LA ÚLTIMA CARTA. EL DERECHO DE RESISTENCIA EN SITUACIONES DE ALIENACIÓN LEGAL*

I. Introducción

Es posible que en situaciones de crisis e inestabilidad jurídica tengamos razones adicionales para ser implacables en la aplicación del derecho: queremos que el derecho gane la fuerza que no tiene; queremos que arraigue en las costumbres de todos; queremos, de una vez por todas, dotar de previsibilidad a nuestra vida jurídica. Ello es así, sin embargo, dependiendo del tipo de crisis al que nos enfrentemos. En efecto, según me parece, nuestra reacción merece ser fundamentalmente otra si la situación a la que nos enfrentamos es una de *alienación legal*, es decir, una situación en donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad sino que se presenta como un conjunto de normas ajenas a nuestro designio y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual ésta aparece sometida.¹ Si nuestra crisis jurídica tiene

* Agradezco especialmente a Marcelo Alegre y a Félix Ovejero por sus comentarios a una versión anterior de este capítulo, preparada para la revista *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho (UBA). Excepcionalmente y en parte en razón de la dificultad del tema tratado, en este capítulo he optado por preservar en su idioma original la mayoría de las citas que incluyo.

¹ Se podría sostener para el derecho, entonces, lo que Karl Marx sostuvo para el trabajo, en cuanto a que "the object that labour produces, its product, confronts it as an alien being, as a power independent of the producer... [the] externalization of the worker in his product implies not only that his labour becomes an object, an exterior existence but also that it exists outside him, independent and alien, and becomes a self-sufficient power opposite him, that the life that he has lent to the object affronts him, hostile and alien... the worker becomes a slave to his object" (McLELLAN, D. [ed.]: *Karl Marx: Selected writings*, Oxford University Press, 2000, 86/87). Tal como he planteado el concepto, concibo a la idea de alienación legal como contracara de lo que, en los orígenes del constitucionalismo, se conoció como la idea del autogobierno.

que ver más con esta última situación, luego, parece injusto tratar todas las violaciones al derecho como propias de sujetos que quieren tomar ventaja de los esfuerzos de otros. Más bien, es dable esperar que muchas de tales violaciones representen reacciones comprensibles y atendibles producidas por ciertos grupos frente a un derecho que los ignora o margina indebidamente. En tales casos, aquel énfasis en la aplicación inflexible del derecho no resulta sino un acto de extraordinario dogmatismo —una pura injusticia— que termina de poner al derecho cabeza abajo. En lugar de rescatar, entonces, a aquellos que son víctimas del derecho, se pretende asegurar que se les impongan normas destinadas a maltratarlos —normas en cuya creación y modificación tales sujetos no han tenido parte, como debieron haberla tenido en tanto miembros de una comunidad que pretende situar a todos en un pie de igualdad.

Por supuesto, cuando se reconoce la pobreza del derecho (cuando se admite la existencia de una situación de alienación legal como la que estaríamos padeciendo) se abren riesgos enormes. Habrá, sin duda, aprovechadores que quieran tomar aquella declaración como una "carta blanca" para cometer desmanes, invocando la existencia de un derecho fundamentalmente injusto. Habrá quienes piensen que, de este modo, no se hace sino alentar la anarquía y la violencia —una situación de "todo

Según lo que señalaban ideólogos republicanos como J. J. Rousseau —en una aproximación retomada luego tanto por las revoluciones francesa y norteamericana, como por los revolucionarios latinoamericanos— una comunidad autogobernada era aquella que podía reconocerse a sí misma reflejada en las normas que la regían. Dichas normas pasaban a ser así expresión y condición del autogobierno compartido. Una situación de alienación legal aparecería, entonces, cuando las normas destinadas a posibilitar la autodeterminación colectiva vienen a socavarla, o hacerla imposible (la alienación, también podría ser parcial, cuando un grupo de la sociedad se encuentra sistemáticamente afectado por dichas normas, que imposibilitan su capacidad para participar de aquella tarea colectiva del autogobierno). Las ideas de autogobierno y alienación legal quedan así planteadas como dos extremos teóricos, no fácilmente visibles en la realidad política (aunque la práctica de las dictaduras puede redesccribirse, en una mayoría de casos, como modelando una situación de alienación legal). Corresponde que nos preguntemos, entonces, cuán lejos o cerca se encuentra nuestro sistema de gobierno de aquellos dos extremos. En la medida en que este esquema teórico nos interesa, nos ayudará a posicionar al gobierno de turno como más o menos justificado, y a sus normas como más o menos merecedoras de respeto.

vale" carente de toda regulación legal—. Habrá quienes denieguen la plausibilidad de una afirmación tal, ante la ausencia de una "tercera instancia" (entre los funcionarios públicos y la ciudadanía) capaz de determinar con autoridad y certeza la gravedad de la crisis jurídica que se enfrenta, y sus subsiguientes consecuencias. Se nos puede preguntar, entonces: quién puede arrogarse el derecho de decirnos que estamos en una situación de alienación legal?

Lo cierto es, sin embargo, que similares interrogantes y temores fueron planteados hace siglos atrás, y que ellos recibieron, desde entonces, respuestas lúcidas y muy meditadas. De allí que, si algo es notable en la actualidad del constitucionalismo, ello es el modo en que esta disciplina se ha desentendido de reflexiones que le eran cruciales, lo que provoca que hoy tengamos dificultades para pensar sobre un fenómeno central para nuestra vida jurídica. Por tales descuidos, hoy quedamos enfrentados al serio riesgo de penalizar a quienes son, en buena medida al menos, meras víctimas del derecho —sujetos necesitados de amparo y reparación, en lugar de castigo.

En lo que sigue, y para comprender mejor el tipo de fenómenos al que la actual crisis jurídica nos enfrenta, me detendré muy especialmente en el análisis de la idea de *resistencia al poder*, una idea nacida en la Edad Media, central al constitucionalismo desde entonces y hasta avanzado el siglo xviii, y olvidada básicamente a partir de allí. Dicho concepto, según entiendo, puede ayudarnos a echar luz sobre el tipo de problemas que son propios de situaciones de alienación legal como la que hoy podríamos estar atravesando.

Introducción

2. Resistencia constitucional y otros conceptos afines

Según entiendo, no contamos en la actualidad con buenas herramientas teóricas para pensar en torno a situaciones como las aquí descriptas, de alienación legal. Aquí me interesa reflexionar sobre episodios de protesta que, según asumo, son distintivos de estas situaciones de alienación legal y a los que llamaré episodios de *resistencia constitucional*. Estos episodios, en mi opinión, se distinguen por la presencia de violaciones del derecho positivo, que pueden asumir un carácter violento, destinadas a frustrar leyes, políticas, o decisiones del

gobierno de turno.² Para determinar si tales acciones son acciones legítimas, y eventualmente acciones justificadas, deben consultarse muchas variables pero una, en especial, destaca por su relevancia, y ella tiene que ver con la existencia o no de un contexto de alienación legal. Este hecho genera enormes problemas, dadas las obvias dificultades que tenemos y siempre tendremos para determinar cuándo nos encontramos en una situación tal, o qué respuesta resulta aceptable dar —qué tipo de resistencia constitucional resulta justificable— en dicho contexto. Para encontrar algún tipo de apoyo desde donde comenzar a pensar, frente a dudas semejantes, recurriré al auxilio de reflexiones teóricas ya avanzadas frente a situaciones en parte análogas a la descripta. Todas ellas, claramente, van a forzarnos a indagar en los límites mismos del constitucionalismo.

Contemporáneamente, las ideas más cercanas con las que contamos para explorar dicho fenómeno son algunas como la de desobediencia civil o la de objeción de conciencia. Por ello, antes de cualquier otro paso, quisiera detenerme a distinguir el fenómeno del que aquí me ocupo de situaciones de violación del derecho como las dos citadas.

Para empezar, una de las notas distintivas que la literatura ha asociado con conceptos como los de desobediencia civil y objeción de conciencia es la de la no violencia, mientras que en los fenómenos aquí bajo examen el dato de la violencia parece ser uno central en su descripción. Tomemos, por caso, una definición más o menos estándar de la desobediencia civil, como es la que ha dado en su momento Hugo Bedau.³ En opinión del profesor de Harvard, "Anyone commits an act of civil disobedience if and only if he acts illegally, publicly, nonviolently, and conscientiously with the intent to frustrate (one of) the laws, policies, or decisions of his government".

A resultas de una definición como aquella, las semejanzas y diferencias entre las acciones que llamo de resistencia constitucional y la desobediencia civil, parecen obvias. Por un lado, ambos tipos de acciones registran un carácter público; incluyen en su núcleo comportamientos que son considerados con-

² Esta definición está moldeada a partir de la definición que da Hugo Bedau sobre la desobediencia civil y a la que me refiero más adelante.

³ Bedau, H.: "On civil disobedience", *Journal of philosophy*, vol. 58, p. 661.

trarios al derecho positivo; y confrontan directamente con algunas normas, políticas o decisiones del gobierno. Sin embargo, por otro lado, y como mínimo, las acciones aquí bajo examen pueden involucrar un grado de reflexión y autoconsciencia mucho menor que el que suele asociarse con la desobediencia civil; y además ellas suelen acompañarse de actos de violencia que resultan ajenos a la desobediencia civil.

Autores como John Rawls —que, en su definición de la desobediencia civil se apoyan en el clásico análisis de H. Bedaurefuerzan aquellas diferencias al sostener que la desobediencia civil es la que “arises only within a more or less just democratic state for those citizens who recognize and accept the legitimacy of the constitution”.⁴ Es por este reconocimiento que los que se involucran en acciones de desobediencia civil (u objeción de conciencia) aceptan padecer las penas que el derecho dispone en contra de ellos: existe, finalmente, una aceptación de la validez general del derecho, que se cuestiona en algún aspecto específico.⁵ Aquí, sin embargo, y conforme hemos dicho, nos encontramos con una situación que se distingue particularmente por una disputa en torno a la validez de las bases mismas de la organización constitucional.⁶ Lo mismo ocurre si tomamos como punto de referencia los estudios realizados por Ronald Dworkin al respecto. Para él, quienes se involucran en actos de desobediencia civil “accept the fundamental legitimacy of both government and community; they act to acquit rather than to challenge their duty as citizens”.⁷ Las diferencias entre estos casos de desobediencia civil y los que se encuentran aquí bajo examen resultan, por lo tanto, significativas.

⁴ Rawls, J.: *A theory of justice*, Harvard University Press, 1971, p. 363; énfasis añadido.

⁵ Cohen, M.: “Liberalism and disobedience”, *Philosophy and public affairs*, vol. 1, n° 3, 1972.

⁶ En su análisis de la desobediencia civil, Rawls explícitamente no trata de este tipo de casos, a los que asocia con formas de “acción militante”. La acción militante, dice Rawls, “is not within the bounds of fidelity to law, but represents a more profound opposition to the legal order. The basic structure is thought to be... unjust or else to depart... widely from its own professed ideals” (Rawls: *ob. cit.*, pp. 367/8).

⁷ Dworkin, R.: *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, p. 105, énfasis añadido.

Las distancias conceptuales todavía son mayores si lo que comparamos son estos casos de resistencia constitucional, y los llamados actos de objeción de conciencia (*conscientious refusal*).⁸ Según John Rawls, la objeción de conciencia implica "noncompliance with a more or less direct legal injunction or administrative order".⁹ Éste sería el caso, por ejemplo, del individuo que se resiste a involucrarse en el servicio militar por rechazar la violencia que es propia de él. A diferencia del caso de la desobediencia civil, aquí no se apela a las convicciones de justicia de la comunidad, sino a las propias. No se pretende (al menos primariamente) en este caso, hacer un llamado al "sentido de justicia de la mayoría"; ni tampoco se actúa, necesariamente, a partir de principios políticos —siendo habitual que se lo haga, por ejemplo, en razón de principios religiosos o de otro tipo.¹⁰

Nos encontramos así, nuevamente, frente a acciones fundamentalmente pacíficas e individuales, y producto de una meditada reflexión, que contrastan con el carácter normalmente no pacífico, colectivo, y más o menos espontáneo de las acciones antinstitucionales. Esta situación es la que nos debe llevar más allá de conceptos como los señalados, a los fines de entender mejor el tipo de fenómenos a los que nos enfrentamos, y no leer situaciones nuevas a través de lentes teóricas preparadas para abarcar situaciones de tipo fundamentalmente distinto. Es a estos fines que, a continuación, prestaré atención al concepto de *resistencia* a la autoridad, que parece encontrar una afinidad mucho mayor con los fenómenos que son objeto de estudio en este escrito.

3. La resistencia a la autoridad en el núcleo del constitucionalismo

A diferencia de lo que parecía ocurrir con conceptos tales como los de desobediencia civil u objeción de conciencia —que, a pesar de haber sido pensados para tratar sobre situaciones de crisis legal vinculadas a las que aquí nos interesan, resulta-

⁸ Aquí asimilo las ideas de objeción de conciencia con lo que John Rawls describe como "conscientious refusal".

⁹ Rawls: *A theory...*, cit., p. 368.

¹⁰ Ídem, p. 369.

ban estrechos a la hora de entender fenómenos como el de la resistencia constitucional— el concepto medieval de “resistencia a la autoridad” sí se muestra fértil para nuestros propósitos. En efecto, a pesar de las varias aproximaciones que podemos encontrar sobre el tema, todas ellas tienden a hablarnos de acciones normalmente de tipo violento, contrarias al derecho vigente y llevadas a cabo por sujetos que sienten que el orden legal trabaja en su contra. En un sentido estricto, tales resistencias originales tendieron a aparecer frente a situaciones que aquí describimos como de alienación legal, esto es, situaciones en donde el derecho aparecía completamente alejado del control de ésta, y actuando en contra de sus intereses más básicos. Todo esto nos habla de un fuerte parentesco entre estas acciones originales de resistencia y las que aquí queremos examinar. Lo que separa a unas de otras, en todo caso, es que en el concepto original de resistencia ella aparecía frente a autoridades políticas pero no democráticas,¹¹ frente a un derecho que, por lo mismo, no se esperaba que fuera expresión de la voluntad comunitaria aunque sí respetuoso de los intereses básicos de la comunidad, y vinculado con actos más específicos: habitualmente, la remoción (y aun la muerte, según propusieran en su momento los teólogos católicos) del mandatario de turno; o el cambio radical de régimen de gobierno (tal como pasaría, p. ej., con la llegada de la revolución norteamericana). Puede ser útil, entonces, repasar algunas de las discusiones que se generaran en derredor de la idea tradicional de la resistencia: su riqueza puede echar luz sobre situaciones como las que hoy enfrentamos y ante las cuales no sabemos, habitualmente, cómo reaccionar.

Ante todo puede ser importante decir que, al apoyarnos en la noción de resistencia a la autoridad, recuperamos un concepto que, desde la Edad Media, fue objeto principal de estudio de todos aquellos interesados en los problemas de la filosofía política y jurídica. Tales reflexiones cobraron especial significado a partir de la ruptura de la unidad religiosa euro-

¹¹ Por el momento, tomo el concepto de democracia en su acepción más fina, vinculada con la elección periódica de autoridades, en el marco de la vigencia de ciertos derechos básicos (Dahl, 1991). Cabe acotar, además, que —aunque la idea de la resistencia fue variando con el tiempo— en sus primeras presentaciones se la dejaba, en una mayoría de casos, en manos de una elite, única legitimada para llevar a cabo acciones tan extremas y riesgosas.

pea, los sucesivos enfrentamientos entre católicos romanos y protestantes reformistas, y sobre todo, la consiguiente posibilidad de que los deberes religiosos entraran en tensión profunda con los deberes de obediencia hacia el poder político.¹² Notablemente, y a fuerza de ser consecuentes con su razonamiento, autores provenientes muchas veces de un rígido conservadurismo, comenzaron a abrir grietas dentro de sus propios dogmas. ¿A quién debemos obedecer, se preguntaban, si la autoridad política, eventualmente, deja de coincidir con la autoridad religiosa? Por otra parte, estas reflexiones eran urgidas por la necesidad de hacer frente a las extraordinariamente influyentes enseñanzas de San Pablo acerca de los incondicionales deberes de obediencia del pueblo;¹³ los reclamos de San Agustín en cuanto a que los gobernantes debían seguir siendo respetados como representantes de Dios aún cuando no cumplieran adecuadamente con sus deberes políticos; y muy particularmente, y con el paso del tiempo, a sectores importantes de la propia doctrina luterana, que vino a respaldar el poder de las monarquías absolutas, fundándolo en la incapacidad de la gente para reconocer los mandatos de Dios, en contraste con los poderes de las autoridades para descifrar aquella voluntad divina.¹⁴ De

¹² Linder, R.: "Pierre Viret and the sixteenth-century French protestant revolutionary tradition", *The Journal of Modern History*, vol. XXXVIII, n° 2, 1966, pp. 125/126.

¹³ Según sostuviera San Pablo en el famoso cap. 13 de la epístola de los romanos —y que se constituyera durante buena parte de la Edad Media en la cita bíblica más influyente de todas—, los poderes existentes derivaban de Dios, por lo cual cualquiera que osara resistirlos resistía a Dios y se encontraba condenado a sufrir eternamente. En sus palabras, "we should obey the powers that be [because] they are ordained of God and that whosoever resisteth the power resisteth the ordinance of God, and they that shall resist shall receive to themselves eternal damnation".

¹⁴ De todos modos, es importante enfatizar que desde dentro mismo del luteranismo se fueron dando interesantes desarrollos teóricos que lentamente ayudaron a resquebrajar las sólidas paredes de la doctrina que venían a apuntalar. Estos desarrollos se vincularon muy especialmente con los estudios llevados adelante por Philip de Hesse a comienzos del siglo xvi. Hesse reflexionó, entonces, acerca de la noción luterana conforme a la cual todos los poderes provenían de Dios, la eventualidad de que el Emperador se aliase con la mayoría católica, y la necesidad de resistir su autoridad por las armas. Otros juristas luteranos, como Martin Bucer, se preocuparon por enfatizar los deberes de los magistrados para defender la religión luterana, por lo que negaron la capacidad del Emperador para gobernar conforme a su voluntad discrecional y en contra de las necesidades del pueblo de Dios. En casos tan graves, sostenía, no podía esperarse que los funcionarios menores permanecieran obedientes a los reclamos indebidos del soberano.

este modo, y hasta fines del siglo xviii, la idea de resistencia a la autoridad creció hasta llegar a ocupar un lugar central dentro del constitucionalismo.

En efecto, hacia fines del siglo xviii, y de la mano de John Locke, la resistencia a la autoridad apareció como una de las cuatro ideas que, según entiendo, distinguieron al constitucionalismo en sus orígenes. Así, la idea de resistencia tendió a aparecer junto con la referida al carácter inalienable de ciertos derechos básicos, la idea de que la autoridad era legítima en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados; y aquella que decía que el primer deber de todo gobierno era el de proteger los derechos inalienables de las personas. En dicho contexto —se afirmaba— el pueblo podía legítimamente resistir y finalmente derrocar al gobierno de turno en caso de que el último no fuera consecuente en el respeto de aquellos derechos básicos.¹⁵

Notablemente, estos cuatro principios constitucionales, fundados todos ellos en la básica idea de la igualdad esencial de todos los individuos, resultaron trasladados luego a las dos grandes revoluciones del siglo xviii la norteamericana y la francesa. Primeramente, ellos resultaron recogidos por Thomas Jefferson, e incorporados casi inalteradamente en la "Declaración de la Independencia" norteamericana, escrita en 1776. Siguiendo estrictamente a Locke, aquélla declaró entonces su adhesión a las siguientes "verdades autoevidentes": que todos los hombres son creados iguales; que ellos son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre ellos se encuentran el derecho a la vida, la libertad, y la persecución de la felicidad; que, los gobiernos son establecidos entre los hom-

¹⁵ Locke, en particular, desarrolló este tipo de ideas muy especialmente en reacción contra los escritos de Robert Filmer —sobre todo, *Patriarcha*— en donde el último defendía una concepción "patriarcalista" del poder. Conforme a ella, el rey estaba justificado de ejercer su poder sin atención a la voluntad de sus súbditos, del mismo modo en que un padre ejerce el poder sobre sus hijos sin consultarles. El poder del rey, afirmaba Filmer, provenía directamente de Dios y no de algún tipo de consenso popular, por lo cual no puede ser resistido en ningún caso (Filmer, R.: *Patriarcha and other writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991). En su opinión, el rey —como el padre— debía tener la capacidad de disponer aún sobre la vida de quienes estaban a su cargo (tal como se desprendía de la parábola religiosa sobre Cassius, que había arrojado a su hijo desde un acantilado). Tales poderes extremos se justificaban ante la facilidad con que las personas se dejaban arrastrar hacia comportamientos erráticos y anárquicos.

bres con el objeto de asegurar tales derechos, y que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando sea que una forma de gobierno deviene en destructiva de aquellos fines, el pueblo tiene el derecho de alterarlo o abolirlo para instituir uno nuevo, fundando sus principios y organizando sus poderes en tal forma que sea la más conducente para su seguridad y felicidad.

La "Declaración de los Derechos del Hombre", aprobada por la Asamblea Nacional de Francia el 26 de agosto de 1789, siguió en buena medida el ejemplo anterior. Así, proclamó la existencia de "derechos naturales, imprescriptibles, e inalienables"; afirmó la libertad e igualdad básicas de cada persona (art. 1º) y sostuvo que el objeto principal de toda asociación política era el de preservar los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son los derechos a la "libertad, propiedad, seguridad, y resistencia a la opresión" (art. 2º).¹⁶

Finalmente, y sólo para enfatizar aún más la importancia e influencia de estos originales acercamientos a la resistencia a la autoridad, puede mencionarse que muchas de las nuevas constituciones nacidas al calor de aquellas dos revoluciones reafirmaron desde sus primeras líneas compromisos como los citados. Así, y sólo para mencionar algún caso especialmente influyente en Latinoamérica, señalaría el ejemplo de la Constitución de 1813 en la Banda Oriental que hizo referencia a la

¹⁶ The representatives of the French people, organized as a National Assembly, believing that the ignorance, neglect, or contempt of the rights of man are the sole cause of public calamities and of the corruption of governments, have determined to set forth in a solemn declaration the natural, unalienable, and sacred rights of man, in order that this declaration, being constantly before all the members of the Social body, shall remind them continually of their rights and duties; in order that the acts of the legislative power, as well as those of the executive power, may be compared at any moment with the objects and purposes of all political institutions and may thus be more respected, and, lastly, in order that the grievances of the citizens, based hereafter upon simple and incontestable principles, shall tend to the maintenance of the constitution and redound to the happiness of all. Therefore the National Assembly recognizes and proclaims, in the presence and under the auspices of the Supreme Being, the following rights of man and of the citizen: Articles:

1. Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions may be founded only upon the general good.
2. The aim of all political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression [...].

legitimidad del derecho de resistencia en caso en que el gobierno fuera incapaz de asegurar el bienestar general y los derechos fundamentales; y lo fundamentó en el principio de la igualdad y libertad de sus miembros y el derecho natural.¹⁷ Del mismo modo, podría citar a la Constitución de Apatzingán, aprobada en México en 1814 por un grupo de revolucionarios encabezados por el cura José María Morelos, que hizo referencia al "innegable derecho" popular de "establecer... alterar, modificar, o abolir totalmente al gobierno, cuandoquiera que ello sea necesario para su felicidad" (art. 4º).

4. Las primeras fundamentaciones

del derecho de resistencia: ¿cuándo se justifica resistir?

Lo examinado hasta aquí nos ayuda a dejar en claro que la idea de la resistencia a la autoridad resultó, desde sus orígenes, una noción primordial al constitucionalismo —una que no se veía como su enemiga, sino como parte integral de él y del derecho de cada comunidad a autogobernarse—. Teniendo esto en cuenta, en lo que sigue me preocuparé por examinar hasta qué punto aquellas reflexiones originarias pueden iluminar algunos de los problemas con los que nos enfrentamos actualmente, cuando nos ocupamos de (lo que aquí llamé) resistencias constitucionales. A tales fines, prestaré atención a tres viejas discusiones aparecidas en torno a la idea originaria de resistencia a la autoridad. En primer lugar, ¿qué razones pueden justificar dichas acciones? En segundo lugar, ¿quién es la autoridad que debe encargarse de evaluar la legitimidad o "pertinencia" de tales acciones? Y, finalmente, ¿cuál es el modo en que las autoridades jurídicas deben reaccionar, frente a la presencia de conductas tan graves? Comenzaré, entonces, por el primer punto, referido a las fundamentaciones del derecho de resistencia.

¹⁷ Decía la Constitución: "Porque los hombres nacen libres e iguales y gozan de ciertos derechos naturales, esenciales e inalienables —entre ellos, el derecho de gozar y defender su vida y su libertad, el derecho de adquirir, poseer y proteger su propiedad y, finalmente, el derecho de demandar y obtener seguridad y felicidad— es deber [del gobierno] el de asegurar estos derechos... y si no pudiese alcanzar estos grandes objetivos, el pueblo tiene el derecho de alterar el Gobierno, adoptando todas las medidas necesarias para asegurar su seguridad, prosperidad y felicidad".

Una de las líneas de reflexión más importantes sobre las razones que pueden justificar la resistencia a la autoridad proviene de lo que podríamos llamar la *corriente jurídica iusnaturalista*. Esta corriente reconoce un antecedente clave en los escritos de Santo Tomás, y en la escuela que se fundó a la luz de ellos y que reunió a religiosos de la orden de los "Dominicos", como Domingo de Soto o Francisco Vitoria; o la de los "Jesuitas", como Francisco Suárez o Luis de Molina. A pesar de las diferencias que podían separar a unos de otros, todos estos teólogos aparecían reunidos por un núcleo de ideas especialmente importantes y polémicas en la época. A estos teólogos tomistas les preocupaba, especialmente, contradecir algunos de los presupuestos intelectuales del luteranismo entonces en auge. En particular, ellos reaccionaban contra la idea de que las personas eran fundamentalmente incapaces de reconocer la voluntad de Dios, por lo que debían ser disciplinadas y conducidas por quienes sí lo fueran. Dicho pensamiento, esencialmente perfeccionista, resultó contradicho por los tomistas de la contrarreforma, quienes sostenían que él era profundamente erróneo, al no reconocer que *todos los individuos eran igualmente capaces* de reconocer y entender la ley divina. Siguiendo a Santo Tomás, ellos sostenían que todos los *derechos eran naturales*, resultados de la ley de Dios y no de la gracia de Dios.¹⁵ En opinión de los teólogos católicos, el hecho de que la comunidad, una vez constituida, delegara su soberanía en una autoridad suprema, no implicaba que ella perdiera sus derechos naturales más básicos.

Fue explorando las implicaciones de aquellos presupuestos de raíz igualitaria que los tomistas hispanos llegaron a justificar, pioneramente, formas de resistencia a la opresión que incluían el tiranicidio. Aunque dichas reacciones debían reservarse para circunstancias muy extremas, y aunque hacían marcados esfuerzos para afirmar los deberes de obediencia del pueblo, también era cierto que no encontraban forma de negar el hecho de que "even if the commonwealth has given away its authority, it nevertheless keeps its natural right to defend itself" (Vitoria, 1991: 200). Es que, en definitiva, como señalaba Vitoria, el que

¹⁵ La diferencia era sustantiva ya que, conforme a los luteranos, quienes sostenían la última posición, el derecho sólo podía ser ordenado por un gobernante guiado por Dios y no por los restantes miembros de la comunidad.

cometía un pecado, aun si era una autoridad debidamente constituida, era culpable como cualquiera de sus mandados.

Preocupados por mostrar los límites estrictos de este derecho de resistencia, el grupo de los iusnaturalistas se internó en una detallada reflexión en torno a las circunstancias que podían justificar una resistencia. Así, Francisco Suárez —como muchos de ellos— distinguió entre tiranos de origen legítimo usurpadores y formas distintas de reaccionar frente a ellos. Por ejemplo, Suárez entendió justificado el tiranicidio aun en manos de cualquier individuo, actuando a título personal, frente al tirano usurpador pero no frente al tirano de origen legítimo. En este último caso, la reacción quedaba a cargo en los "magistrados inferiores" y pendiente de un proceso justificatorio previo en el que debía demostrarse, entre otros hechos, el carácter "público y manifiesto" de la tiranía; la inexistencia de alternativas al tiranicidio; la ausencia de algún pacto celebrado entre la comunidad y el tirano (el cual, en tal caso, debería ser respetado); el consenso tácito de la comunidad; o la certeza de que no se sucederían males mayores, una vez producida la muerte del tirano.¹⁹ El principio de derecho natural conforme al cual "force may be met with force" y la necesidad de preservar el Estado, eran las razones últimas que justificaban este tipo de acciones.²⁰ En el fondo de ambos reclamos se encontraba el presupuesto, también notable para la época, según el cual "the state, as a whole, is superior to the king, for the state, when it granted him his power, is held to have granted it upon these conditions: that he should govern in accord with the public weal, and not tyrannically; and that, if he did not govern thus, he might be deposed from that position of power".²¹

Los teólogos españoles abrieron, así, una veta de estudio que llegó a ejercer su influencia aun entre algunos de sus enemigos teóricos provenientes de la teoría jurídica calvinista. Notablemente, algunos de estos teóricos calvinistas —en particular, miembros de la minoría de los hugonotes— encontraron en el trabajo de los tomistas un excepcional apoyo para las

¹⁹ SUÁREZ, F.: *Selections from three works*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 712-3.

²⁰ HAMILTON, B.: *Political thought in sixteenth-century Spain*, Clarendon Press, Oxford, 1963; Copleston, F.: *A history of philosophy. The revival of platonism to Suárez*, Image Books, Nueva York, 1963.

²¹ SUÁREZ: ob. cit., p. 855.

reflexiones que venían haciendo en torno a los límites del poder político.²² Desde entonces, también, la cuidadosa y temerosa reflexión de los tomistas en torno al tema comenzó a abrirse a otros argumentos más radicales. El suizo Pierre Viret, por ejemplo, amigo personal de Calvino y de considerable influencia en Francia, sostuvo que la resistencia al poder se justificaba por razones religiosas tanto como a partir de injusticias económicas y sociales cometidas contra el pueblo por su gobernante.²³ Pero las posturas más radicales en torno al tema fueron, sin dudas, las que surgieron desde el calvinismo escocés.

El grupo de los calvinistas escoceses encontró fundamento para su defensa de la resistencia al poder, a partir de una tradición potencialmente más poderosa que la iusnaturalista, que tenía sus orígenes en los escritos de Jean Gerson, y en los desarrollos posteriores de los también "sorbonistas" John Mair y Jacques Almain. Esta tradición justificaba aquellas acciones extremas no a partir del derecho natural, sino en razón de un *deber religioso*: la resistencia, en efecto, no era un derecho sino un deber, que involucraba a todos los miembros de la comunidad religiosa y que debía llevarse adelante por ser reflejo de la voluntad de Dios.²⁴ Herederos de esta tradición, figuras

²² El teórico hugonote Beza, en su momento, también aceptó una distinción similar a la expuesta, entre tiranos con legitimidad de origen y tiranos usurpadores. Como aquellos, Beza sostuvo que la justificación del tiranicidio en manos de cualquier individuo, actuando privadamente, sólo se daba frente a los últimos, que por su propia condición no podían reclamar ningún derecho a ejercer el poder que de hecho pretendían ejercer. Frente a los tiranos con legitimidad de origen (tiranos en el ejercicio del poder), el derecho de resistencia quedaba reducido a circunstancias excepcionales que los individuos privados no se encontraban en condiciones de alegar como justificatorias de sus pretendidas acciones. Los magistrados principales, sin embargo, tenían la obligación de llevar adelante tal resistencia, en honor del pueblo para con quien el tirano era desleal, y en el caso de que el rey rompiera la promesa que había hecho a su pueblo y pasara a gobernar tíranicamente. De modo similar, para Philippe Mornay, el tiranicidio también era aceptable sólo en circunstancias muy extremas, luego de una decisión de los "magistrados inferiores" —ya que no del pueblo en su conjunto—. Aquellas autoridades podían ejercer tal derecho, cuando comprobaran que los gobernantes habían violado el contrato celebrado con su pueblo (un contrato orientado a asegurar la protección y defensa de los últimos), y roto así su promesa de sostener la ley de Dios. SKINNER, Q.: *The foundations of modern political thought*, vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 1978, p. 325.

²³ LINDA: *ob. cit.*

²⁴ Skinner, Q.: *ob. cit.*; Ruggie, S.: "Gerson, the conciliar movement and the right of resistance", *Journal of the history of ideas*, vol. 25, n° 4, 1964, pp. 467-486.

como John Ponet justificaron la alternativa de la resistencia cada vez que el soberano traicionase a su país o cometiera cualquier tipo de abuso de su cargo (abusos que incluían, por ejemplo, el acostarse con la mujer de otro hombre). Para Christopher Goodman, la resistencia se justificaba en todos los casos que implicaran la transgresión de las leyes de Dios, y que incluían aquellas situaciones en que los gobernantes se convertían en opresores de su pueblo. Los gobernantes —sostenía Goodman— no habían sido puestos en sus cargos para actuar a su criterio, sino para actuar en beneficio de sus gobernados. Por ello, concluía, cuando aquéllos violaban sus deberes, pasaban a ser iguales que cualquier otro ciudadano y podían ser resistidos por cualquiera de sus pares. En un sentido similar, Georges Buchanan sostuvo que el poder que el pueblo concedía en un momento podía retirarlo en cualquier otro: hacerlo no era ir contra la institución del rey, sino contra la persona que circunstancialmente ocupaba ese cargo.²⁵

Éstos fueron, finalmente, los antecedentes que conoció Locke, en los inicios de la modernidad, cuando especificó las condiciones que, en su opinión, podían tornar inevitable (y finalmente legítima) la resistencia frente a la autoridad. Locke habló entonces de una "larga cadena de abusos" ("a long train of abuses", una idea luego directamente incorporada en la "Declaración de la Independencia" norteamericana) vinculados con el uso tiránico y caprichoso del poder. De modo más específico, Locke hizo referencia a la situación en la cual resultase evidente que el gobierno prometía una cosa y hacía la contraria, el hecho de que utilizase artimañas para eludir la ley, el hecho de que usase sus poderes especiales en contra del bienestar del pueblo; el hecho de que los funcionarios inferiores cooperasen en dichas acciones y el hecho de que las acciones arbitrarias se sucedieran unas a otras.²⁶ En tales casos, asumía —y éstas

²⁵ Al argumentar de ese modo, Buchanan parecía retomar, notablemente, una argumentación avanzada mucho antes por Gerson, quien había procurado defender lo actuado por el Movimiento Conciliar, al deponer al Papa Juan XXIII: había sostenido, entonces, la distinción entre la institución papal y la persona que coyunturalmente ocupaba el lugar del Papa, para afirmar la defensa permanente de la primera, aun a costa del sacrificio de la segunda (Ruggen: *ob. cit.*).

²⁶ Locke, J.: *Two treatises of government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 405, sect. 210. De todos modos, para Locke, el recurso a la resistencia se justificaba, ante todo, por el hecho de que el gobernante abandonaba el uso de la razón y el recurso a la ley, para reemplazar

son las líneas finales de su Segundo Tratado sobre el Gobierno— "the People have a Right to act as Supreme, and continue the Legislative in themselves, or erect a new Form, or under the old form place in the new hands, as they think good".²⁷

Siguiendo muy de cerca los razonamientos de Locke, Thomas Jefferson también se preocupó por agregar una detallada lista de agravios que, a su juicio —y luego, a juicio de quienes firmaron la "Declaración"— transformaban lo actuado por el gobierno británico en un irreparable agravio que justificaba la resistencia a la autoridad. El documento hizo referencia, entonces, a afrentas como las siguientes: la de no haber aprobado (o haber impedido la aprobación de) leyes necesarias para el bienestar general; la de haber agredido a los cuerpos representativos; la de haber obstruido el funcionamiento de la administración de justicia; la de haber convertido a los jueces en jueces dependientes de su voluntad; la de haber creado multitud de cargos innecesarios, con el consiguiente impacto económico de ellos sobre el bienestar de todos; la de haber privilegiado al poder militar sobre el civil; la de establecer impuestos sin el consentimiento del pueblo; la de haberlo privado de los beneficios del jurado.

5. El pueblo como "última corte de apelación"

Ahora bien, en el caso en que llegáramos a un acuerdo en torno a cuáles son las razones que pueden justificar la resis-

estas por el uso de la violencia, que era su contracara (Dunn, J.: *The political thought of John Locke*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, p. 179). Y dado que la violencia era el medio utilizado por las bestias para dirimir sus conflictos, al adoptar este camino el gobernante se auto-reducía el status de las bestias, y merecía el mismo trato que aquellas: de allí que todo individuo quede en su derecho de actuar frente a tal enemigo como se actúa frente a las bestias. En una situación tal, los gobernantes eran responsables del retorno a una situación que Locke denomina "estado de guerra", y que viene a ser opuesta al estado de naturaleza o al de una sociedad legítimamente constituida. El estado de guerra resulta, entonces, del indebido uso de la fuerza. Y no hay peor situación imaginable que la de un gobernante que se convierte en responsable de retrotraer a la sociedad a este estado, dado que la sociedad ha depositado en él su confianza (*trust*), y a delegado en él la tarea de asegurar la preservación de la paz. El uso continuado de la fuerza resulta entonces, finalmente, el hecho principal que justifica que cada individuo, por sí mismo, decida cómo es que debe reaccionarse.

²⁷ Locke: *ob. cit.*, p. 428.

tencia, aparece la pregunta acerca de qué institución/es o qué individuo/s va/n a quedar a cargo de su interpretación última. Resulta claro, por más que se haya consensuado una estricta lista de razones que pueden dar lugar a una resistencia justificable, esperable que aparezcan diferencias importantes a la hora de determinar si nos encontramos o no en presencia de tales razones (p. ej., ¿el gobierno ha agredido o no al bienestar general, con estas medidas que acaba de tomar? ¿Es necesario que el poder público violente la lista completa de razones que nos hemos imaginado; o sólo una parte de ellas; o las más importantes?) Más aún, es necesario determinar la gravedad o intensidad de la/s violación/es en juego (p. ej., puede que efectivamente el gobierno haya agredido al bienestar general con sus decisiones, pero que no haya razones para pensar que tales falencias sean lo suficientemente graves como para justificar un levantamiento en su contra). Las consideraciones anteriores, en última instancia, hacen un llamado a la definición de un órgano interpretativo capaz de aclararnos cuál es la situación en la que nos encontramos.

Durante mucho tiempo, dicho problema se resolvió concentrando la autoridad de interpretación final en un cuerpo de "magistrados inferiores". Por ejemplo, para Suárez, como para una mayoría de los teólogos tomistas, la posibilidad de resistir a un mandatario de origen legítimo pero de comportamiento tiránico quedaba sujeta a la decisión de actuar en "conformity with the public and general councils of its communities and magnates".²⁸ Domingo de Soto establecía cláusulas consultivas aún más estrictas. Por su parte, calvinistas como Philippe Mornay también consideraban necesario evitar la posibilidad de que alguien enfrentara a la autoridad por propia iniciativa. Dicha actitud —asumía— resultaba ofensiva hacia la propia religión, ya que nadie podía proclamar para sí la claridad de juicio y las capacidades de discernimiento que sólo eran atribuibles a Dios. Por lo dicho, condicionaba la posibilidad de la resistencia legítima a un proceso previo de serena reflexión por parte de los "magistrados inferiores". De modo similar, John Mair también vinculó el derrocamiento del soberano con un deber de prudencia que dejaba en manos de las esferas más altas de la sociedad: sin una cuidadosa deliberación por parte

²⁸ Hammar: ob. cit., pp. 61-3; Corneio: ob. cit., pp. 220-2.

de ellas, se abría el riesgo de que una decisión tan gravosa fuera el mero resultado del apasionamiento de algunos. Aunque notables en el contexto en donde aparecieron, distinciones como las citadas registraban tensiones significativas, en el hecho de que no encajaban bien con los presupuestos sobre la igualdad básica entre las personas, de los que algunos de ellos —típicamente, los tomistas españoles— partían.

En parte, a raíz de ello, aquella posición comenzó a variar hacia fines del siglo xvi con trabajos como los de George Buchanan. En la radicalidad de su reclamo, Buchanan sostenía que si una persona "from amongst the lowest and meanest of men" decides "to revenge the pride and insolence of a tyrant" by simply taking upon himself the right to kill him, such actions are often "judged to have been done quite rightly," and such men are commonly left unmolested, with "no question ever being made against the killers".²⁹ En un tono similar, el teólogo jesuita Juan de Mariana sostuvo la posibilidad de oponerse a un tirano, de manera violenta. Mantuvo entonces que "anyone who is inclined to heed the prayers of the people may attempt to destroy" a tyrant, and "can hardly be said to have acted wrongly" in making such an attempt to serve as an instrument of justice". El tiranicidio era un derecho que "can be exercised by any private person whatsoever (*cuicumque privato*) who may wish to come to the aid of the commonwealth".³⁰

Esta paulatina "popularización" del derecho a la resistencia llegaría a su punto culminante con los trabajos de Locke o de Jefferson. Finalmente, ninguna otra conclusión parecía razonable, una vez que se asumía que las personas nacían libres e iguales —esto es, que no existían familias, delegados religiosos o funcionarios públicos inherentemente capacitados para reconocer aquello que el común de los mortales no puede ver—. Así, para el filósofo inglés, las decisiones sobre la resistencia al gobierno no podían estar sino en manos de la propia ciudadanía: nadie más que ella merecía decidir acerca de la gravedad de los conflictos en juego. La propia mayoría debía decidir acerca de su suerte colectiva, del mismo modo en que cada individuo particular tenía el derecho de decidir acerca de su suerte en casos particulares. Como sostiene Seliger, interpre-

²⁹ Skinner: *ob. cit.*, p. 344.

³⁰ *Idem*, p. 346.

tando la postura de Locke: "by their conscience or feeling, the people are called upon to decide whether there exists a serious threat to their lives, liberties, and fortunes. To be able to decide on this evidently presupposes neither knowledge of nor a direct judgement upo the right and reasonable way to secure life, liberty, and fortune. It means to know and judge when and whether one's security and dignity are excessively endangered by the rulers. One need not be capable of knowing specifically what is ultimately right in order to be able to judge, according to generally accepted standards of right and wrong, what is unbearable and to declare this to be wrong (As Locke asked) "Are the people to be blamed if they have the sense of rational creatures and can think of things no otherwise than as they find and feel them?"³¹

La conclusión era, entonces, que frente a estos casos extremos no existía otra corte de apelación que la de los propios pares, la del propio pueblo, que a su vez no tenía frente a sí otra corte de apelación más que la del juicio de Dios.³²

Para Jefferson, la idea acerca del derecho de resistencia era básicamente similar a la recién examinada.³³ Como escri-

³¹ SELIGER, M.: "Locke's theory of revolutionary action", en ASHCRAFT, R. (ed.): *John Locke. Critical assessments*, vol. 3, Routledge, Nueva York, 1991, p. 601.

³² Importa señalar, además, que para Locke, los poderes de la ciudadanía eran amplios e incluían la posibilidad de elegir el nuevo régimen de gobierno entre una variedad de regímenes posibles.

³³ Este reconocimiento del derecho del pueblo a constituirse en último tribunal de la legitimidad de los levantamientos no implicaba —ni para Locke, ni para Jefferson— una actitud simplista o irresponsable frente a tal tipo de situaciones. Ninguno de los dos pretendía alentar la producción de hechos de esa naturaleza, a los que consideraban obviamente preocupantes. Según insistían, por lo demás, la práctica política de sus respectivos países, tanto como la experiencia comparada, demostraban que el pueblo sólo se decidía a "ponerse de pie" en contadas ocasiones, y enfrentado a situaciones muy extremas. Según Locke, el pueblo iba a tender a sumarse a iniciativas tan extremas como la de derrocar al gobierno sólo en situaciones muy límite, previsiblemente excepcional. Por lo demás, asumía, si el gobierno se encontraba efectivamente comprometido con el bien del pueblo y la preservación de las leyes, luego, resultaba inconcebible que el mismo fuera incapaz de hacer que los gobernados reconocieran tales esfuerzos (Locke: *ob. cit.*, p. 406, sect. 209). Algo similar es lo que surge de la "Declaración de la Independencia" norteamericana. Allí se expresa que, por razones de prudencia, puede convenir no cambiar aquellos gobiernos establecidos desde hace mucho tiempo, y en razón de causas meramente circunstanciales. Y además, la "Declaración" se ocupa de precisar de qué

biera a Edward Carrington, en una carta del 16 de enero de 1787, el pueblo era el "único censor de su gobierno": nadie más que él podía determinar si existían o no las condiciones para activar una resistencia legítima.²⁴

modo la historia de la humanidad demuestra que la ciudadanía está dispuesta a tolerar y sufrir lo que sea necesario, antes de levantarse y abolir el gobierno existente. Ocurre, sin embargo —y así concluye la "Declaración"— que hay ocasiones en donde la resistencia resulta un derecho y un deber, en razón del nivel de abusos sufridos.

- ²⁴ Sin embargo, es necesario contrastar la actitud de autores como los citados con la defendida por el filósofo alemán Immanuel Kant frente al derecho de rebelión. En el que es, posiblemente, el mejor texto escrito sobre el tema, H. Reiss llama la atención sobre la dificultad de conciliar el núcleo de la filosofía kantiana —a la que Marx denominara la "teoría alemana de la Revolución Francesa—" con las explícitas invectivas de Kant contra el derecho de resistencia (Reiss, H.: "Kant and the right of rebellion", *Journal of the history of ideas*, vol. 17, n° 2, 1956, pp. 179-92). A diferencia de Locke (o Jefferson), Kant veía un problema serio en el hecho de que el pueblo fuera juez en su propio caso, cuando de lo que se trataba era de su derecho a rebelarse frente al poder. Para Kant, el juez en tales situaciones debía ser una tercera, e inahallable, autoridad. Por lo tanto, y por contradecir el deber de obediencia al gobierno, Kant se oponía al principio del derecho de rebelión. En su *Principles of Politics* sostenía al respecto: "All resistance against the supreme legislative power, every kind of instigation to bring the discontent of the subject into active form, every kind of rising which becomes a rebellion constitute the highest and most punishable crime in the commonwealth for they destroy its very foundations". La dureza de estos términos debe equilibrarse, de todos modos, con las alegaciones que hace —por ejemplo, en su *Doctrine of Law*— en favor de formas de "resistencia negativa" a la autoridad ejecutiva (como la que podría darse en el Parlamento. Schwarz, W.: "The right of resistance", *Ethics*, vol. 74, n° 2, 1964, pp. 126-34); con algunas esporádicas referencias a la legitimidad de tal derecho (i.e. "[the people] cannot rebel except in the cases which cannot at all come forward in a civil union, e.g. the enforcement of a religion, compulsion to unnatural sins, assassination, etc., etc". Citado en Beck, L.: "Kant and the right of revolution", *Journal of the history of ideas*, vol. 32, n° 3, 1971, p. 412; o su admisión de que, si la rebelión se produce y tiene éxito, no se justifican tampoco las acciones para revertirla (véase Laursen, J.: "The subversive Kant", *Political theory*, vol. 14, n° 4, noviembre 1986, p. 597). Como señala Nicholson (Nicholson, P.: "Kant on the Duty Never to Resist the Sovereign", *Ethics* 81, n° 2, 1971, p. 226): "Kant's argument is that revolution is a priori wrong because it contradicts law, not because it actually produces lawlessness, which of course it may not". En este sentido también, cabe notar, la concepción kantiana terminaba amparando revoluciones exitosas como las de 1688, 1776 o 1789, a la vez que condenaba posibles revoluciones futuras destinadas a restaurar el viejo orden (Beck; ob. cit. Este autor examina y critica esta visión, señalando que la posición de Kant, en verdad, debe entenderse a la luz de su concep-

6. *El derecho frente a la resistencia*

La idea de resistencia frente a la autoridad nos coloca, sin dudas, en los límites mismos del constitucionalismo. La gravedad de esta situación se reconoce, por caso, cuando admitimos que la propia comunidad aparece como el último juez en lo relativo a la necesidad y validez de la resistencia al poder. Uno debe preguntarse, entonces, cuál es la actitud que le corresponde asumir al gobierno —o, de modo más interesante, a sus funcionarios más honestos— frente a una situación tal. Adviértase, por ejemplo, que cada organización institucional reconoce sus propias "autoridades últimas" a la hora de resolver conflictos de relieve —siendo el Poder Judicial, típicamente, quien queda a cargo de dicha tarea—. ¿Cómo es que deben reaccionar estos funcionarios, entonces, teniendo en cuenta al mismo tiempo el hecho de que son parte de una estructura de poder que está siendo desafiada? ¿Deben procurar la preservación de dicha estructura frente a los desafíos que se le plantean? ¿Deben, en cambio, mostrarse abiertos a aquellos planteos cuestionadores, que amenazan con privarles de la propia autoridad?

Dentro de las tradiciones que hemos revisado, el análisis de la resistencia civil tendía a adoptar formas extremas: o se lo evaluaba como un levantamiento ilegítimo, frente al cual era necesario aplicar las medidas más extremas, o como un levantamiento legítimo, que por lo tanto requería apoyo fervoroso. Sin dudas, para muchos, el mero hecho de que "el pueblo" triunfara en su acción de resistencia era un indicativo de la validez de ésta, que como tal —como acción triunfante— quedaba convertida en una acción legítima. De allí que el criterio extremo señalado más arriba pudiera retraducirse en otro como el siguiente: el levantamiento exitoso debe ser aplaudido, el levantamiento fracasado debía ser castigado. Aun para el caso de Kant, según dijéramos, el triunfo de la resistencia la convertía en una acción que debía ser respetada.

ción teleológica, evolutiva, de la historia. Otra postura sobre el tema en Neuhouser: *ob. cit.*). De allí que cueste no reconocer en Kant los fundamentos para formas significativas de resistencia (aun activas. Reiss 1956), a pesar de sus abiertas críticas a tal derecho. Tiene sentido, también, contrastar los argumentos de Kant en contra de que el propio pueblo sea el último juez en lo concerniente al derecho de resistencia, con los ofrecidos por John Rawls (directamente tributario de la tradición kantiana), en su análisis de la desobediencia civil (véase más adelante).

Conforme al avanzado análisis de Locke, era concebible que algún "espíritu turbulento", ansioso por cambiar el orden de las cosas, se embarcase en alguna acción violenta contra el gobierno. Pero, según previa, tales casos tendían a resultar en la propia "ruina y perdición" del aventurero del caso. Ocurría que, si el malestar no llegaba a ser general, y la mayoría no advertía la mala actuación del gobierno, el pueblo "who are more disposed to suffer, than right themselves by Resistance" no iba a acompañarlo en la sublevación.²⁵ Para el oportunista que había pretendido derrocar al gobierno legítimo proponía entonces, y como muchos de sus antecesores, la adopción de las penas más severas.

Frente a posturas como las citadas, la de Jefferson se distinguió por un mayor detalle en el tratamiento de las acciones de resistencia frente al gobierno. En particular, a él le preocupó examinar el caso de los levantamientos total o parcialmente legítimos pero fracasados —en este sentido, separando claramente la legitimidad de los levantamientos del resultado (exitoso o no) de ellos—. De modo similar, y en contra de muchos de quienes lo precedieron, Jefferson se interesó en mostrar el valor que podían tener, aún, los levantamientos no legítimos. En efecto, el virginiano partía del supuesto que los levantamientos contra el gobierno resultaban por una parte desgraciados, por los costos que habitualmente traían consigo, pero que al mismo tiempo podían ser necesarios, con el objeto de mantener al gobierno dentro de sus límites, y a la ciudadanía implicada en la decisión de los asuntos que le eran propios. En tal sentido, los describía los como "una medicina necesaria para la buena salud de la república".²⁶

²⁵ LOCKE: *ob. cit.*, pp. 417-8, sect. 230.

²⁶ Como dijera Jefferson (en una carta a James Madison del 30 de enero de 1787, en torno al levantamiento en armas de Daniel Shays, que tanto horrorizara a Madison), este tipo de levantamientos en ocasiones debían ser bienvenidos, más que recibidos como acontecimientos inaceptables. En su opinión: "Societies exist under three forms (of government) sufficiently distinguishable. 1. Without government, as among our Indians. 2. Under governments wherein the will of every one has a just influence, as in the case of England in a slight degree, and in our states in a great one. 3. Under governments of force: as is the case in all other monarchies and in most of the other republics. To have an idea of the curse of existence under these last, they must be seen. It is a government of wolves over sheep. It is a

Jefferson afirmaba que estos levantamientos podían ocasionalmente estar fundados en razones poco aceptables. Pero aún así, agregaba, la reacción del gobierno debía ser benigna frente a ellos: su castigo severo a constituía una verdadera equivocación, ya que ello implicaba "suprimir la única salvaguarda de la libertad pública".²⁷ La base del buen gobierno era, a su criterio, la opinión de la gente, por lo que "su primer objeto debería ser el de mantener tal derecho". Una reacción severa por parte del Estado podía traer consigo el paulatino encapsulamiento de la comunidad en sus asuntos privados, al advertirse la decisión del gobierno de no aceptar ningún cuestionamiento radical a sus políticas. Contra dicha postura, Jefferson entendía que, finalmente, debía darse la bienvenida a este tipo de involucramientos —aun erróneos— de la ciudadanía en la vida pública. Esas aparentes amenazas, en verdad, ayudaban a consolidar las bases del republicanismo, contribuyendo a la empresa común de contar con buenas instituciones.²⁸

problem, not clear in my mind, that the 1st. condition is not the best. But I believe it to be inconsistent with any degree of population. The second state has a great deal of good in it. The mass of mankind under that enjoys a precious degree of liberty and happiness. It has it's (sic) evils too: the principal of which is the turbulence to which it is subject. But weigh this against the oppressions of monarchy, and it becomes nothing. *Malo periculosam, libertatem quam quietam servitutem*. Even this evil is productive of good. It prevents the degeneracy of government, and nourishes a general attention to public affairs. I hold it that a little rebellion now and then is a good thing, and as necessary in the political world as storms in the physical. Unsuccessful rebellions indeed generally establish the encroachments on the rights of the people which have produced them. An observation of this truth should render honest republican governors so mild in their punishment of rebellions, so as not to discourage them too much. It is a medicine necessary for the sound health of government". Jefferson, T.: *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 108.

²⁷ Jefferson: *ob. cit.*, p. 153.

²⁸ "I am persuaded myself that the good sense of the people will always be found to be the best army. They may be led astray for a moment, but will soon correct themselves. The people are the only censors of their governors: and even their errors will tend to keep these to the true principles of their institution. To punish these errors too severely would be to suppress the only safeguard of the public liberty. The way to prevent these irregular interpositions of the people is to give them full information of their affairs thro' the channel of the public papers, & to contrive that those papers should penetrate the whole mass of the people. The basis of our governments being the opinion of the people, the very first object should be to keep that right; and were it left to me

El argumento de Jefferson en favor de la restricción del uso del aparato coercitivo estatal en contra de quienes resistían a la autoridad se basaba entonces en la significación pública de aquellos actos. Ello, dado el valor de contar con una ciudadanía activa (y, por tanto, la importancia de no desalentar dicho activismo, a través de las penas), la necesidad de mantener al gobierno bajo crítica permanente, y el sentido de asegurar en los funcionarios públicos la más completa responsabilidad frente a la ciudadanía.³⁰

7. La vida presente de un pariente cercano: el derecho a la desobediencia civil

Sin dudas, reflexiones como las examinadas hasta aquí han servido de base para pensar, más contemporáneamente, en parientes cercanos al derecho de resistencia, como es el caso de la desobediencia civil. En efecto, parte de la filosofía política y jurídica actuales han recurrido a aquellos antecedentes a la hora de reflexionar sobre acciones de desobediencia surgidas en los últimos tiempos (p. ej., a raíz de la guerra de Vietnam o en contra de la persistente aplicación de políticas de discriminación racial). Así, autores centrales dentro de la filosofía política, como John Rawls, o centrales dentro de la filosofía jurídica, como Ronald Dworkin, analizaron la desobediencia civil a partir de líneas de argumentación casi idénticas a las aparecidas siglos atrás, en relación con el derecho de resistencia. Quisiera explorar algunos paralelismos entre aquellas reflexiones originales sobre el derecho de resistencia y estas reflexiones contemporáneas sobre la desobediencia ci-

to decide whether we should have a government without newspapers or newspapers without a government. I should not hesitate a moment to prefer the latter. But I should mean that every man should receive those papers & be capable of reading them" (Jefferson: *ob. cit.*, pp. 153-4).

³⁰ En el análisis de Rawls en torno a la desobediencia civil, encontramos apreciaciones similares. Así, cuando sostiene que la desobediencia "is one of the stabilizing devices of a constitutional system"; cuando mantiene que junto con "free and regular elections and an independent judiciary empowered to interpret the constitution... civil disobedience used with due restraint and sound judgement helps to maintain and strengthen just institutions; y cuando afirma que la desobediencia civil resulta una parte integral de una "theory of free government" (Rawls: *ob. cit.*, pp. 383, 385).

vil, para entender mejor el modo en que distintos autores han estudiado un tema que nos lleva a los márgenes del constitucionalismo.

Un primer paralelismo importante entre el tratamiento que se le diera originalmente al derecho de resistencia y el que se le ha dado, más actualmente, al derecho de desobediencia, tiene que ver con las reflexiones acerca de cuál es la "última instancia" encargada de evaluar la validez de la acción popular del caso. Típicamente, en sus discusiones al respecto, Rawls parece apoyarse directamente en las sugerencias avanzadas por Locke y Jefferson, en su momento, para referirse al pueblo como "última corte de apelación". También para Rawls resulta obvio que no existe una instancia alternativa al pueblo mismo, a la hora de determinar la legitimidad de la desobediencia del caso —un criterio que seguramente hubiera horrorizado al propio Kant—. Del mismo modo, y en contra de lo que pudieron pensar muchos de sus contemporáneos y antecesores, Rawls considera que no hay razones para temer de las consecuencias de este reconocimiento al pueblo. En su opinión, "[the] final court of appeal is not the court, nor the executive, nor the legislature, but the electorate as a whole. The civilly disobedient appeal in a special way to this body. There is no danger of anarchy so long as there is a sufficient working agreement in citizens' conceptions of justice and the conditions for resorting to civil disobedience are respected. That men can achieve such an understanding and honor these limits when the basic political liberties are maintained is an assumption implicit in a democratic polity".⁴⁰

La posición de Rawls, claramente, deriva de algunos presupuestos compartidos por muchos de sus antecesores: el principio de la igualdad básica entre las personas; la preocupación de que algunos de los miembros de la comunidad no resulten tratados como iguales,⁴¹ la confianza que —a partir de aquellos

⁴⁰ Rawls: *ob. cit.*, p. 390.

⁴¹ Defendiendo las razones por las cuales la desobediencia civil resultaría reconocida en la posición original, Rawls sostiene que "As the contract doctrine emphasizes, the principles of justice are the principles of willing cooperation among equals. To deny justice to another is either to refuse to recognize him as an equal... or to manifest a willingness to exploit the contingencies of natural fortune and happenstance for our own advantage. In either case deliberate injustice invites submission or resistance" (Rawls: *ob. cit.*, 384).

supuestos igualitarios —merecen siempre los ciudadanos—;⁴² y la certeza de que, no habiendo respuestas obvias acerca de la justificación o no de actos como los propios de la desobediencia civil, no nos queda más que inclinarnos por razonar, individual o colectivamente, aun a riesgo de equivocarnos.⁴³

Otro paralelismo entre los acercamientos actuales al derecho de desobediencia y las visiones originales sobre la resistencia puede encontrarse en la discusión que han dado Rawls o Dworkin acerca del modo en que debe reaccionar el derecho frente a tales acciones extremas. Para Dworkin, por ejemplo, uno no puede simplificar la complejidad de situaciones como las examinadas diciendo: si el derecho es válido y se cometió un crimen, éste debe ser penado; pero si el derecho no es válido, entonces no hubo crimen y no debe penarse a nadie. Este razonamiento, nos dice Dworkin, esconde el hecho crucial de que la validez del derecho puede ser dudosa; que los oficiales públicos pueden concluir, razonablemente, que el derecho es válido, mientras que los disidentes pueden sostener lo contra-

⁴² "The absence of a final authority to decide, and so of an official interpretation that all must accept, does not lead to confusion, but is rather a condition of theoretical advance. Equals accepting and applying reasonable principles need have no established superior. To the question, who is to decide? The answer is: all are to decide, everyone taking counsel with himself, and with reasonableness, comity, and good fortune, it often works out well enough" (Rawls: *ob. cit.*, p. 390). Rawls resiste, por lo demás, la idea de que este análisis represente un acercamiento ingenuo frente a problemas como el de la desobediencia civil. Algunos pueden sostener —nos dice Rawls— que dicho estudio es irrealista, dado que supone que la mayoría tiene un sentido de justicia, cuando en realidad lo que mueve a los hombres son "various interests, the desires for power, prestige, wealth, and the like", y cuando sus razonamientos no son más que "occasional pieces calculated to advance certain interests". Rawls reconoce la fuerza de estas críticas, pero agrega que "the essential question is the relative strength of the tendencies that oppose the sense of justice and whether the latter is ever strong enough so that it can be invoked to some significant effect" (Rawls, 1971: 386).

⁴³ "If [one] comes to the conclusion after due consideration that civil disobedience is justified and conducts himself accordingly, he acts conscientiously. And though he may be mistaken, he has not done as he pleased. The theory of political duty and obligation enables us to draw these distinctions. There are parallels with the common understandings and conclusions reached in the sciences. Here, too, everyone is autonomous yet responsible. We are to assess theories and hypotheses in the light of the evidence by publicly recognized principles" (Rawls: *ob. cit.*, p. 389).

rio apelando también a buenos argumentos.⁴⁴ Cuando ello ocurre, esto es, cuando "a plausible case can be made on both sides", luego, no puede decirse que el ciudadano que sigue su propio juicio se comporta de modo impropio.⁴⁵

¿Quiere decir Dworkin, entonces, que quien ha cometido una violación del derecho no debería ser sancionado? ¿Es que las autoridades no tienen el deber de aplicar el derecho cada vez que se produce una afrenta a él? Según Dworkin, pensar en esos términos implica embarcarse en un acto de "ceguera moral" (*moral blindness*) en donde no se quieren marcar diferencias entre la situación de quien actúa conforme a su propio juicio frente a una ley dudosa y quien comete un crimen, por su propio interés, y a sabiendas de la violación del derecho que comete.⁴⁶ Pero además, ello es así porque no es cierto que, aun en nuestra visión más estricta sobre el derecho, estemos siempre dispuestos a ser inflexibles en su aplicación. Sabemos de la discrecionalidad penal, que puede activarse ante crímenes de muy diverso tipo y frente a razones muy diferentes.⁴⁷ Y sabemos de la existencia de violaciones a la ley que nuestro derecho no castiga, por resultar ellas balanceadas por razones justificatorias (p. ej., el hurto famélico; la legítima defensa).

Finalmente, conviene señalar de qué modo el argumento sobre la incerteza del derecho, planteado por autores como Dworkin, simplemente refuerza consideraciones como las presentadas por Jefferson siglos atrás. Y es que, dado el respeto que nos debemos unos a otros, en nuestras diferencias, no podemos asumir simplemente que el derecho vigente, como tal, es derecho válido. Ello, no sólo por un principio general de rechazo al dogmatismo (y con él, al positivismo ideológico), sino

⁴⁴ Dworkin, R.: *Taking rights seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 207-8, 215. Dworkin: *A matter...*, cit., pp. 105-6. En este sentido, sostiene Dworkin, "[c]ivil disobedience is a feature of our political experience, not because some people are virtuous and other wicked, or because some have a monopoly of wisdom and others of ignorance. But because we disagree, sometimes profoundly, in the way independent people with a lively sense of justice will disagree, about very serious issues of political morality and strategy" (Dworkin, R.: *A matter...*, cit., pp. 105-6).

⁴⁵ Dworkin: *Taking...*, cit., p. 215.

⁴⁶ Ídem, p. 216.

⁴⁷ Dworkin: *A matter...*, cit., p. 114.

también por la convicción de que, dadas nuestras habituales falencias, necesitamos siempre poner a prueba el derecho, y por lo tanto mostrar una especial apertura a los críticos (aún radicales) frente al mismo. Por este tipo de razones, en definitiva, es que —como sostenía Jefferson— merece darse la bienvenida a las acciones de los más críticos, que nos obligan a repensar el sentido y valor de nuestro derecho. Como diría Dworkin, "[i]f our practice were that whenever a law is doubtful... one must act as if it were valid, then the chief vehicle we have for challenging the law on moral grounds would be lost, and over time the law we obeyed would certainly become less fair and just, and the liberty of our citizens would certainly be diminished."⁴⁸

8. La resistencia constitucional como última carta

Parte destacada dentro del núcleo fundacional del constitucionalismo, el derecho (o deber) de la resistencia comenzó a opacarse con el paso del tiempo hasta perder por completo el lugar de privilegio que había llegado a ocupar. La razón que parece explicar dicho opacamiento es la gradual consolidación de las democracias constitucionales que dieron forma definida y firmeza a prolijas reglas destinadas a permitir el castigo y premio de los funcionarios públicos;⁴⁹ además de asentar, al menos, la posibilidad legal de un cambio drástico de régimen a través de una reforma constitucional.

Por supuesto, el hecho de que la estabilización de las democracias constitucionales explique la caída en desgracia del derecho de resistencia no nos aporta nada en la tarea diferente de ver si el desplazamiento de dicho derecho se justifica o no. Puestos a reflexionar al respecto, lo que puede decirse es que aun las expectativas más optimistas acerca del funcionamiento de las democracias constitucionales no alcanzan a cubrir todo el territorio que el derecho de resistencia pretendió cubrir. Es cierto, de todos modos, que hoy contamos con medios alternativos y menos costosos para llevar adelante algunas de las tareas

⁴⁸ Dworkin: *Taking...*, cit., p. 212.

⁴⁹ Baunglot, D.: "Pacifying politics. Resistance, violence and accountability in seventeenth century contract theory", *Political theory*, vol. 21, n° 1, 1993, pp. 6-27.

que ejercía aquel desaparecido derecho. Permítanme hacer referencia, por tanto, y en primer lugar, a tales tareas.

Por un lado, es claro que el derecho de resistencia funcionó en su momento como el único mecanismo importante para hacer responsables a las autoridades en el poder, para reprocharles sus abusos y para aventar futuros excesos. Conforme a autores como John Locke, por ejemplo, el derecho de resistencia era el único instrumento con el que contaba el pueblo para asegurar la responsabilidad de sus gobernantes: la resistencia era vista, entonces, como la cara opuesta de la situación habitual del pueblo frente al gobierno, que consistía en una mezcla de pasividad y consenso *tácito*.⁵⁰ Desde esta perspectiva, es claro que la aparición de las elecciones periódicas explica y justifica el socavamiento de una parte importante de las funciones que el derecho de resistencia venía a ejercer. En tales casos, ¿cuál es el sentido de usar la fuerza física para derrocar o incluso eliminar al gobernante que abusa, si es posible desplazarlo por la fuerza de los votos?

Algo similar puede decirse de los mecanismos de reforma constitucional. A través de ellos, cada comunidad se guarda el derecho de revisar radicalmente los méritos del régimen de gobierno dentro del cual se organiza. Esta función, en su momento, también parecía vinculada exclusivamente con derechos tan extremos como el derecho de resistencia. Nuevamente, tiene sentido preguntarse cuál es el sentido de recurrir a una movilización violenta de la población para lograr un fin que puede lograrse de modo mucho menos dramático a través de una civilizada asamblea constituyente.

A pesar de lo dicho, también parece claro que ni las elecciones transparentes ni las reformas constitucionales pueden ocupar todo el espacio que la idea de resistencia vino a ocupar en su momento. En contextos de *alienación legal*, el recurso al derecho para renovar a los gobernantes de turno, o para modificar las bases constitucionales del gobierno puede resultar simplemente insensato: aquí, el derecho forma parte central de los obstáculos que obstruyen la posibilidad del autogobierno y no parte de las condiciones que lo tornan posible. En situaciones como la descripta, en efecto, es esperable que las elecciones periódicas no resulten un vehículo adecuado para

⁵⁰ See also: *ib. cit.*, p. 603.



avanzar cambios de alguna importancia: la alternativa (no siempre clara) de una renovación parcial del personal político, como producto de las elecciones, no encuentra una vinculación clara con la posibilidad de impulsar un cambio en las políticas aplicadas, violatorias de los intereses básicos de una mayoría de los miembros de la comunidad. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional: si ésta queda en manos de aquellos órganos e individuos que, justamente, motivan la necesidad de la reforma, luego, poco cabe esperar de ella. ¿Por qué habría de producirse un acto de autosacrificio por parte de aquellos que tienen más interés en resistir cualquier cambio serio, al ser ellos, previsiblemente, sus primeras víctimas? En estos casos, toda remisión al derecho vigente como instrumento de cambio resulta entre demasiado optimista y demasiado ingenua.⁸¹

Nadie descarta, por supuesto, la posibilidad de que buenos abogados encuentren buenas formas de "tomar ventaja" de ciertos "resquicios" que deja el derecho; que buenos políticos avancen iniciativas decentes, capaces de abrir un lento proceso de reformas; que jueces probos hagan justicia en medio de un mar de corrupción judicial; que un presidente decente mar-

⁸¹ En tales casos, resultaría cínico no ponerse a reflexionar sobre los límites del derecho, para exigirle a los disidentes, en cambio, que con el fin de ejercer sus protestas recorran una y otra vez los mismos medios institucionales que encuentran una y otra vez cerrados. También lo sería, por lo demás, exigirle a aquellos que recurran a las formas conocidas y tradicionales de protesta, que son justamente las que el poder público ignora. Por lo demás, en situaciones de alienación no sólo resulta esperable que los críticos padezcan de dificultades expresivas y carezcan de recursos que les faciliten la tarea de tornar visibles sus quejas, juntar adhesiones para sus reclamos, o coordinar sus acciones con otros individuos y grupos que padecen similares problemas. Lo que es peor, en tales casos, previsiblemente, el poder público va a tender a utilizar los medios legales a su alcance —tanto su capacidad económica como, muy especialmente, su capacidad coercitiva— en contra de aquellos que cuestionan su autoridad. Hechos tales como la *criminalización de la protesta social* resultan, en tal sentido, distintivos de situaciones de alienación legal. Tendemos a encontrarnos aquí, entonces, con que los disidentes no sólo quedan con pocas posibilidades de generar demandas institucionalmente exitosas sino que, por lo demás, resulte esperable que las instituciones terminen siendo empleadas directamente en su contra. Sobre el tema, consultar casos como "Schenck v. Pro-Choice Network", 117 S. Ct. 855 (1997); "Madsen v. Women's Health Ctr. Inc.", 512 US 753 (1994), y el comentario de los mismos en Fiss, O.: "The unruly character of politics", 29 *McGeorge Law Review*, 1997, p. 1-16.

que, ocasionalmente, un cambio de rumbo; que, frente a las incertezas propias de situaciones como las examinadas, se intenten las más diversas vías para lograr cambios en la propia situación (algunos, más hostiles frente a las autoridades de turno, y otros que impliquen un recurso, o una negociación con ellas). Es esperable que, en la práctica, se sucedan hechos como los citados y es dudoso que haya buenos argumentos orientados a "bloquear" o condenar moralmente tales acciones. El punto es otro, y tiene que ver con el reconocimiento de que el derecho, un instrumento idealmente creado por la comunidad para su propio provecho, puede comenzar a negar antes que a dar vida a tal posibilidad. En tales situaciones, cuando el Estado comienza a utilizar su fuerza en favor del mantenimiento de una situación institucional fundamentalmente injusta, es que pueden aparecer o pueden resultar justificadas ciertas acciones de resistencia: el grado en que ello sea así dependerá, por supuesto, del mayor o menor nivel de "alienación legal" existente. Como sostuviera Rawls, en una de las pocas referencias directas que hace a la idea de resistencia a la autoridad, frente a situaciones tan críticas se torna posible la justificación del derecho de resistencia: "For to employ the coercive apparatus of the state in order to maintain manifestly unjust institutions is itself a form of illegitimate force that men in due course have a right to resist".⁵² El derecho de resistencia aparece entonces como la última carta posible, a jugar por la ciudadanía, en situaciones de alienación legal.⁵³

⁵² Rawls: *A theory...*, cit., p. 391.

⁵³ Por supuesto, en nuestra aproximación a dicho derecho no podemos retomar simplemente los criterios y argumentos que eran apropiados siglos atrás. En dicho entonces, la autoridad pública se encontraba concentrada en una persona o pequeño núcleo de personas, la sociedad tendía a organizarse jerárquicamente, y por ello mismo la resistencia tendía a adoptar formas peculiares: un solo, dramático acto —típicamente, el tiranicidio— podía dar cuenta, y a la vez resolver de algún modo la raíz del problema en cuestión. Dicho acto podía ser más difícil de concretar, pero era uno, era especialmente visible, y por ello mismo las consecuencias que le seguían podían ser también más transparentes. En cambio, en la actualidad el poder se encuentra, ya que no democratizado, descentralizado al menos en múltiples sectores e intereses, por lo que no es concebible la situación de un único acto milagroso, resolutorio. Del mismo modo, y por la ya apuntada dispersión del poder, es esperable que existan múltiples iniciativas descentralizadas de resistencia a la autoridad, ninguna de las cuales, posible-

Por supuesto, surgen entonces las cruciales y difíciles preguntas ya referidas, acerca de si nos encontramos o no en una situación de alienación legal, acerca de su gravedad, acerca de cómo reconocer o "medir" este tipo de dificultades, acerca de qué tipo de reacciones se justifican frente a ellas. Es en este sentido que el examen de las consideraciones avanzadas por el constitucionalismo frente a situaciones análogas puede brindarnos alguna orientación. Dicha investigación puede resultar importante para comenzar a razonar individual y colectivamente sobre el tema, asumiendo que problemas tan serios como los referidos pueden aparecer, y que —como sostuvieran muchos de los autores examinados— no existe autoridad última más allá de nosotros mismos a la hora de enfrentarlos.

Por supuesto, una respuesta como la avanzada en el párrafo anterior resulta especialmente incómoda. Por un lado, es esperable que en las situaciones más graves, aquellas en donde prima la alienación legal, las condiciones sean las menos apropiadas para la deliberación individual y colectiva dada la carencia de foros colectivos apropiados y la forma en que el dinero y el poder político pueden interferir con una comunicación pública transparente. Por otro lado, la cuestión acerca de "cómo responder", especialmente cuando se dirige al Estado, resulta muy problemática: ¿es que puede "proponerse" cómo debería actuar el mismo Estado que se asume fundamentalmente viciado? Sin embargo, éste y no otro es el marco en el que debemos movernos. Sabemos, al menos, que autores como Locke o Jefferson, reflexionando acerca de la resistencia a la autoridad, al igual que muchos de los que contemporáneamente han reflexionado sobre la desobediencia civil, reconocieron la posibilidad de estas dificultades radicales, y dieron respuestas meditadas, aunque siempre tentativas, acerca de cómo reac-

¹ Véase, por ejemplo, el artículo de Gargarella.

² Véase, por ejemplo, el artículo de Gargarella.

³ Véase, por ejemplo, el artículo de Gargarella.

⁴ mente, pueda tener nunca un resultado tan contundente y visible como el que pudo haber tenido un tiranicidio. En este sentido, también resulta esperable que sean mucho más numerosas las iniciativas no exitosas de resistencia a la autoridad —y así, muchas más las oportunidades en que deba evaluarse la legitimidad o ilegitimidad de ellas—. Más todavía, estas crecientes complejidades tornan menos reconocible el grado de consenso o disenso social respecto de las múltiples y dispersas iniciativas antigubernamentales y antijurídicas.

cionar frente a tales casos. Por supuesto, por ser radicales, tales problemas se acompañan de radicales paradojas, y radicales dificultades de resolución pero, éste es el hecho, no tenemos otra alternativa que enfrentarlas, ni más ayuda teórica para hacerlo que la reflexión acumulada en todos estos siglos.

XII. LIBERALISMO, SOCIALISMO Y DERECHOS*

Pocas dudas caben de que, en la actualidad, la concepción teórica dominante a la hora de pensar cómo ordenar las instituciones básicas de la sociedad es el liberalismo, en sus múltiples variantes. Las alternativas más conservadoras han quedado en buena medida desplazadas por aquél, y sólo reaparecen con sus crisis más agudas, y ante la razonable resistencia de los liberales a tomar ciertas medidas drásticas, típicamente, en contra de la inmigración, o en defensa de ciertos valores morales en algún momento prevaletientes, y hoy amenazados por un floreciente multiculturalismo. A la izquierda del liberalismo, en cambio, parece haber nada, nada más que liberalismo. Las razones de la ausencia de un pensamiento de izquierda consolidado son muy diversas y se derivan, en buena medida, de hechos históricos conocidos: muchos se han sentido desencantados con la izquierda a partir de los trágicos resultados del "socialismo real"; otros repudian el dogmatismo y la resistencia a la reflexión genuinamente autocrítica de parte de líderes de izquierda; influyó también el presupuesto según el cual no era necesario teorizar sobre la justicia, desde la izquierda (¿para qué hacerlo, si la "abundancia" propia de la nueva sociedad aseguraría a cada uno lo suficiente para satisfacer sus necesidades?), que privó al socialismo de estímulos para la investigación y el análisis de propuestas. Finalmente, tampoco debería desatenderse, si se miran las cosas con ciertas perspectiva histórica y geográfica, la violencia y el dinero utilizados para acallar a intelectuales de izquierda o para alimentar formas de pensamiento menos conflictivas.

* Una versión anterior de este capítulo fue escrita con la invaluable ayuda de mi amigo Félix Ovejero. Ella fue publicada en *Bosós, A., y De Vitis, A. (eds.), Teoría y filosofía política*, CLACSO, Buenos Aires, 2002.

Por razones como las mencionadas, el liberalismo se encuentra hoy casi sin rivales teóricos a su alrededor. Las propuestas que ofrece, con sus diversos matices moderados, progresistas, o conservadores, parecen dar cuenta de todo el panorama ideológico de la época. De todos modos, y contra esta imagen, sostendré aquí que tiene sentido seguir concibiendo al espacio que se encuentra a la izquierda del liberalismo como un espacio ocupado por el socialismo, y a esta concepción como a una postura todavía valiosa, capaz de impugnar y de poner en dificultades al liberalismo.

La crítica desde el socialismo hacia el liberalismo es extremadamente importante, dado el lugar pretendidamente hegemónico de esta postura dentro del panorama intelectual de estas últimas décadas. En efecto, si es que el socialismo tiene entre sus objetivos el de volver a constituir una alternativa de pensamiento intelectualmente atractiva, tiene que ser capaz de medir sus virtudes con las asentadas virtudes del liberalismo, y de salir airoso de la contienda.

En lo que sigue, procuraré clarificar cuáles son los fundamentos teóricos de las propuestas de raíz socialista y cuáles sus diferencias con el liberalismo. Por supuesto, la tarea es muy compleja, entre otras razones, debido a la pluralidad de "liberalismos" existente, y la dificultad de precisar cuáles son los "componentes esenciales" del socialismo. Por ello, en lo que sigue, haré referencia a algunas de las ideas más distintivas del pensamiento liberal distinguiendo luego, básicamente, entre dos grandes corrientes internas a tal doctrina, esto es, las versiones más conservadoras y las más igualitarias del liberalismo (versiones, estas últimas, asociadas muchas veces con lo que en política se conoce como socialdemocracia). Es importante revisar, al menos, estas dos tradiciones liberales ya que, a pesar de los rasgos filosóficos que las distinguen en teoría, en la práctica solemos encontrarnos con versiones muy "impuras" del liberalismo, en donde se mezclan ambigüamente rasgos propios de una y otra de sus principales corrientes. En este análisis, llamaré la atención sobre el modo en que el liberalismo (en sus distintas variantes) piensa la organización político-institucional de la sociedad, sobre los principios con los que concibe su organización económica, y sobre el modo en el que analiza la cuestión de los derechos individuales (y, consiguientemente, la "neutralidad" estatal). A medida que avan-

ce con este examen iré dejando en claro ciertas dificultades propias del pensamiento liberal y, hacia el final de este escrito, resumiré el modo en que el socialismo (o al menos una cierta versión de él) puede hacerse cargo de una mejor resolución de tales problemas.

1. El liberalismo como tradición emancipadora

El liberalismo es una de las pocas doctrinas capaces de dar respuesta a los principales interrogantes que se nos aparecen cuando reflexionamos sobre la organización de la sociedad. Sintéticamente (y al menos, en una de las múltiples versiones posibles de esta doctrina), podríamos caracterizar al liberalismo como una concepción que propone el respeto de las elecciones autónomas de las personas y que a tales fines defiende una noción fuerte de los derechos individuales (fuerte en la medida en que considera a éstos como barreras absolutamente infranqueables ante cualquier intento opresivo (proven-ga de donde provenga); además de requerir un sistema institucional destinado, fundamentalmente, a reducir los riesgos de todo tipo de tiranía. La democracia representativa, dirigida específicamente a la limitación del poder, aparece íntimamente vinculada con el liberalismo: los liberales rechazan tanto la tiranía de unos pocos, como la arbitrariedad de las mayorías. En consonancia con los ideales y medios enunciados, el liberalismo sugiere acotar drásticamente el papel del Estado (al que ve como principal fuente de riesgos opresivos), pide a éste "neutralidad" frente a los diversos planes de vida que cualquiera pueda escoger, exige un rol de mero árbitro frente a las operaciones que los individuos quieran realizar, o las opciones que quieran escoger en el mercado económico o cultural. Conviene ver con más detalle estas líneas fundamentales del liberalismo que muestran los atractivos que se ha sabido ganar esta concepción.

Uno de los puntos de partida centrales del liberalismo lo constituye el presupuesto tan elemental como revolucionario, según el cual todas las personas nacen libres e iguales. Esta afirmación defendida por los liberales, de hecho tuvo una extraordinaria importancia en momentos en que se llegaba a justificar el sojuzgamiento de millones de personas a partir de la idea de que algún Dios así lo disponía, o sosteniendo, más sim-

plemente aún, que el hombre común no podía reconocer cuáles eran sus propios intereses, ni menos todavía los de su comunidad. Esta última postura, propia del pensamiento conservador, adquirió muchas formas a lo largo del tiempo, y aún hoy sigue transmutando en cuerpos siempre reconocibles. En América y en Europa se hablaba del apasionamiento que cegaba a las multitudes, de las pasiones que llevaban a las masas a tomar decisiones apresuradas y siempre erradas. Edmund Burke escribía en Inglaterra sobre la diferencia profunda entre los intereses y las preferencias de las personas —la diferencia entre el juicio de algunos y la voluntad de muchos— que justificaba el gobierno de una elite ilustrada. Más tarde, en contextos diferentes, muchos repetirían las mismas ideas (notablemente, Lucas Alamán en México o el cura Bartolomé Herrera en Perú) para ejercer tanta influencia como la que ejerciera Burke en su país. Frente a este pensamiento conservador y reaccionario ante las nuevas ideas, el principio de la libertad e igualdad básica de todos los hombres —enunciado por el liberalismo— mostró tener efectos devastadores. Esa simple idea implicaba sostener que no había Dios ni autoridad humana con derecho a imponer arbitrariamente su voluntad sobre la de nadie. Los revolucionarios franceses grabaron ese principio en su Declaración de Derechos. Jefferson se encargó de inscribirlo en la Declaración de la Independencia norteamericana, y una mayoría de países latinoamericanos lo copiaron raudos tratando, asimismo, de cambiar su destino a través del enunciado de algunas palabras. De este modo quedaba asentado, en definitiva, uno de los principios fundadores de la democracia moderna, según el cual ricos, pobres, sabios, ignorantes, religiosos y ateos, todos tenían el mismo valor —todos valían como uno y no más que uno— a la hora de definir cómo organizar su vida futura en común.

La fuerza de este principio igualitario demostró ser arrolladora. Fue ese mismo principio el que ayudó a muchos liberales a poner a resguardo las creencias más básicas de los individuos frente a las ambiciones intrusivas de terceros: todos debían tener la igual posibilidad de escoger de qué modo desarrollarse como persona. Con este objetivo, los liberales se concentraron (tal como lo dirían los "padres fundadores" de la democracia norteamericana), en "levantar un muro" de protección de la libre conciencia de cada persona. Un "muro" que, en

principio, venía a separar a la Iglesia del Estado pero que, en realidad, venía a imposibilitar que cualquiera pudiera imponer sus convicciones sobre las de otros, y a hacer posible que cualquiera pudiera ejercitar sus propias convicciones a salvo de la intromisión de cualquier otro. En este sentido, el liberalismo desarrolló una postura "antiperfeccionista"¹ que, desde entonces, lo ha caracterizado, dotándolo además de uno de sus rasgos más atractivos. La famosa y polémica distinción liberal entre las esferas de lo "público" y lo "privado" tiene allí su origen. Los liberales establecen una profunda discontinuidad entre ambos ámbitos y trazan unos límites infranqueables a la capacidad de intervención de la autoridad pública: el Estado, sostienen, debe ser respetuoso de las diferentes concepciones del bien adoptadas por sus diferentes integrantes. Debe reconocer la libertad de cada uno de tener y desarrollar sus propias ideas, de fijar sus propios planes de vida. En este planteo, obviamente, está implícita la defensa de las libertades de las que el liberalismo siempre se consideró responsable: la libertad de conciencia, la libertad de palabra, la libertad de culto, la libertad de cada uno de asociarse con quien quiera hacerlo. Y es que —para seguir con la metáfora liberal— los "ladrillos" que dan altura al "muro" levantado por el liberalismo son los derechos individuales. Estos derechos son los frenos que pone el liberalismo frente a la autoridad. Ellos son, aún hoy, los que le marcan al Estado sus principales límites, las marcas que el Estado no debe atravesar si quiere seguir siendo merecedor del respeto de la comunidad.

Por lo dicho, también, el liberalismo se ha mostrado habitualmente —y aunque en la realidad no siempre lo haya sido— como una doctrina "antiautoritaria": desde John Locke, al menos, el liberalismo es sinónimo de tolerancia, de respeto hacia el otro, de combate contra la autoridad absoluta. Estar con el liberalismo, normalmente, era estar contra el déspota. Al menos, así ha sucedido con frecuencia a lo largo de la historia. En efecto, han sido muchos los liberales que han sufrido prisión, y hasta la muerte, por desafiar los mandatos del tira-

¹ Defino aquí una postura "perfeccionista" como aquella según la cual lo que es "bueno" para un individuo se define con independencia de lo que el mismo individuo piense al respecto.

no. En su lucha contra el despotismo, el liberalismo peleó por fortalecer la autoridad de los representantes del pueblo reduciendo, a la vez, la posibilidad de que algún individuo impusiera arbitrariamente su voluntad por sobre la de todos los demás. La lucha política del liberalismo (al menos, en su versión más optimista), fue la lucha por crear un sistema institucional contra el déspota o —como bien aclarara James Madison— la lucha por crear un sistema de gobierno capaz, a la vez, de ponerle límites a la tiranía y a la anarquía, a la autoridad incontrolada de uno o de muchos.

De acuerdo con lo señalado, el liberalismo es una doctrina anticonservadora: se opone radicalmente al "perfeccionismo" que los conservadores (en nombre de la religión o de alguna moral definida por unos pocos) quieren imponer y se opone, también, a la concentración de la autoridad política que los conservadores propician (ya sea en las manos de un rey todopoderoso, como en la vieja Europa, o en las de un presidente básicamente incontrolado, como todavía defiende el conservadurismo en muchos países latinoamericanos). A la luz de lo anterior, no cabe dudar de los antecedentes progresistas del liberalismo: una doctrina antiautoritaria, tolerante, que ha prolijado y defendido los derechos individuales, que ha crecido en la lucha contra el despotismo y en favor del respeto de las convicciones más íntimas de cada uno. Así las cosas, la pregunta es inmediata: ¿cómo es que una doctrina como el socialismo puede ser atractiva oponiéndose, al mismo tiempo, a semejante concepción?

Por supuesto, ningún socialista negaría aquella verdad fundacional, sólida, del liberalismo (que todos somos "libres e iguales"), ni algunas de las más elementales propuestas de tal concepción (la necesidad de poner límites frente al poder omnípodo de un tirano o de cualquier oligarquía). Sin embargo, estos posibles acuerdos entre muchos liberales y socialistas no desmienten las severas diferencias que separan a ambas posturas. A continuación iré delineando, de a poco, las diferencias más importantes.

2. El liberalismo más conservador

En su vertiente más conservadora y, cabe decirlo también, más habitual, el liberalismo favorece un sistema político que

puede ser juzgado como elitista; una idea de los derechos poco robusta o amplia; y un sesgo antiestatal al que podría considerarse como exagerado, además de impropio.

El mencionado elitismo político liberal surge como producto de su temor frente a las mayorías, a partir de su certeza de que los individuos, actuando "en masa", tienden a dejarse arrastrar por meros impulsos irracionales, y a oprimir, así, a los grupos minoritarios. Este hecho, al que ven como un resultado "necesario" y no meramente "posible" del actuar mayoritario, fue asumido como un "dato" cierto e inmodificable por una enorme diversidad de pensadores (tanto liberales como no liberales), dedicados a reflexionar sobre la organización institucional. Muchos de ellos realizaron entonces propuestas de diseño institucional cuyo principal objetivo era el de desplazar a la voluntad mayoritaria. Nicolás Maquiavelo, por ejemplo, defendió la limitación de la voluntad del gran número a través de la institución de una cámara exclusiva para los "grandes señores". William Blackstone, como tantos otros, supo justificar la restricción de derechos políticos a quienes no eran propietarios alegando que la voluntad de estos últimos era susceptible de ser comprada, y sosteniendo al mismo tiempo la falta de compromisos efectivos de los no propietarios con los intereses de la comunidad (curioso razonamiento el de Blackstone: los desposeídos podían dar la vida pero no su voto en defensa de los intereses de su sociedad). Edmund Burke defendió la Constitución mixta inglesa en la medida en que ella reservaba un lugar especial para la monarquía y otro para la aristocracia. James Madison, como Alexander Hamilton, Gouverneur Morris y muchos de los principales constituyentes norteamericanos, defendieron la necesidad de dar un poder de veto adecuado a los grandes propietarios. Una mayoría de políticos y pensadores latinoamericanos excluyeron desde un principio a los pobres y a los "vagos" del sistema político (para luego —cuando se les hizo imposible mantener este sistema— recurrir al fraude o a los golpes militares). El liberalismo, como doctrina, no escapó de esta tendencia. En efecto, si ordenáramos a los sistemas políticos democráticos² teniendo en cuenta

² Por ahora, y muy elementalmente, aquellos en donde existen elecciones periódicas de autoridades entre una diversidad de alternativas.

el lugar que le reservan a la intervención directa de la ciudadanía en la discusión y decisión de los asuntos públicos, deberíamos ubicar al liberalismo en el extremo reservado a los sistemas más limitativos de la participación política de las mayorías. De hecho, muchas de las figuras más arquetípicas del liberalismo justificaron en la práctica distinciones que rechazaban en la teoría (p. ej., distinciones entre distintos tipos de ciudadanía), para favorecer ordenamientos políticos decididamente elitistas³ o, en directa consonancia con los principios que defendían, avalaron sistemas institucionales en donde sistemáticamente se desalentaba la intervención ciudadana en la toma de decisiones.⁴

Del mismo modo en que desconfían de las mayorías, los liberales desconfían de lo que perciben como el principal instrumento opresivo de este grupo: el aparato estatal. Y, como en el caso anterior, aquí también el liberalismo transforma su comprensible desconfianza inicial (en el accionar mayoritario, en el uso del aparato estatal) en un más bien dogmático e irreducible rechazo al activismo (en este caso) del Estado. Por supuesto, la desconfianza de los liberales hacia el Estado resulta, en principio, irreproachable: es razonable desconfiar del Estado dada la amplitud y fortaleza de los medios violentos que controla. Sin embargo, aunque es cierto que el Estado es capaz de constituirse en la peor amenaza para los derechos individuales, ello no implica que siempre, y ni siquiera habitual o tendencialmente, el Estado vaya a convertirse en una fuente de opresión sobre los individuos.

A la hora de valorar el sesgo antiestatal del liberalismo resulta llamativo constatar que las razonables preocupaciones liberales, entre otras cosas, no se han extendido (como razonablemente podía esperarse que ocurriera) a otras fuentes de potencial opresión sobre las libertades individuales.⁵ Típica-

³ Excelentes ejemplos al respecto, por caso, en el constitucionalismo latinoamericano del siglo xix, en figuras tales como Juan Bautista Alberdi o Domingo Sarmiento, en la Argentina.

⁴ Así, por ejemplo, como se hace evidente en las discusiones constitucionales sostenidas en los Estados Unidos a fines del siglo xviii, caso éste sobre el cual volveremos. Véase, p. ej., GARGARELLA: *Nos los representantes*. Miño y Dávila, Buenos Aires, 1995.

⁵ Es cierto, por supuesto, que el liberalismo supo protestar, muchas veces al menos, contra los excesos del poder corporativo. Fundamentalmente, hubo

mente, los liberales no han mostrado mayor preocupación por el poder de las grandes empresas, capaces, obviamente, de controlar la vida de la comunidad, del mismo modo en que podría hacerlo un poder armado independiente, o un sindicato poderoso. Los liberales se irritan, sí, frente al poder económico monopólico, pero el monopolio es sólo la fase más evidente de una capacidad de control —sobre los precios, sobre los gustos de la gente, sobre el poder político— que las grandes empresas, monopólicas o no, suelen conservar. Este tipo de omisiones —el desentenderse, por ejemplo, de los efectos del poder empresarial no monopólico— constituyen un defecto muy serio del liberalismo. Por otra parte, conviene señalar que los liberales, críticos de la planificación, parecen olvidar que no hay instituciones más jerarquizadas y planificadas que las empresas modernas: dentro de ellas, la autoridad del empresario es absoluta (aún en el posible caso del “empresario caritativo”), y todo desafío a ésta tiene grandes posibilidades de ser rechazado cuando no replicado, de un modo más o menos directo, con algún tipo de penalización. No cabe ignorar que un tercio de la vida de los ciudadanos transcurre en esas organizaciones y que en esas horas se toman decisiones que tienen que ver con los otros dos tercios: las políticas de “movilidad laboral” ocultan con frecuencia un poder despótico para decidir en qué ciudad han de vivir los empleados sin que se tengan en cuenta sus expectativas o las de los demás miembros de sus familias; los procesos de contratación con mucha frecuencia vetan a mujeres que muestran deseos de tener hijos o, lo que es lo mismo, la empresas son las que deciden las opciones reproductivas de los empleados. Desde luego, nadie negará que eso se trata de interferencias en las elecciones privadas de los ciudadanos.

En segundo lugar cabría decir, contra este liberalismo, que así como la presencia de un Estado fuerte puede convertirse en una amenaza contra los derechos, su ausencia también puede constituir una fuente de injusticia y opresión. Si uno reconoce, por ejemplo, los efectos trágicos (en términos de libertades individuales) del desequilibrio de poder entre empresarios y tra-

liberales que alzaron sus voces de protesta contra el poder militar, eclesiástico, o sindical, cuando estos grupos extendían su poder hasta poner bajo su control directo a individuos que no querían quedar sujetos a los reclamos de aquéllos.

bajadores, luego, no puede sino (y al menos) reclamar la presencia de una autoridad externa, capaz de mediar entre ambos grupos, para asegurar que los justos derechos de nadie sean violentados. Del mismo modo, cuando uno advierte que nadie es responsable de sus talentos o falta de talentos, de sus perfectas o imperfectas capacidades físicas, de la fortuna o desgracia de haber nacido en el seno de una familia rica o pobre, luego, no puede sino clamar por una autoridad externa capaz de impedir que aquellos azares naturales (o sociales) se conviertan en injusticias sociales. Frente a hechos propios del "azar de la naturaleza" como los descriptos, la inacción del Estado convertiría a éste en responsable y aval de la persistente desgracia de los que están peor.⁶

El punto anterior es importante porque se refiere a una cuestión crucial a la hora de examinar el alcance y potencia del compromiso liberal con la idea de derechos individuales. Y es que el liberalismo más conocido suele asociarse con la defensa de los derechos pero, cabe aclararlo, no de cualquier tipo de derechos sino, fundamentalmente, de los llamados derechos negativos o de no interferencia (derechos a que otros no me dañen, en un sentido amplio del término, p. ej., golpeándome o invadiendo mi propiedad). Una gran mayoría de liberales (especial, pero no únicamente, en las sociedades económicamente menos desarrolladas) desconocen nuestros derechos positivos (derechos a que me asistan en algunas necesidades básicas), por ejemplo, a una vivienda digna, a una alimentación adecuada, cualquiera haya sido la suerte o desgracia que nos haya acompañado al nacer. Para decirlo de otro modo, los liberales se horrorizan frente a ciertas acciones directamente violadoras de derechos (que alguien sea robado o lesionado por otro), pero se despreocupan, muy habitualmente, del hecho de que ciertas omisiones también puedan tener, como consecuencia inmediata, resultados igualmente desagradables. Fundamentalmente, los liberales más conservadores no consideran que

⁶ Obviamente, asocio lo dicho con las afirmaciones del liberal Rawls, John: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980. Sin embargo, conviene decir, en primer lugar, que la posición de Rawls es, aunque genuinamente liberal, minoritaria dentro del liberalismo, como también que ella es vulnerable frente a algunas de las críticas que enunciaremos más adelante.

exista una falta de la que la sociedad sea colectivamente responsable frente a los padecimientos de los naturalmente desaventajados, pero considera que si hay una falta a reparar cuando el Estado expropia o silencia a alguien sin justa causa. En este sentido, el liberalismo tiende a ser "ciego" frente a ciertas violaciones de derechos que se producen, al menos en buena medida, por la inexistencia de instituciones sociales capaces de remediarlas. Así, el sesgo antiestatal del liberalismo queda traducido en un tácito, curioso, consentimiento frente a ciertas violaciones de derechos individuales.

De modo similar, cabría decir que es extraño el carácter selectivo del rechazo liberal al activismo estatal. El liberalismo suele ser muy severo contra cualquier intento del Estado por regular el curso del acontecer económico. Sin embargo, tolera y demanda una activa intervención estatal para fijar y legalizar el derecho de propiedad, para proteger que a nadie se le arrebatase aquello de lo que se ha apropiado "legalmente". El liberalismo cierra los ojos frente al hecho evidente de que el estado de cosas reinante en las sociedades modernas se sostiene, por ejemplo, a partir de intervenciones estatales masivas: intervenciones tan costosas como las necesarias para mantener en funcionamiento un orden legal extremadamente complejo (capaz de dirimir los conflictos que se suscitan entre los individuos), o intervenciones tan arriesgadas como las necesarias para mantener una fuerza armada destinada, en buena medida, a proteger la distribución de propiedad existente. Es curioso que el terror del liberalismo frente al Estado se disipe ante hechos tan notables como los mencionados: si la creación de un ejército o el establecimiento de un sistema penal, con sus consiguientes cárceles y su fuerza policial, no apareja grandes riesgos para los derechos individuales, ¿por qué entonces temerle a las intervenciones bienestaristas que buscan asegurar los derechos sociales (sanidad, educación). Llama la atención, además, que el liberalismo considere que en situaciones como las citadas, en donde el Estado se ocupa fundamentalmente de defender la propiedad privada y, en todo caso, establece ciertas condiciones mínimas para el funcionamiento del sistema económico (erigiendo, p. ej., un Poder Judicial independiente, o asegurando ciertas libertades elementales como la de publicar las propias ideas, circular por el territorio nacional, asociarse, contratar, trabajar, comprar y vender) sea considera-

da normalmente una situación de no intervención estatal. En realidad, el Estado aparece involucrado del modo más activo en la producción de tales situaciones, modificando y recreando el escenario social de un modo radical. Cuando reconocemos estos hechos, entonces, podemos afirmar que el liberalismo no rechaza, por principio, y tal como muchas veces proclama, la presencia de un Estado fuertemente activo sino que rechaza, más bien, la presencia de un Estado activo en ciertas áreas (p. ej., en el área económica, o más exactamente, en lo que se refiere a la modificación de la estructura de derechos de propiedad o a los procesos de distribución, lo que equivale, *de facto* a sancionar como justa la distribución asociada al mercado).⁷

3. *El liberalismo más igualitario*

Lo dicho hasta aquí se dirige, fundamentalmente, a impugnar a algunas de las más comunes versiones del liberalismo, demasiado cercanas al conservadurismo. De todos modos, corresponde que concentremos nuestra atención, principalmente, en otras versiones del liberalismo, más claramente progresistas. Estas versiones del liberalismo han dejado de lado aquel arraigado temor frente al Estado (aunque no hayan perdido, finalmente, su sesgo antiestatista), y aceptan hoy su presencia con absoluta naturalidad. De igual forma, estos liberales se animan a reconocer la existencia de otros derechos, además de los negativos, y tienden a rechazar a los sistemas políticos más elitistas.

De todos modos, y a pesar de lo dicho, también queda mucho por decir frente a este tipo de liberalismo, indudablemente más atractivo, consistente, y razonable que el anterior. En primer lugar, y como observación relativamente menor, cabría destacar un hecho llamativo, y es que una mayoría de liberales progresistas no toman como eje central de sus reflexiones las desigualdades sociales que ven a su alrededor, ni los programas de ajuste económico que se aplican en los países en los que viven (preguntándose, p. ej., si los sacrificios que se

⁷ Véase SUMSTEN, C., y HOLMES, S.: *The Cost of Rights*, Norton & Company, Nueva York, 1989.

reclaman a la comunidad se distribuyen de un modo justo; si los esfuerzos demandados son moralmente aceptables o requieren, por ejemplo, que ciertos individuos resignen la atención de sus necesidades educativas o sanitarias más elementales).⁸ Los liberales progresistas no suelen preocuparse demasiado frente a situaciones como las mencionadas, no abarrotan los periódicos con notas en favor de una mejor y más radical redistribución de los recursos (como sí suelen hacerlo, valientemente, en contra de la censura estatal), ni aparecen luchando, política o judicialmente, en favor de tal Estado más progresista (como sí suelen luchar, p. ej., en defensa del derecho de libre asociación, o en favor de instituciones de control de los monopolios). Menos anecdóticamente, lo cierto es que el liberalismo tiende a resistirse a reconocer el valor y la variedad de derechos sociales existentes, como si los últimos fueran de provisión menos (y no más) urgente que los primeros; o como si los derechos civiles fueran menos costosos o gratis, y por ello, más dignos de una atención estatal adecuada.⁹ Notablemente, esta actitud discriminatoria entre unos y otros derechos no es patrimonio exclusivo de algunas figuras aisladas dentro del liberalismo progresista, sino que alcanza, aun, a figuras tan extraordinariamente relevantes y sofisticadas dentro de tal corriente, como es el caso de John Rawls.¹⁰ Cabe aclarar, de todos modos, que aquí no afirmo la existencia de una absoluta identidad entre los derechos civiles clásicos y los derechos sociales, sino que destacamos, más modestamente, que para trazar una distinción relevante entre ellos se requiere una exploración ana-

⁸ Véase una importante, pero relativamente excepcional crítica a este tipo de comportamientos en DWORIN, R.: "Why Liberals Should Care About Equality", en *A Matter of Principle*, Harvard U.P., 1985.

⁹ Un excelente análisis al respecto, en FARR, C.: *Social Rights under the Constitution*, Oxford U.P., Oxford, 2000.

¹⁰ Así, en el segundo libro de John Rawls, en donde el autor muestra cómo su segundo principio de justicia, referido a las desigualdades económicas, cumple dentro de su reelaborada doctrina un rol casi marginal, claramente menos importante que el que cumple el primer principio, referido a las libertades civiles. En una nota al pie, p. ej., Rawls sostiene que los jueces, al interpretar la Constitución, no deben apelar a principios tales como los que aparecen en el segundo principio de justicia "a menos que éste aparezca como principio rector dentro de una norma". RAWLS, J.: *Political Liberalism*, Columbia U.P., Nueva York, 1993, pp. 236/237, n. 23.

lítica extremadamente compleja, que el liberalismo está lejos de haber realizado (por más que le resulte una tarea obligada, dado el privilegio que, injustificadamente, le concede a los derechos civiles).¹¹

Entre otras razones debido a la prioridad que le otorga a los derechos civiles sobre los sociales, el liberalismo igualitario defiende al Estado, sí, pero a un Estado relativamente pequeño y poco activo. El Estado aparece, muchas veces, sólo como un tercer actor, necesario para "equilibrar" las fuerzas sociales, remediar los grandes males que deja a su paso el capitalismo más despiadado, ayudar a los más desvalidos, fortalecer al mercado como mecanismo que permite que se conozcan y, finalmente, se satisfagan, las elecciones de consumo de todos. Contra tal concepción cabría decir, ante todo, que existe una brecha enorme entre este Estado "bombero" que corre a apagar desgracias, y el Estado justo que uno podría defender, orientado a impedir toda violación seria de derechos. Los reclamos más razonables en favor de un Estado fuerte no exigen la presencia de éste circunstancialmente y sólo para asegurar que todo siga funcionando, en la mayor medida posible, sin la intervención estatal. Se defiende la presencia del Estado como un hecho permanente e inevitable, necesario para que la vida de las personas no quede sometida a la voluntad discrecional de otros.

El liberalismo no quiere oír hablar de "intrusiones" en el territorio privado, en los derechos negativos. En consonancia con ello tiene una visión sospechosa de la participación, que, por una parte, parece exigir a los ciudadanos una vocación pública y, por otra, aumenta los riesgos de las "interferencias de las mayorías". En esas condiciones no ha de extrañar que, de un modo u otro, aparezca comprometido con una idea de la "democracia como mercado". Al igual que sucede con el

¹¹ Tempranamente, Norman Daniels realizó una muy aguda crítica de la distinción trazada por Rawls entre sus dos principios de justicia, y de las implicaciones derivadas de la prioridad dada por Rawls al principio de la máxima libertad sobre el segundo principio, o principio de diferencia. La plausibilidad de esta crítica sugiere que tal vez el liberalismo no se encuentre teóricamente autorizado a realizar algunas de las distinciones que de hecho acostumbra a realizar, afectando su compromiso con el ideal de igualdad. Véase DANIELS, N.: "Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty", en DANIELS, N. (ed.): *Reading Rawls*, Blackwell, Oxford, 1975, pp. 253-81.

mercado económico, existe una multiplicidad de individuos con preferencias diferentes y que reclaman a otros (los políticos profesionales) que atiendan a sus demandas. A través de sus conductas cotidianas, y en su rol de consumidores o ciudadanos, los individuos dan señales, tanto a los productores como a los políticos, acerca de lo que prefieren obtener. Un mercado que funciona adecuadamente alerta a los últimos acerca de las orientaciones de los primeros, y los lleva a responder a tales estímulos. Ni a los políticos ni a los ciudadanos se les presume vocación pública: los primeros esperan que sus intereses sean atendidos y los segundos saben que, para conservar el poder, han de responder a esas demandas. Que los intereses sean razonables, justos, o no, es completamente irrelevante.

Esta concepción de la política no es necesariamente elitista, aunque haya aquí una muy clara demarcación entre representantes y representados. Más bien se asume, en este caso, que el completo aislamiento de los representantes respecto de los representados —una posibilidad atractiva para las versiones más conservadoras del liberalismo— constituye un mal, en la medida en que impide que los políticos conozcan las preferencias de la ciudadanía, y actúen en consecuencia. A pesar de lo dicho, sin embargo, esta versión más igualitaria del liberalismo no carece de problemas, por su tendencia a otorgarle a las expresiones individuales, aisladas, de los individuos en el mercado político, un peso inmerecido,¹² y, además, por no alentar la intervención ciudadana en la resolución de los asuntos públicos. Pero vayamos por partes.

Ante todo, corresponde decir que entre las expresiones aisladas de una mayoría de individuos y las expresiones de la comunidad, actuando conjuntamente, pueden existir fuertes disonancias. Para decirlo de otro modo, no es correcto tomar una diversidad de expresiones individuales aisladas como manifestaciones de un consenso social —un consenso que posi-

¹² Ello, p. ej., por no advertir que la propia dinámica de la acción colectiva nos lleva a realizar ciertos comportamientos racionales en términos de nuestro interés personal, pero irrazonables si tomamos en cuenta ciertas exigencias de la vida moral. En la distinción entre lo racional y lo razonable, véase Rawls: *ob. cit.* En el análisis de las disonancias entre conductas individuales y colectivas, véase, p. ej., Coates, G.: "Robert Nozick and Wilt Chamberlain: How Patterns Preserve Liberty", *Erkenntnis* 11 (1977).

blemente no exista en absoluto. Conviene tomar un ejemplo para ilustrar lo dicho. Una persona puede disfrutar leyendo los datos íntimos de la vida de algún actor famoso, puede correr al negocio de la esquina a comprar, en el momento en que llega, la revista que muestra las fotos más privadas de la vida privada de alguna estrella de Hollywood. Sin embargo, esa misma persona, junto con una mayoría de sus pares, puede estar en completo desacuerdo con la publicación de esas fotos, y puede creer que, colectivamente, y como sociedad, corresponde tomar medidas que protejan la privacidad de las personas. Así, una conducta repetida y consistente a nivel individual puede ser repudiada en un ejercicio colectivo, aun por aquellos que actuando individual, aisladamente en forma la suscribirían. Sin ir más lejos, esta conducta fue exactamente la que se verificó en los Estados Unidos, luego de los escándalos sexuales que involucraron al presidente Clinton. Los ciudadanos colapsaban las redes electrónicas tratando de conocer los últimos detalles de las (poco notables) acciones sexuales del presidente. Sin embargo, la generalidad de las encuestas que se publicaban en el momento ratificaban que la ciudadanía rechazaba este tipo de acoso sobre la vida privada de los individuos.¹² Se dirá entonces que dichos sujetos actúan esquizofrénicamente. Pero no hay por qué llegar a tal conclusión, ni por qué pedir a los individuos que se comporten como modestos héroes en su vida diaria, de modo tal de resistir estoicamente a las tentaciones frente a las que todos los demás plácidamente sucumben. Lo que se requiere es de una política colectiva que ayude a los individuos a reconocer y perseguir sus intereses comunes. Sin ella, corremos el riesgo de quedarnos en la superficie del fenómeno e inferir injustificadamente, en el ejemplo citado, que los individuos prefieren un periodismo intrusivo; reclaman que se les provea de más información sobre la vida sexual de sus gobernantes; se despreocupan del derecho a la privacidad, cuando todo ello puede ser simplemente falso. En definitiva, tenemos muy buenas razones para distinguir radicalmente entre los dos tipos de situaciones mencionadas, digamos, una multiplicidad de expresiones aisladas coincidentes y un ecuáni-

¹² Dejamos aquí a salvo las discusiones sobre los límites de la privacidad en el caso de las figuras públicas.

me proceso de elección pública. En el primer caso, todos tendemos a actuar, racionalmente, en nuestro exclusivo beneficio (compramos el jabón X porque nos encanta su perfume y color), sin que ello sea especialmente reprochable. En el segundo caso, en cambio, son otras las cosas que están directamente en juego (la justicia interna a nuestra comunidad, la suerte de nuestro prójimo), por lo que necesitamos, al menos, contribuir a que todos podamos advertir el impacto de nuestras elecciones en la vida de los demás.¹⁴

Situaciones como las mencionadas hacen visible, en el fondo, lo que constituye el problema más grave en el que suele incurrir, aquí, el liberalismo igualitario. En contextos como los que aparecían en los ejemplos, básicamente irreprochables para los igualitarios, destaca la ausencia de una "cadena institucional" adecuada. No hay en ellos un entramado institucional que vincule a los individuos entre sí y a éstos, eventualmente, con sus representantes, proveyendo de algún contenido real al por todos proclamado valor de la "soberanía popular". Este entramado (que sería favorecido por el socialista, según diremos) impediría, por un lado, que los eventuales representantes del pueblo se desentiendan, por comodidad o por autointerés, y sin mayores costos personales, de los reclamos de aquellos a quienes representan. Pero además, dichas instituciones forzarían al gobierno a actuar en conformidad con ciertos acuerdos colectivos y no, meramente, a partir de intuiciones basadas en una cierta percepción acerca del modo en que reacciona habitualmente una diversidad de individuos, desvinculados entre sí y básicamente ignorantes del impacto social de sus propios comportamientos.

Ahora bien, el sesgo antiolecolectivista de los liberales los pone aquí en dificultades ya que ellos, naturalmente (y a partir de su educación en el respeto de los derechos individuales), tienden a desconfiar de todo agrupamiento mayoritario¹⁵ y así,

¹⁴ Véase al respecto, muy especialmente, Elster, J.: "The Market and the Forum", en ELSTER, J., y SLAGSTAD, R.: *Foundations of social choice theory*, Cambridge U.P. Cambridge, 1989.

¹⁵ La idea de "desconfianza" aquí empleada no alude a un mero dato acerca de la psicología de los liberales sino, más bien, a un rasgo esencial de la filosofía liberal, cual es su "elitismo epistemológico", esto es, el presupuesto según el cual la mejor manera de garantizar la toma de decisiones imparciales consiste en apelar a la reflexión monológica, aislada, de algu-

consecuentemente, a desalentar o al menos a no dar apoyo o incentivo especial a la organización de foros especiales o asambleas colectivas en donde la ciudadanía pueda encontrarse, discutir organizadamente, y tomar decisiones acerca de su propio futuro.

La mejor ratificación de lo dicho hasta aquí aparece dada por el tipo peculiar de sistema de gobierno que el liberalismo ha contribuido a crear. Esto es, el sistema de "frenos y contrapesos", distinguido por la presencia de instituciones contramayoritarias orientadas (no a pulir o a hacer más audible sino) a bloquear la voz (las voces) de la ciudadanía. En el tipo de sistema contramayoritario¹⁶ desarrollado por el liberalismo (y aceptado, de modo más bien unánime, por el liberalismo igualitario), el hecho clave consiste en la presencia de órganos capaces de contener y, finalmente, reemplazar, a la voluntad mayoritaria, en razón de sus frecuentes y previsibles excesos. Hoy por hoy, en la mayoría de las constituciones siguen siendo dominantes los mecanismos institucionales contramayoritarios y en general los frenos a la participación directa de los ciudadanos. Así, por ejemplo, el sistema de elecciones indirectas (utilizado, muy habitualmente, para cubrir los puestos públicos más relevantes) sirve para alejar al ciudadano común de tales elecciones cruciales. El veto presidencial es justificado como un medio para darle voz decisiva al sujeto más poderoso, o supuestamente más sabio o más sensible a los reales intereses del país, frente a las decisiones apasionadas de la mayoría. El cada vez más difundido sistema de "revisión judicial de constitucionalidad" (nacido en los Estados Unidos y hoy prontamente extendido a la nueva Europa unificada) es el que mejor simbolizó y sigue simbolizando las aspiraciones contra-

nos individuos. El "elitismo epistemológico" del liberalismo se contraponería a su rechazo del "colectivismo epistemológico" más propio de concepciones como la socialista, que asociaría la toma de decisiones imparciales con procesos de "reflexión colectiva" y no "individual". Al respecto, p. ej., véase Nino, C.: *The Ethics of Human Rights*, Oxford U.P., Oxford, 1991.

¹⁶ Esta expresión desarrollada originariamente por Alexander Bickel en relación con el rol del Poder Judicial (*The Least Dangerous Branch*, Yale U.P., New Haven, 1961) hace alusión a la presencia de prácticas institucionales destinadas a contener y reemplazar la voz de los órganos mayoritarios (típicamente, la Legislatura) en el proceso de toma de decisiones.

mayoritarias del liberalismo.¹⁷ En efecto, lo que este control consagra es la autoridad superior de un grupo selecto de individuos, aparentemente con mayor preparación técnica y, por lo tanto, con mayor capacidad de discernimiento jurídico, que la gran mayoría. La elite judicial y no la mayoría es la que tiene, así, la "última palabra institucional" en casi todos las democracias liberales que conocemos.¹⁸ Ordenados de este modo, muchos sistemas institucionales modernos simplemente trivializan, y finalmente degradan, la noción de "gobierno del pueblo por el pueblo". Sin embargo, y a pesar de ello, una buena mayoría de los liberales igualitarios que conocemos tienden a aceptar y justificar sistemas institucionales como los referidos, distinguidos por una férrea separación entre representantes y representados, por el predominio del rol judicial, por el desaliento de la discusión pública, por una (habitualmente buscada) baja intervención ciudadana en política.¹⁹

4. El socialismo

En el examen del liberalismo que he ido desarrollando hasta aquí, he ido sugiriendo muchas de las claves de distinción entre el pensamiento liberal (en sus versiones más conservadoras y más igualitarias) y el socialismo. La diferencia entre las tradiciones liberal y socialista se dejan ver en una distinta perspectiva a la hora de abordar el diseño institucional. Más exactamente hay diferencias en dos planos: en el plano de los principios inspiradores, en tanto el liberalismo aparece comprometido con la tesis de la neutralidad del Estado, esto es

¹⁷ De hecho, es a partir del análisis del funcionamiento del "control judicial" que se acuñó la idea de control "contramayoritario". Véase Bickel, A.: *The Least Dangerous Branch*, cit..

¹⁸ Nuevas muestras de esta tendencia a limitar el rol de las mayorías en el gobierno se dejan ver en las instituciones no adoptadas o rechazadas por el liberalismo: las elecciones anuales, la revocatoria de mandatos, la rotación obligatoria, los mandatos imperativos —recursos más o menos eficientes, pero siempre orientados a dar un lugar mayor a la voluntad de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones.

¹⁹ Esta reiterada actitud de muchos liberales tendría menos que ver con la "inconsistencia de muchos liberales" que con un rasgo más profundamente asociado con el corazón de la teoría liberal, esto es, con el ya mencionado "elitismo epistemológico" del liberalismo.

con la idea de que las instituciones no han de alentar ningún tipo de valores, ni establecer prioridades entre las distintas concepciones del bien existentes; en el plano de la conformación de las instituciones que han de regular la vida compartida. Empecemos por esto último.

En primer lugar, conviene destacar que, para el socialismo, la organización institucional propuesta por el liberalismo resulta de una extrema pobreza. Ello, fundamentalmente, a partir del valor fundacional que los socialistas otorgan al ideal del "autogobierno" (un "autogobierno" personal y social, apoyado en la relativamente igual posibilidad de cada uno de desarrollarse de acuerdo con sus ideales de vida y en la posibilidad de que los propios miembros de la comunidad determinen, colectivamente, el modo en que quieren vivir).²⁰ Es difícil hablar de un modo inteligible de "autogobierno" cuando —como ocurre en las democracias representativas liberales— los ciudadanos tienen enormes dificultades para hacer conocer sus puntos de vista a sus representantes, carecen de foros apropiados en donde encontrarse y debatir sobre el bien común, tienen problemas para reprochar a sus gobernantes sus faltas, y problemas aun para identificar quién las ha cometido.²¹

²⁰ La defensa liberal del ideal de "autonomía" se vincula indudablemente a la que hacen los socialistas del ideal del "autogobierno". Sin embargo, las diferencias persisten. Aunque el estudio del vínculo entre ambos ideales debiera ser objeto de un trabajo separado, podríamos señalar, al menos, que el ideal socialista parece incluir de un modo más explícito una dimensión social (la "autodeterminación" de la comunidad) que no aparece tan claramente en el caso del liberalismo. Un examen interesante sobre este paralelismo en Elster, J.: *Making Sense of Marx*, Cambridge U.P., Cambridge, 1985.

²¹ Algún liberal como Bruce Ackerman podrá replicar frente al socialista que el "autogobierno" no requiere que la ciudadanía esté permanente "de pie" dándose sus propias leyes: debe bastarnos con que se respete lo que la ciudadanía diga en los "grandes momentos" (en los "momentos constitucionales", de acuerdo con la terminología de Ackerman) cuando ella hace escuchar clara y consistentemente su voz, reclamando por tales o cuales derechos. Sin embargo, éste es un sentido al menos llamativo de "autogobierno". En casos como el citado, lo que se le exige al ciudadano para que pueda sentir que ese "autogobierno" es real resulta extraordinario: si el esfuerzo ciudadano no alcanza a "sacudir" por entero al sistema institucional, lo más probable es que se diga que el estado de cosas reinante es expresión genuina de la voluntad de los gobernados. Véase Ackerman, B.: *We the People: Foundations*, Harvard U.P. 1991.

El socialista defenderá siempre un sentido más robusto, más sensato, de "autogobierno", una situación en donde las normas legales sean el producto deliberado de la voluntad colectiva y no la imposición de alguna elite técnica (económica o judicial). Defenderá una situación distinguida por la presencia de mecanismos destinados a facilitar la comunicación y el debate entre los ciudadanos.²² Y ante todo, el socialista tenderá a rechazar las bases del sistema político que el liberal pregona, un sistema de tipo representativo que ha, lamentable pero previsiblemente, fracasado respecto de los ideales que alguna vez, genuinamente o no, invocaba (al reclamar, por ejemplo, que las decisiones de gobierno sean el reflejo de la voluntad de la ciudadanía). El socialista no puede sino rechazar una variante de la democracia representativa que, explícitamente, nació para alejar al representante del representado. Una democracia representativa que procuró independizar al decisor respecto de su mandante de modo tal de que el primero no se vea afectado por los clamores habitualmente "ciegos" y "apasionados" de la ciudadanía.²³ El socialista busca una mejor democracia, un sistema institucional que ayude a que la vida política (o económica) sea una expresión de la voluntad de quienes son afectados por ella.

En este punto, y tal como señalé más arriba, debemos recordar las dificultades que suelen tener los individuos para lograr determinados resultados socialmente valorados, a través de decisiones individuales y aisladas. En efecto, no basta con que cada uno de los ciudadanos tenga la oportunidad de no aumentar el precio de los productos que vende, con la esperanza de que todos los demás hagan lo mismo y así se detenga un determinado proceso inflacionario. No basta, tampoco, con que todos los individuos tengan la oportunidad de pagar mejor a sus empleados para así hacer una sociedad más justa. Tam-

²² Son muchos los medios por los que puede optar el Estado para favorecer dichos objetivos. El puede involucrarse, así, en la creación de foros de debate público, en el fortalecimiento de la "voz" de los que tienen más dificultades sociales para hacerse escuchar, en el establecimiento de nuevos mecanismos de sanción institucional a los representantes; en la apertura de mayores oportunidades para la intervención ciudadana en política; en la educación cívica de la ciudadanía.

²³ Véase al respecto, y p. ej., GARCARELLA, R.: *Nos los representantes*, cit.

poco es suficiente con que los individuos tengan la "oportunidad" de expresar sus preferencias para que podamos considerar que están manifestando sus opiniones.²⁴ Los ciudadanos deben tener la posibilidad efectiva de reflexionar colectivamente sobre los asuntos económicos más cruciales de los confrontados por la comunidad. El buen sistema institucional deberá favorecer tal discusión, en lugar de sólo permitir que ella sea remotamente posible. Cuando este debate se produce, cada uno puede ver de qué modo su suerte se vincula con la de los demás, y puede reflexionar en consecuencia. Por supuesto, no se afirma aquí que, enfrentados en un foro público a los demás, los individuos se convertirán, súbitamente, en seres solidarios y altruistas. Lo que afirma, en todo caso, es que cuando no se dan oportunidades para una adecuada reflexión colectiva, cabe esperar que cada individuo tienda a perseguir su mero autointerés, sin preocuparse demasiado por la suerte de su prójimo.²⁵

²⁴ Son muchos los escenarios en donde los individuos se manifiestan públicamente de acuerdo con cierta opinión "pública" X, presuntamente compartida por todos, aun si, de hecho, existe una opinión mayoritaria contraria a X. Por lo general se trata de escenarios en donde "ser el primero en discrepar" tiene un costo. Sólo si existe un conjunto de personas que asumen previamente el costo de la discrepancia, la "mayoría" se atreverá a expresar sus opiniones verdaderas. Si no existe esa masa crítica, la opinión no se modificará: *Kuran, T.: Private Truths, Public Lies: The Social Consequences of Preferences Falsification*, Harvard U.P., Cambridge, Mass. 1995. La lección interesante es que se necesitan unos diseños institucionales que disminuyan o hagan desaparecer el costo de discrepar. Si la expresión de mis opiniones tiene consecuencias sobre mi empleo, mis posibilidades de acceder a un trabajo, o el trato que recibo en mi familia, es difícil que me atreva a expresar mis discrepancias (y aun a concebirlas, por conocidos mecanismos psicológicos que nos llevan a tratar de "creernos" aquellas ideas que decimos profesar).

²⁵ Ahora bien, ¿qué es lo que pasa si las decisiones colectivas que se toman son contrarias a los principios igualitarios que normalmente han distinguido al pensamiento socialista? ¿Debe el socialista preferir la decisión mayoritaria, o reforzar —contra aquella— el igualitarismo? La cuestión es compleja, y la respuesta más sensata, frente a tal pregunta, es: "depende". Depende de la situación de que se trate. Si nos encontramos en un sistema institucional que efectivamente ayuda a conocer, procesar y hacer efectiva la voz ciudadana, entonces hay más razones para apoyar los resultados de este proceso de toma de decisiones. Por otro lado, si lo que está en juego es la misma posibilidad razonable (y uno debiera pedir disculpas por el uso de este término tan ambiguo) de que algunos individuos tomen parte de ese proceso de toma de decisiones, entonces hay razones para que el socialista

De modo particular, el socialista tiende a rechazar los sistemas económicos organizados a partir del llamado "libre mercado", en la medida en que ellos vienen a negar, justamente, lo que los socialistas más favorecen: que las decisiones económicas más importantes de las afrontadas por la comunidad sean adoptadas colectivamente, luego de un proceso de reflexión colectiva. Esto no significa sostener que la economía deba ser plenamente planificada, ni que el "mercado" no merezca tener un lugar importante a la hora de pensar la organización económica de la sociedad. Lo que el socialista pretende es que la comunidad intervenga en las decisiones sobre qué iniciativas económicas alentar o desalentar, antes de dejarlas, exclusivamente, en las manos "ciegas" del mercado o, de modo más realista, en las manos "poderosas" e interesadas de una élite de empresarios o "emprendedores". Sencillamente, pretende que, en la medida en que el mercado contribuya a realizar ciertos objetivos que se juzgan interesantes, la sociedad haga uso del mercado, de dónde y para qué resulta conveniente (y no que sea el mercado el que "decida" cuál es la "buena sociedad" para el mercado). Le interesa que los conflictos sobre justicia distributiva no se salden a partir de la fuerza o astucia de cada uno para empujar hacia su propio lado, sino a partir de una discusión colectiva en la que no haya otro triunfador que las buenas razones. Le interesa hacer posible que la economía sirva para atender, fundamentalmente, los intereses más básicos de todos los miembros de la comunidad. Le preocupa, como sostiene Anne Phillips, que la producción esté diseñada "a la medida de las necesidades sociales, y que el cuidado de las personas sea tan prioritario como la producción de bienes y servicios que puedan ser vendidos en el mercado".²⁶

defienda la adopción de determinadas medidas igualitarias aun en contra de lo que la circunstancial mayoría piense al respecto. ¿Y qué decir respecto del difícil caso en que se ponga a debate el mismo procedimiento de toma de decisiones democrático? La pregunta tiene mucho de bizantina pero la línea de respuesta, de todos modos, debería seguir la línea de la anterior: depende de qué es lo que se quiere hacer. Un socialista debería oponerse a la alternativa de que el sistema democrático de toma de decisiones sea reemplazado por otro que deje las decisiones en una casta o élite particular.

²⁶ PHILLIPS, A.: "¿Qué tiene que ver el socialismo con la igualdad sexual?", en GARCARELLA, R. y EVELAND, F. (eds.): *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona, 2001.

En tal sentido, al socialista le preocupa restablecer la defensa de la igualdad que el liberal parece abandonar con la proclamación de principios políticos (fundamentales) tales como el de "un hombre, un voto". El socialista se toma en serio la igual capacidad de influencia. Por otro lado, el liberal se desprecupa del hecho de que en la esfera económica esa igualdad quede minada. En el mercado sólo se reconocen las necesidades de quienes tienen recursos para "expresar" sus demandas. Todos pueden desear una educación excelente, un cuidado médico permanente o una protección jurídica fiable, pero sólo los que tienen recursos pueden "expresar" esos deseos. Desde otra perspectiva, eso es lo mismo que reconocer que unos (que siempre son pocos) tienen mucha más capacidad de decisión que otros acerca de qué es lo que se demanda. Si hay unos cuantos que están en condiciones de comprar autos de lujos o de pagar por una medicina cara (p. ej., sofisticada tecnología para enfermedades propias de edades avanzadas), serán esos "bienes" lo que se alentarán, aun si con los mismos recursos cabría mejorar la esperanza de vida de muchos otros que, por supuesto, tienen demandas pero no el idioma (dinero) con el que expresarlas. Aún liberales igualitarios muy sofisticados (como John Rawls o Thomas Nagel) aceptan la compatibilidad de una sociedad justa con la presencia de significativas diferencias de riqueza entre sus habitantes, y en la medida en que tales diferencias contribuyan a mejorar la suerte de los que están peor. Sin embargo, pensadores más cercanos a la tradición socialista (como Gerald Cohen) se resisten a conceder dicho punto, considerando a tales desigualdades como una directa negación de la ética que debe distinguir a la sociedad justa.²⁷ Una defensa consistente de la igualdad, podríamos añadir, requiere que no se abandone dicho ideal a mitad de camino: requiere extender el principio que hay detrás de la

²⁷ Véase, p. ej., Cohen, G.: *If You Are an Egalitarian, How Come You're so Rich?*, Harvard U.P., Cambridge, 2000. Cohen niega que la propia teoría de Rawls lo autorice a dar los pasos que de hecho da. De todos modos, el tipo de cambios que, según Cohen, deberían introducirse en la "teoría de la justicia" rawlsiana para tornarla una concepción consistente, amenazan con transformar a ésta en un producto mucho menos atractivo para el liberalismo: como en la metáfora de la "manta corta", el liberalismo no podría mantener algunos de los principios que más férreamente abraza sin renunciar a otros que también le dan su identidad.

fórmula "un hombre, un voto" desde el campo político al económico (para hacer posible, según dijéramos, una reflexión colectiva sobre los problemas más básicos de justicia distributiva), tanto como requiere resistir las acciones que puedan desvirtuarlo (desde restricciones a la participación política de algún sector de la población, hasta medidas que, más directa o indirectamente, favorezcan la concentración del poder económico en pocas manos).²⁸

Finalmente, los socialistas resisten los sistemas de "libre mercado" en la medida en que ellos favorecen valores (y, en definitiva, un modo de vida) que, normalmente, los socialistas —entre otros— han visto con desagrado. En efecto, el "libre mercado" alienta —de un modo silencioso pero aparentemente necesario— valores tales como el consumismo, el egoísmo, la avaricia, la competencia, que parecen atentar contra el desarrollo de lazos fraternales y solidarios dentro de la comunidad. Republicanos y socialistas notables como John Harrington, Benjamin Franklyn, Thomas Paine, Thomas Jefferson, Louis Blanc y Robert Owen, detectaron y criticaron tempranamente dichas consecuencias propias de las políticas promovidas por el liberalismo. Pensadores y políticos como los mencionados, entre tantos otros, rechazaron la organización económica basada en el comercio libre, por los efectos que ella producía, ante todo, en el carácter de las personas, y en las relaciones humanas en general. Frente a tal sistema, defendieron formas variadas de igualitarismo, desde el llamado "republicanismo agrario" (Harrington, Paine, Jefferson) hasta el comunismo basado en la máxima planificación (Blanc).

El reconocimiento de tales circunstancias (que terminan mostrándonos, además, lo poco "neutral" que es el liberalismo, frente a los que razonablemente prefieren vivir en una comunidad más solidaria, menos individualista, menos consu-

²⁸ La consigna "un hombre, un voto" viene a simbolizar el compromiso con la idea de que la opinión de cada uno valga igual que la de cualquier otro, dentro de la comunidad. Claramente, afirmar este tipo de consignas no implica negar la posibilidad de que se tomen medidas especiales para ayudar a aquellos cuya voz actualmente no se escucha. El debate sobre las acciones afirmativas ejemplifica el posible alcance de este tipo de ayudas especiales, y nos da un buen muestrario de las dificultades teóricas encerradas, también, en esta discusión.

mista) nos permite entender por qué es que los socialistas se encuentran mucho menos apegados que los liberales al discurso de la "neutralidad" estatal.²⁹ Al socialista —en este sentido, de modo similar a una parte de la mejor tradición republicana—,³⁰ le interesa promover una cierta "cultura general", ciertos valores elementales,³¹ vinculados con la fraternidad, el altruismo, el compromiso cívico.³² Tal actitud no lleva implícita, necesariamente, la defensa autoritaria y "ciega" de un muy detallado esquema de valores. Más bien, la defensa de una cultura de la fraternidad parece perfectamente compatible con la preservación de un amplio espacio para el desarrollo de valores individuales variados. Al socialista le interesará especialmente tornar real dicha posibilidad, ya que de ese modo hará compati-

²⁹ ¿Significa esto que los socialistas deben estar comprometidos a defender un sistema en donde se les imponga a los individuos de qué modo deben vivir, qué valores deben defender en su vida personal? No, en absoluto. Más aún, una conclusión semejante parecería extraña para quien proclama defender, ante todo, el derecho del "autogobierno". Nada más distante del autogobierno que una situación en la cual algunos pocos o muchos determinan qué valores deben honrar todos los demás. Ahora bien, ¿cómo debería reaccionar un socialista cuando los valores defendidos por la enorme mayoría se contradicen con los valores defendidos por unos pocos? Nuevamente, en este caso la respuesta debe ser: "depende". Depende del caso de que se trate. Si la mayoría prefiere un determinado esquema impositivo a otro, en principio no hay razones para negarle a la mayoría el ejercicio de su "soberanía". Distinto es el caso en el que lo que están en juego son valores propios de la "moral personal", p. ej., una mayoría católica se encuentra molesta por el ateísmo de la minoría. En este caso, el respeto del autogobierno colectivo debería ceder frente al autogobierno personal: los últimos en nada perjudican a los primeros. De todos modos, no debemos llamarnos a engaño. El problema que aquí se encuentra en juego es muy importante, ya que resulta enormemente difícil destindar la moral "personal" de la "pública", y determinar la relación apropiada entre ambas esferas. Sin embargo, y como consuelo de tontos, habrá de decir que el problema sobre cómo justificar el tratamiento de tales cuestiones afecta radicalmente a todas las teorías de filosofía moral conocidas.

³⁰ Véase BOWEN, S. y GUNN, H.: "¿Ha pasado de moda la igualdad? El homo reciprocans y el futuro de las políticas igualitaristas", en Gargarella-Ovjeiro (eds.): *ob. cit.*

³¹ Una empresa, ésta, en la que también se encuentra involucrado el mejor liberalismo igualitario. Véase RAWLS, J.: *Collected Papers*, cit., cap. 21.

³² Véase al respecto, especialmente, Sussner, Q.: "The Paradoxes of Political Liberty", en McMUSKIS, Sterling M. (comp.): *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VII, Cambridge U.P., Cambridge, 1986. Un resumen de las diferentes posiciones republicanas en GARGARELLA, R.: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1989, cap. 6.

bles su compromiso con el autogobierno colectivo, y su compromiso con el autogobierno individual (con la "autorrealización").

Defender al socialismo no tiene por qué llevarnos a rechazar como inaceptable el compromiso liberal con los derechos individuales. Los socialistas también tienen buenas razones para defender ciertas libertades básicas que, entre otras cosas, resultan fundamentales para poder hablar de un modo sensato del autodesarrollo individual. Tenderán, de todos modos, a dejar de lado la obsesión liberal por la defensa del derecho a la propiedad privada, derecho por el que los socialistas, indudablemente, sienten mucha menos fascinación que los liberales (ello, entre otras razones, debido a la enorme dificultad existente para justificar la apropiación privada, sobre todo en los modos en que hoy es reconocida en las sociedades autodenominadas "liberales"). Seguramente, propondrán también que se agreguen otros derechos a las declaraciones de derechos conocidas (así, p. ej., sugiriendo la incorporación de ciertos derechos colectivos, en la medida en que se considere que de ese modo se "acorazan" mejor ciertos intereses estimados como fundamentales para la sociedad en su conjunto).³³

Finalmente, y en lo que hace a la defensa específica de los derechos (individuales y colectivos), los socialistas mostrarán una preocupación muy especial por examinar la situación de grupos tradicionalmente desaventajados y especialmente afectados (los pobres, los niños, las mujeres).

³³ No ignoro la existencia de un simple y viejo debate en torno a la posibilidad de defender la existencia de algo así como "derechos colectivos".