

Gargarella, Roberto (septiembre 2004). *Derecho y conflicto social : El lugar de la Justicia*. En: Encrucijadas, no. 27. Universidad de Buenos Aires. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <<http://repositorioubasibsi.uba.ar>>

Derecho y conflicto social

El lugar de la Justicia

En este artículo, el autor discute algunos de los argumentos jurídicos más significativos con los que nos encontramos a la hora de pensar en el papel que juega o puede jugar el derecho frente al conflicto social.

Roberto Gargarella

Abogado y sociólogo, doctor en Derecho por la UBA y la Univ. de Chicago. Estudios postdoctorales en la Universidad de Oxford.

Derechos vs. “bien común”

Ante todo, merece enfatizarse la idea de que los derechos no deben ceder frente a generalizaciones o reclamos hechos en nombre del “bien común” o los “intereses generales” del país.

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. La premisa que se apresuran a invocar estos últimos, en su propuesta limitativa de los derechos, es aquella según la cual “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 esto, luego tiende a ocurrir que quienes están a cargo de pronunciarse sobre dichos límites –los jueces– terminan fijándolos de modo discrecional.

Los problemas de una postura como la anterior (que subordina los derechos a nociones generales) son numerosos. En primer lugar, dicha 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 alternativa es extraordinariamente problemática, ante todo, por la discrecionalidad que encierra. Pero lo sería aun si se precisara algo más el sentido de ideas tales como la de “bien común”. Frente al caso más habitual, la pregunta es ¿por qué un grupo de sujetos que no hemos escogido ni podemos remover por el voto debería tener la capacidad de decirnos cuáles son nuestros intereses fundamentales? Más aún, ¿por qué es que ellos deben arrogarse dicha facultad cuando,

en los hechos, ya hemos fijado cuáles son nuestros intereses fundamentales, al escribir una declaración de derechos? ¿Cuáles son, entonces, los intereses fundamentales “más fundamentales” de 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 resumidas bien por el jurista Ronald Dworkin cuando sostuvo que los derechos debían ser vistos como “cartas de triunfo” frente a dichas pretensiones generales [1].

Derechos vs. derechos

La situación anterior se complica, hasta tornarse 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 U.S. 254, 1964) cuando, confrontada 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 –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; etc., etc.

Notablemente, y sin embargo, nuestros jueces actúan frente a dichas situaciones de un modo extraordinariamente simplista –si no 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 judicial resulta todavía más grave. Y es que, puestos a “balancear” un derecho frente a otro, nuestros jueces 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 [2]. La solución 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. 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, dada su proximidad con el nervio democrático.

Democracia, debate público y dificultades expresivas

Las observaciones avanzadas en el párrafo anterior nos ayudan a pensar más directamente en una conexión crucial a la hora de pensar en cómo actuar frente a situaciones de conflicto social: me refiero a la conexión entre democracia y derecho. Al respecto, puede resultar conveniente comenzar reconociendo 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. 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 –por ejemplo, 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 los mismos amenaza con socavar las bases de la forma política con la que nos organizamos. 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 viciarse, y las decisiones que se adoptan pierden –cada vez más– imparcialidad y, por lo tanto, respetabilidad.

Enfrentados a casos de conflictos sociales graves, los jueces no pueden dejar de reconocer en sus decisiones el impacto de hechos como el citado (la existencia, en la práctica, de voces sistemáticamente silenciadas). Más bien, sus decisiones deben mostrarse plenamente informadas por situaciones como la descrita, 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.

La doctrina del “foro público”

Contemporáneamente, suele decirse 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 frecuencia de radio o televisión” [3]. 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 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 (por ejemplo, plazas que el Estado había abierto a las manifestaciones ciudadanas).

La pregunta que queda frente a nosotros es: ¿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 [4].

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); 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); sopesar debidamente las dificultades que enfrentan algunos grupos para expresar sus válidas quejas en público (y, consecuentemente, para encontrar adecuada satisfacción a las mismas); y, en parte a resultas 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.

Notas

[1] Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Cambridge University Press).

[2] En “Marina Schifrin”, de julio del 2002, la Cámara Nacional de Casación penal optó por la segunda alternativa, sosteniendo que era inexacto que hubiera un “enfrentamiento de derechos fundamentales”.

[3] “Columbia Broad. Syst. V. Democratic Nat’l Comm”, 412 US 94, 193 (1973), disidencia.

[4] Por ejemplo, “Grace v. United States”, 461 US 171, 195 (1983).