

DEMOCRACIA + GARANTÍAS

JUAN F. GONZÁLEZ BERTOMEU*

But then they took him to the jailhouse
Where they try to turn a man into a mouse.

–Bob Dylan, *Hurricane*.

1. INTRODUCCIÓN

Las protecciones constitucionales frente al poder punitivo estatal son necesarias.¹ Defenderlas puede ser impopular. También controversial: como sucede en otros temas, su contenido no siempre queda definido al detalle por la Constitución, y por ende los órganos democráticos podrían reivindicar para sí esta función. La Corte Suprema argentina ha adoptado en los últimos años una interpretación relativamente generosa de ellas. La cuestión central es si esto debe ser motivo directo de celebración, o es en cambio un buen resultado al que se llega de la peor manera.

En este ensayo me interesa analizar este punto: qué justificación debe adoptar el académico preocupado paralelamente por reforzar el proyecto democrático y por proteger los derechos de los más débiles (como en buena parte lo son quienes actúan como sujetos del aparato punitivo estatal). Quienes a nivel normativo –con algún nivel de refinamiento abstracto– sostenemos que los poderes políticos pueden ser respetuosos de los derechos podríamos tener algún resquemor

* Agradezco muy especialmente a Marcelo Alegre, Fernando Basch, Marcelo Ferrante, Roberto Gargarella, Margarita Maxit, Hiram Meléndez-Juarbe y María Paula Saffón por su lectura atenta de una versión anterior de este trabajo y por sus comentarios generosos.

¹ En este ensayo no me ocupo en ofrecer una conceptualización de estas protecciones, aunque más adelante brindo ejemplos de ellas. Me refiero, entre otras cuestiones, a las facultades de la policía en la detección e investigación de delitos; a las condiciones para arrestar personas y detenerlas durante el proceso; a las exigencias sobre obtención de pruebas y validez de la evidencia recogida irregularmente; al derecho a contar con una defensa jurídica eficaz, a apelar una sentencia de condena y a que el proceso no se alargue excesivamente; a que el estado de las cárceles y la situación de las personas privadas de libertad cumplan ciertos estándares, etc.

frente a la posibilidad de que pierdan el monopolio sobre decisiones importantes de planificación penal. Dejar esta definición en manos de unos pocos, sean estos pocos jueces o técnicos, puede tener un aroma elitista. Pero al mismo tiempo, si valoramos decisiones protectoras de los derechos como las sugeridas, podríamos encontrar muy problemático el hecho de que las elecciones de la mayoría del cuerpo político difieran –o puedan diferir– de ellas.

La discusión tiene relación con cuestiones normativas y empíricas pero adopta también un giro metodológico. ¿Cuáles son los peligros y cuáles las ventajas de confiar en la democracia a la hora de tomar decisiones en temas relativos a las garantías penales? Más puntualmente, ¿cómo se comienza a responder esta primera pregunta sin contar con una métrica para medir esos peligros, pero también para medir la operatividad práctica del concepto ‘democracia’? El ensayo, entonces, gira en torno a posibles relaciones y tensiones entre ‘garantismo’, populismo penal y democracia. En definitiva, es otra manifestación de la vieja discusión sobre constitucionalismo y control judicial. Pero lo es en un área especialmente sensible, y que plantea implicaciones y desafíos particulares para quienes pugnamos por la defensa de los derechos de los más débiles en sociedades que, pese a ser democráticas, presentan todavía grandes deficiencias.

Mi planteo podría suscitar una reacción automática: ¿Quién puede hoy cuestionar que los jueces tengan un lugar destacado resguardando las garantías penales? Después de todo, buena parte del pensamiento penal moderno (desde autores clásicos como Beccaria² hasta contemporáneos como L. Ferrajoli³) se ha preocupado por enfatizar la necesidad de proteger un núcleo de valores individuales frente a esfuerzos por endurecer el castigo. Y en muchos casos estos esfuerzos han provenido de los poderes políticos. Sucede, sin embargo, que esta respuesta no es obvia incluso para gente genuinamente preocupada por promover (cierta idea de) la igualdad. Esto es lo que

² Véase *De los Delitos y de las Penas*.

³ De este autor véase, por ejemplo, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Véase también *Garantismo, una discusión sobre derechos y democracia*.

me interesa: reflexionar si, al menos en países con características y padecimientos como los de nuestra región, podemos tenerlo todo: democracia + garantías. Y cuando los jueces avanzan, preguntarnos si la reacción apropiada debe ser un mero sentimiento de nostalgia o —en cambio— uno de reivindicación.

La crítica a una posición como la que defiendo puede adoptar al menos dos perspectivas, similares pero no idénticas. Las denominaré las perspectivas de la ‘apuesta democrática’ y de la ‘democracia genuina’. La primera se inspira en una de las posibles lecturas de teorías críticas del control judicial como la de Jeremy Waldron.⁴ Que esta lectura del trabajo de Waldron sea en sí correcta importa menos que su contenido: hay muchos otros autores que defienden argumentos similares. Como sabemos, Waldron ha enfatizado el hecho de que las comunidades políticas contemporáneas padecen desacuerdos radicales sobre cuestiones normativas.⁵ Pero hay dos posibles interpretaciones sobre las implicaciones de esta proposición. Según una de ellas (la canónica; la que él mismo pareció defender inicialmente), el hecho del pluralismo debería mantener a los jueces fuera de este espacio. No les pertenece. El desacuerdo debe ser zanjado por la propia comunidad votando; así se honran las diferencias. Cuando intervienen, los jueces típicamente reproducen ese desacuerdo puertas adentro de los tribunales. Para los fines de la discusión que me interesa, voy a descartar esta interpretación. Si bien no está obligada conceptualmente a aceptar la tesis del escepticismo valorativo, adopta un sesgo hostil frente a la idea de que existe un núcleo de valores a los que no queremos renunciar, una idea como la que defiendo en este ensayo y sobre la cual vuelvo hacia el final. Por más que podamos discrepar respecto del contenido preciso de estos valores, aceptamos que muchas interpretaciones posibles caerán fuera del ámbito de lo admisible.

⁴ Ver Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*.

⁵ *Id.*

La segunda lectura de la teoría de Waldron difiere de la anterior en un aspecto relevante.⁶ La cuestión no es ya tanto que el desacuerdo sea intratable, y que como tal deba ser zanjado votando. El desacuerdo sigue existiendo. Pero esta lectura insiste en que el sistema político está en tan buenas condiciones como –o incluso en mejores condiciones que– los jueces de honrar un compromiso con los derechos (incorporados por fuera del sistema legislativo), y de llegar a buenas respuestas sobre su contenido preciso. Esto es resultado de una combinación de herramientas para limitar el poder de las mayorías y además potenciar la deliberación. Pero también de la propia función legislativa; del tipo de argumentación al que los legisladores suelen acudir (una argumentación menos técnica que la de los jueces, lo que facilita atacar directamente el problema sustantivo en juego), y de la posición especial que ocupan frente al electorado. Cuando se saltea a los órganos políticos se ignora la voz de quienes cuentan con mayores credenciales democráticas, y con ello la de quienes cuentan con buenas posibilidades de llegar a soluciones aceptables.

Esta lectura (sobre la ‘apuesta democrática’) representa la primera posición hostil a la idea de que los jueces tengan un rol especial en temas penales. La segunda posición está representada en la región por el trabajo de Roberto Gargarella. En varios de sus escritos, Gargarella denuncia las carencias democráticas del derecho penal.⁷ Lo hace con una preocupación subyacente que comparto, sobre la necesidad de encontrar soluciones alternativas al castigo. Justamente, sugeriré que una posición semejante obliga a aceptar una conclusión distinta de la que sostiene el autor. Según Gargarella, la creación del derecho penal en nuestros países ha oscilado entre el péndulo del populismo y el del elitismo respetuoso de las garantías. De hecho, el autor niega una distinción tajante entre estos dos fenómenos. En ambos casos, el problema es que una élite política adopta decisiones de espaldas a la democracia. Cuando la élite está comprometida con la

⁶ Esta parece ser la posición que Waldron defiende en “The Core of the Case against Judicial Review”.

⁷ Véase, en particular, Roberto Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social* (Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes).

protección de las garantías individuales, la creación del derecho penal se deja en manos de “expertos gubernamentales y profesionales litigantes –el producto de ‘conocimiento experto e investigación empírica’”. Pero ni siquiera cuando el péndulo se inclina hacia el extremo opuesto se abandona el elitismo. Así, el populismo sería producto de una minoría selecta, políticamente conservadora, “que actúa o reclama actuar en el nombre de la mayoría”, una supuesta mayoría que es a la vez alentada por los medios de comunicación.⁸ Gargarella propone eludir la trampa del elitismo, abrazando una concepción deliberativa de la democracia (en lo que aquí identifico como una búsqueda de la ‘democracia genuina’):

[Las normas populistas] “[s]on creadas en ausencia de... una discusión colectiva equitativa; y emergen en un contexto caracterizado por la fragmentación social y la desigualdad económica, lo que implica normalmente un proceso de comunicación pública que resulta dependiente del dinero. [A]un si las encuestas de opinión fueran verdaderas, indicando una convergencia entre las políticas criminales ‘duras’ y la voluntad mayoritaria, todavía tendríamos frente a nosotros un largo camino por transitar antes de poder decir... que dichas normas son expresión de la voluntad democrática. Ellas lo son, en todo caso, tomando un sentido extraordinariamente pobre de dicha voluntad, en donde la misma se asimila a lo que... ciertas encuestas de opinión dicen que dice la ciudadanía. Debemos... resistir la invitación de honrar a cualquier norma con el adjetivo democrático; finalmente, resistir la invitación de asimilar democracia con el resultado ocasional de alguna encuesta u alguna otra muestra más o menos azarosa de opiniones.”⁹

⁸ *Id.*, páginas 56-57.

⁹ *Id.*, páginas 57-58.

En un texto cuyo blanco es justamente L. Ferrajoli, Gargarella repasa nociones similares a las apuntadas, y critica en particular a los jueces, en contra de la defensa que de ellos hace el italiano. Para Gargarella, el elitismo y los sesgos se extienden a ellos:

En primer lugar, podríamos decir que las pasiones, los intereses, los raptos de irracionalidad, no son patrimonio exclusivo de ningún grupo. Por caso, no hay razones para pensar que nuestro sistema judicial es más o menos invulnerable frente a sesgos de clase, género, religión o raza que queremos ver ajenos a la decisión de conflictos sobre derechos... Nuestros planteles judiciales se muestran claramente sesgados en tales términos, conforme a lo que nos dicen los pocos estudios sociológicos con los que contamos (la mayoría de los jueces son blancos, de clase media alta, católicos, conservadores, etc.), a la vez que parece haber una alta correlación entre dichos sesgos y los resultados de sus sentencias. La evidencia empírica sobre este último aspecto no resulta, por lo menos, desdeñable... Las cosas se complican aún más cuando reconocemos que... los jueces deben involucrarse en la interpretación de los derechos en juego, para definir sus contornos, alcances, contenidos. Y allí, esperablemente, sesgos como los señalados comienzan a operar, normalmente de modo indebido.¹⁰

En este ensayo sugeriré que tanto la versión de la ‘apuesta democrática’ como la de la ‘democracia genuina’ son erróneas. La primera, por los costos altos que podría obligar a aceptar en nombre de la democracia. La segunda, porque el concepto de democracia que supone la aleja de la posibilidad de examinar la realidad local, y con ello pierde capacidad operativa. Mi respuesta será finalmente que las protecciones penales –determinadas constitucionalmente— deben ser resguardadas por los jueces de manera firme. Y que cuando esto suceda deberíamos celebrar en lugar de –meramente— resignarnos. Esto no implica que debamos dar la espalda a

¹⁰ Roberto Gargarella, “Cuatro problemas en la teoría de Ferrajoli”, disponible en <http://seminariogargarella.blogspot.com/2009/11/criticando-ferrajoli.html>

esfuerzos por mejorar la democracia. Ambas cuestiones no son incompatibles. Mi conclusión sobre la intervención de los jueces variaría si –y cuando— los órganos políticos muestren un apoyo sostenido a las garantías.

Al ofrecer esa respuesta intento evitar el paso retórico de evocar escenarios brutalmente inhóspitos para el caso en que las protecciones quedan en manos de los órganos políticos. Por eso es que recurro a un caso real y no muy excepcional (alrededor de una movilización en Argentina exigiendo una reacción punitiva más intensa) que pone en evidencia algunos de los riesgos de una estrategia semejante, sin presentar a esos órganos en su peor luz posible. Y como diré, para defender a los jueces no es necesario hacer un panegírico de su trabajo. Comparto en buena medida el recelo de Gargarella: no son héroes y fallan en más de un sentido.

Pese a mi constante referencia a ellas, en este ensayo no voy a elaborar una defensa detallada de las garantías o protecciones penales.¹¹ Ellas no agotan todo el terreno del derecho penal. Hay muchas decisiones de política criminal que quedarán bajo el dominio de los órganos representativos (qué conductas penalizar, cómo estructurar en general el sistema de justicia criminal, etc.) en tanto no se relacionen directamente con esas protecciones. En todo caso, doy por sentado que las protecciones encontrarán un consenso entre los participantes del SELA, incluso cuando existan diferencias respecto de su contenido exacto (“El consentimiento prestado por el dueño de casa, ¿podría en algún caso excusar la falta de una orden judicial para allanarla?”; “El principio según el cual las pruebas obtenidas ilegalmente no pueden ser usadas contra el imputado, ¿es absoluto o reconoce alguna excepción?”...) Pero desde luego, también presupongo que, como pauta general, creemos necesario que sean los órganos con mayores credenciales democráticas los que definan las políticas públicas de una comunidad. Quien lea este ensayo le encontrará poco sentido si piensa que estoy equivocado en estas suposiciones más

¹¹ Pero ver nota 1.

bien generales (en lo que a él o ella respecta). Pero al menos en este ámbito no me interesa convencer a quien descrea de estas premisas.

En la próxima sección (2) expongo el caso argentino mencionado. Primero aludo a la movilización popular y a su suerte en el parlamento, y luego comento algo sobre la reacción de los tribunales. Cierro la sección con una alusión al proceso de reforma constitucional en Argentina. Tomando este caso como referencia, en la sección 3 articulo la discusión recién mencionada. Analizo qué significa en la práctica sostener que la democracia puede ser respetuosa de las protecciones penales, y pongo justamente de relieve los costos posibles de esta estrategia. La sección 4 ofrece una muy breve conclusión.

2. UN FENÓMENO, VARIAS CARAS

a) En la tarde del jueves 1 de abril de 2004, unas ciento cincuenta mil personas se reunían frente al Congreso argentino para reclamar por mayor seguridad. Lo hacían en repudio a una ola de secuestros, y a lo que percibían como un aumento de la comisión de delitos en contra de la propiedad y seguridad personal. Respondían a una convocatoria formulada por un espontáneo e improbable líder, erigido como representante informal de las víctimas: Juan Carlos Blumberg, el dolido padre de un joven asesinado como consecuencia de un secuestro. Al finalizar la marcha, Blumberg presentaba al Congreso un petitorio exigiendo, entre otras medidas, penas más duras para los delincuentes y límites a la posibilidad de excarcelación.¹²

Esta marcha sería seguida por otras cuatro entre 2004 y 2006, en una demostración de fuerza de un movimiento social incipiente y no del todo articulado, pero que tenía como objetivo central reclamar por un endurecimiento de la reacción punitiva del Estado. Las diatribas

¹² Diario Clarín, “Masiva marcha frente al Congreso para pedir seguridad”, edición electrónica del 1/4/2004, disponible en <http://www.clarin.com/diario/2004/04/01/um/m-734923.htm>. Diario La Nación, “Multitudinaria marcha contra la inseguridad”, edición electrónica del 1/4/2004, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=588493.

cotidianas de Blumberg contra los jueces incluían frases coloridas: “No queremos que vengan con una rebaja por buena conducta o por lo que sea. Tenemos jueces que están más a favor de los delincuentes, de los asesinos, que de nosotros, de la sociedad”.¹³ O más sintéticamente: “Parece que los derechos humanos son para los delincuentes y no para los ciudadanos como ustedes”.¹⁴ Los medios de comunicación se hacían eco del mensaje y lo amplificaban generosamente, convirtiéndolo por meses en un leitmotiv tan sonoro como monótono.

Seis años después (escribo el 1 abril de 2010) poco queda de este fenómeno social en cuanto tal. Su ocaso, en parte, fue precipitado por el propio Blumberg, un personaje que a fuerza de ocultamientos¹⁵ y posturas controversiales (mostrando empatía frente a un asesinato cometido por la policía del ‘gatillo fácil’;¹⁶ defendiendo el voto calificado¹⁷ y la pena de muerte;¹⁸ formulando declaraciones racistas¹⁹) terminó desinteresando a varios de quienes lo acompañaban.

¹³ Diario La Nación, *Id.*

¹⁴ Jorgelina Vidal y Pablo Abiad, “Otra vez fue masiva la marcha de Blumberg reclamando seguridad”, Diario Clarín, edición electrónica del 27/8/2004, disponible en <http://www.clarin.com/diario/2004/08/27/elpais/p-00302.htm>.

¹⁵ Blumberg se hacía llamar ‘ingeniero’ pese a no contar con el título profesional correspondiente. Así lo justificó: “Siempre me decían ‘ingeniero’, ‘ingeniero’, y uno se acostumbró”. Diario Clarín, “Siempre me decían ingeniero, ingeniero, y uno se acostumbró”, edición del 17/6/2007, disponible en <http://www.clarin.com/diario/2007/06/17/elpais/p-00301.htm>.

¹⁶ Blumberg defendió a la policía de Mendoza, responsable del asesinato de un joven en 1997: “El chico ese se drogaba, ese chico hizo una mala actuación al agredir a un policía”. Rafael Morán, “Polémica declaración de Blumberg sobre el crimen de Sebastián Bordón”, Diario Clarín, edición del 19/5/2004, disponible en <http://www.clarin.com/diario/2004/05/19/policiales/g-03801.htm>.

¹⁷ En una entrevista al Diario Clarín, Blumberg afirmó lo siguiente: “Una vez le decía a Axel que pienso que aquí debería haber un voto calificado. Que la gente debería votar según su grado de educación y ese voto vale dos o tres”.

Diario Clarín, “La gente ve que la política no funciona”, edición del 26/8/2004, disponible en <http://www.clarin.com/diario/2004/08/26/elpais/p-01101.htm>.

¹⁸ En una entrevista televisiva, opinó sobre la pena que sería necesaria para el delito de secuestro: “Alguien que mata a alguien tiene que ser muerto. A mí no me vengan con derechos humanos”. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=JJ17KI4IRbw>.

¹⁹ En otra entrevista, Blumberg se defendió de una pregunta que lo asociaba con posiciones racistas: “No, no, de ninguna manera. Yo no tengo ninguna discriminación. Yo inclusive le digo más, tengo amigos en Brasil, que son negros de piel, pero son de alma blanca, ¿me entiende?” *Ibíd.*

Esto no significa que no haya cumplido sus objetivos inmediatos. Pues este movimiento desde el inicio poco estructurado se evaporó (al menos por ahora) dejando detrás algo muy importante: un paquete de leyes sancionadas al calor de la supuesta demanda popular, todas ellas hoy vigentes.²⁰ Las leyes –conocidas como ‘leyes Bloomberg’– disponen “aumentos de penas para la portación y tenencia ilegal de armas, que pasaron a no ser excarcelables, [el registro de] teléfonos celulares, aumentos de penas para delitos como homicidio, secuestro y violación,... límites a la excarcelación y la sumatoria de penas por distintos delitos... elevada a un máximo de 50 años”.²¹

La respuesta del Congreso a la primera movilización fue automática: el mismo día de la marcha, la Cámara de Diputados convocó a una sesión especial para tratar una serie de proyectos aumentando penas. En el Congreso, Bloomberg encontró unos legisladores permeables a sus planteos, incluso aquellos de quienes se hubiese esperado una mayor oposición (como varios de los representantes de un gobierno que intentaba asociarse a posiciones progresistas).²² Una de las razones que podían explicar esta avanzada ante un Congreso relativamente inerte (además del aporte natural de algunos legisladores) era el temor de sus integrantes ante un fenómeno que parecía cobrar popularidad. Poco tiempo antes, a fines de 2001, se había desatado una muy fuerte crisis económica. La crisis tuvo un correlato político: se había desnudado la gran brecha existente entre representantes y representados, y con ello desatado la indignación ciudadana, en

²⁰ Ley 25.882 (agravamiento de pena del robo con violencia), publicada el 26/4/2004. Ley 25.886 (delitos con armas), publicada el 5/5/2004. Ley 25.892 (restricción de la libertad condicional), publicada el 26/5/2004. Ley 25.893 (agravamiento de los delitos contra la integridad sexual), publicada el 26/5/2004. Ley 25.928 (pena ante delitos independientes), publicada el 10/9/2004.

²¹ Adriana Meyer, “Para pasar más leyes de mano dura el ingeniero tiene menos espacios”, Página 12, edición del 3/9/2006, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-72449-2006-09-03.html>.

²² La ley 25.892 (restricción de la libertad condicional) recibió en el Senado 58 votos positivos (incluyendo el de la actual presidenta del país) y 1 negativo. En Diputados, 162 votos positivos, 38 negativos y 3 abstenciones (todas las votaciones son generales). La ley 25.886 (delitos con armas) recibió en el Senado 48 votos positivos y 4 negativos. En Diputados, 205 votos positivos, 3 negativos y 2 abstenciones. La ley 25.928 (pena ante delitos independientes) recibió en el Senado 53 votos positivos, 5 negativos y 1 abstención. En Diputados, 95 positivos, 18 negativos y 46 abstenciones. El oficialismo acompañó la aprobación de todas las leyes, y sólo algunos de sus legisladores votaron en contra.

demostraciones que en algunos casos habían exigido la renuncia de todos los funcionarios públicos.

Frente a este escenario, ningún legislador quería quedar afuera, incluso cuando sus plataformas electorales no incluyeran una postura semejante frente al delito. Esto tal vez explica la pobreza del debate legislativo. Las palabras de la diputada Rosario Romero, del partido gobernante, son elocuentes: “Lo teníamos (a Blumberg) todos los días en la comisión, y a María del Carmen (Falbo) y a mí nos dijo que éramos las abogadas de los delincuentes; así era muy difícil...”.²³ En el Senado, Diana Conti, una senadora oficialista, intentó denunciar el apoyo a las leyes: “Como no voy a ser funcional, porque ideológicamente estoy en desacuerdo con esa postura fascista que está sosteniendo este Congreso Nacional, no voy a acompañar ninguna mejora que se haga a la locura que avaló la Cámara de Diputados de la Nación. Y tengo la firme esperanza de que si el Presidente... toma debida cuenta de lo que está ocurriendo, aun pagando costos políticos, va a poner el coto de racionalidad necesaria y formará de inmediato una comisión para reformular el Código Penal y darle la racionalidad justas y las penas justas.”²⁴

El jefe del bloque de senadores del oficialismo, M. A. Pichetto, le respondió: “[M]e gustaría hablar con un lenguaje... más claro. No sé... si la sociedad nos está escuchando, pero si alguien lo está haciendo y no es conocedor del Derecho Penal, la idea es que pueda comprender... [que] [e]stamos tratando de evitar la impunidad en la Argentina,... [para que] ante hechos graves cometidos por delincuentes peligrosos... no se les permita acceder a la libertad con mucha rapidez... [Q]uiero decir que el Senado no tiene un pensamiento fascista.”²⁵ Si mano más dura era lo que se pedía, mano más dura se tendría. Las leyes ya se habían aprobado al sexto mes de la primera convocatoria.

²³ Según reportes periodísticos, Romero votó en contra, aunque su partido lo hizo a favor. Véase Adriana Meyer, nota 21. Véase también la nota anterior.

²⁴ Versión taquigráfica, sesión del 19/5/2004.

²⁵ *Id.*

b) Esta es una cara del fenómeno. Hay otra: la actuación de un sector de la justicia antes, durante y después de los embates. El poder judicial agrupa a un conjunto de órganos complejos y variados. Me ocupo principalmente de su cabeza, la Corte Suprema, y apenas apporto algún dato adicional sobre los jueces inferiores a ella. Descriptivamente, podía esperarse que esta –al menos supuesta– demanda popular por mayor dureza frente al delito hiciera mella en el trabajo de los jueces. Los jueces forman parte de la comunidad, y en mayor o menor medida pueden ser influidos por sus valores o reacciones (estén o no convencidos inicialmente de ellos).

En contramano con el fervor popular y su veloz recepción legislativa, varios jueces inferiores a la Corte sostuvieron que las normas eran inconstitucionales, aunque es cierto que no lo hicieron de inmediato.²⁶ ¿Y la Corte Suprema? La mejor (o única) manera de analizar su trabajo es tomar los casos en los que se ponían en juego las protecciones constitucionales frente al poder punitivo estatal (el tribunal no decidió directamente sobre las ‘leyes Blumberg’²⁷). La composición de la Corte, recordemos, había cambiado en 2003, con la llegada de Néstor Kirchner al poder. En parte para reforzar el respaldo social a un gobierno que había asumido con sólo el 22% de los votos, Kirchner ordenó iniciar juicio político contra varios de los jueces de la denominada ‘mayoría automática’ del ex presidente C. Menem. Al cabo de un año y medio, estos jueces, que habían respaldado varias medidas groseramente ilegales durante el gobierno de Menem, fueron removidos de su cargo o renunciaron ante una destitución inminente. En paralelo, Kirchner puso en marcha un mecanismo inédito, transparente y participativo, para mejorar la selección de jueces de la Corte. Condujo a la designación, entre 2003 y 2004, de cuatro nuevos jueces (dos mujeres, por primera vez en la historia democrática) mediante un proceso que todos vieron

²⁶ La Cámara del Crimen de Buenos Aires (en 2006) y el Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 (en 2009) invalidaron (disposiciones de) la ley 25.886, la más controversial de las leyes. Véase “Rechazo de la Justicia a una ‘ley Blumberg’”, Diario La Nación, edición del 6/8/2009, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1159093. Véase Adriana Meyer, nota 21.

²⁷ La Corte declinó intervenir en un caso en el que se discutía la aplicación de una de las leyes. CSJN, “Lemes”, sentencia del 29/09/2009. Tal como se afirma en el texto principal, la Corte tiene la capacidad de rechazar recursos sin justificarlo.

como un salto cualitativo respecto de experiencias anteriores. Para el descontento del gobierno, en algunos casos expresado de manera muy abierta, los jueces iban pronto a mostrar cierta independencia de él.

El período entre 1994 y 2007 es anterior y posterior a la ‘nueva’ Corte, pero también anterior y posterior al inicio del ‘fenómeno Blumberg’ (veremos luego que 1994 es un año relevante, ya que entonces se reformó la Constitución). Cuando un procesado o condenado entre estos años denunciaba una violación a una garantía constitucional, el 72% del tiempo la Corte lo acompañaba en su reclamo.²⁸ Luego del cambio en la Corte, y del ascenso de Blumberg, esta tendencia sólo se reforzaba: la proporción mencionada subía al 82%, en ningún año bajando del 75%.²⁹ Los números en sí no son categóricos; no sabemos, por ejemplo, cuál de estos planteos merecía mayor protección y cuál fue la respuesta de la Corte en esos casos. Y la base alta de las proporciones esconde cuestiones metodológicas: están calculadas sólo sobre casos seleccionados por la Corte (tiene la posibilidad de rechazarlos discrecionalmente) y muchos son similares o idénticos entre sí. Igualmente son muy relevantes. Por caso, sería curioso que, pese a contar con protecciones constitucionales fuertes, todos los reclamos en estos temas fueran rechazados por la Corte.

Este aspecto cuantitativo tiene un correlato cualitativo: durante este lapso, la Corte cambió una buena cantidad de criterios con el mismo fin de aumentar la protección frente al poder punitivo. Entre ellos, los relativos a las condiciones de detención y al estado de las cárceles (especialmente en un litigio colectivo –el caso Verbitsky– que involucraba a miles de detenidos sin condena en la provincia de Buenos Aires); al derecho a contar con una defensa legal gratuita y eficaz; a

²⁸ Elaboración propia, en base a 241 observaciones. La base incluye todas las decisiones publicadas por la propia Corte, así como por los buscadores comerciales *La Ley* y *Abeledo Perrot* (antes denominado *Jurisprudencia Argentina* y posteriormente *Lexis*) relacionadas con las garantías penales. Excluye las sentencias rechazadas discrecionalmente por la Corte (mediante el empleo del artículo 280 del C.P.C.C.) y las rechazadas por defectos técnicos.

²⁹ Elaboración propia, en base a 136 observaciones. Ver metodología en nota anterior.

contradecir las pruebas ofrecidas por el fiscal; a la imparcialidad, evitando que el juez que investigue sea el mismo que el que dicte sentencia; a que el proceso penal no tenga una duración excesiva, y que si la tiene deba darse por concluido; a la ilegalidad de las penas de reclusión indeterminada; a que el imputado no se perjudique por su propia apelación; a que no pueda existir condena sin acusación fiscal; y a que las pruebas obtenidas ilegalmente no puedan ser utilizadas en forma válida.³⁰

Algunos de estos estándares (que, al igual que las 'leyes Blumberg', son tanto procesales como sustantivos) podrían estar mejor definidos o ser incluso más robustos. La Corte, por ejemplo, flaqueó en un caso sobre encierro de jóvenes.³¹ Y no debería pensarse que la reacción de la Corte en el resto tuvo un carácter heroico. La imagen no es la de unos jueces hercúleos resistiendo los embates de una ciudadanía movilizada. La enorme mayoría de la gente probablemente ignorara que la Corte estaba adoptando estas decisiones en apariencia 'técnicas' e incrementales, con una repercusión mediática muchísimo más baja que el fenómeno apuntado en la sección anterior. Aun así, la tendencia es incontrovertible. Ella, en parte, se explica por la nueva composición de la Corte (uno de sus nuevos miembros, el juez Zaffaroni, es un influyente penalista que ha abogado por un derecho penal mínimo). Como esto es así, la tentación es pensar que las decisiones tenían el beneplácito del gobierno que había designado a los nuevos jueces. Según esta interpretación, la respuesta de la justicia tenía un significado doble: personificaba la voz de la Corte y con ella también la del gobierno; su posición filosófica, jurídica y política frente al problema del delito.

Si es que existía, esta relación era sumamente débil. La postura del gobierno era, cuanto menos, poco clara; podía ser tanto favorable como opuesta a la tendencia reseñada. Una gran mayoría

³⁰ El lector puede encontrar una reseña de estos avances en Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos 2005-2007* (Siglo XXI editores, 2009).

³¹ Véase, al respecto, Juan F. González Bertomeu, "El diálogo de la liberación. La Corte y el caso 'García Méndez'", en Leonardo Pitlevnik (ed.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Volumen 7 (Hammurabi, Buenos Aires, 2009).

de legisladores oficialistas había respaldado las ‘leyes Blumberg’. Y algunos de los indicios de la concepción de Néstor Kirchner sobre el delito no son auspiciosos: “La justicia no sólo se equivoca cuando deja en libertad a un criminal pobre sino también a delincuentes de familias bien que tuvieron condena y aun así los dejó en libertad”. Esta declaración no implica necesariamente que Kirchner, su gobierno o el de su sucesora (la ex senadora Cristina Fernández) estén en contra de las protecciones constitucionales. Tal vez incluso puedan neutralizarse con otras en sentido opuesto. La explicación más acertada probablemente sea que estas frases altisonantes son lanzadas de manera oportunista al calor de la lucha política, de acuerdo con los vaivenes en la percepción sobre la inseguridad (Kirchner podría haber tenido esta misma motivación al recibir varias veces a Blumberg). Pero el compromiso, si existe, no es claro.

El ‘fenómeno Blumberg’ ocurrió durante un gobierno que –cuanto menos– no estaba opuesto a la vigencia de protecciones como las mencionadas. Otros gobiernos en la historia reciente probablemente mostraran un compromiso igual o mayor. Y otros uno palpablemente menor. A comienzos de la década, por ejemplo, el entonces gobernador de la provincia de Buenos Aires, Carlos Ruckauf, prometía hospitalidad frente a futuros atropellos policiales, al afirmar que “hay que meter bala a los delincuentes”.³² La propuesta del actual gobernador Daniel Scioli, tal vez el principal aliado del gobierno nacional, no es muy distinta. Según Scioli, “[e]n estos momentos, ante un clamor popular de más firmeza, dureza, rigor y orden en este sentido, tenemos que hacer todo lo que está al alcance del Estado de Derecho...”. Y agregó: “Si la policía tiene que abatir a los delincuentes en un enfrentamiento, lo hará. Yo a mi policía la respaldo”.³³

³² Véase Diario La Nación, “Ruckauf: ‘Le dije a Scioli que se debe encarar una solución a la italiana contra el delito’”, edición del 17/11/2009, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1200964.

³³ Valeria Musse, “Inseguridad: Scioli pide leyes más duras”, edición del 3/11/2009, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1193766. El vínculo entre Scioli y Ruckauf no es lejano. Véase Diario La Nación, nota anterior.

Expresiones como las apuntadas se formulan en contextos de sobrepoblación carcelaria, especialmente en Buenos Aires, la provincia más grande del país, con una enorme mayoría de presos esperando sentencia en condiciones de hacinamiento (este contexto, de hecho, motivaría la intervención de la Corte en el caso sobre cárceles mencionado). Y se refieren a una policía notoriamente disfuncional, con decenas de casos de violencia y abusos en sus espaldas.

c. La Constitución argentina incluye tanto protecciones contra el poder punitivo como obligaciones positivas acerca del fin de la pena y el estado de las cárceles. El texto adoptado en 1853 ya lo hacía, pero ellas se reforzaron significativamente como consecuencia de la reforma constitucional de 1994. La reforma otorgó jerarquía constitucional a una serie de pactos internacionales (entre ellos, la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos) que protegen tales valores con vigor y especificidad.³⁴

Este cambio fue muy significativo. Por caso, al dictar sentencias en temas como los mencionados, la Corte suele invocar las protecciones constitucionales que se derivan de él. ¿Qué llevó al cambio? Con enorme frecuencia sucede que las reformas constitucionales son disparadas por las malas razones; por razones no neutrales. El proceso de 1994 no fue una excepción. La Constitución se reformó para hacer posible la reelección del entonces presidente Menem. Sin contar con la mayoría agravada que era necesario reunir para reformar la Constitución, el gobierno amenazaba con medidas desesperadas; entre ellas la de avanzar violando los requisitos contemplados. Supuestamente para evitar esta última posibilidad, la oposición del partido radical hizo posible el proceso, entregando sus votos a fuerza de arrancarle al gobierno concesiones apuntadas a alivianar el peso del poder ejecutivo en el sistema político.

³⁴ La mayoría de las garantías originales de la Constitución están incluidas en el artículo 18. Los tratados incluyen abundantes protecciones. Ellas, especialmente, están contempladas en los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ante la desconfianza de que el pacto se incumpliera, la ley que convocó a la reforma introdujo un núcleo de puntos que la convención sólo podía aprobar o rechazar en conjunto, pero nunca modificar.³⁵ En paralelo, habilitó la reforma o incorporación de otras cláusulas. Entre ellas, la de crear “institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales”. El debate constituyente no da muchas pistas sobre los motivos que llevaron a la incorporación de los tratados, y sobre qué criterio guió la selección de los que se jerarquizarían. La finalidad principal, probablemente, fue la de marcar un corte simbólico con un pasado violento y autoritario.³⁶ También se intentaba integrar al país en la comunidad jurídica internacional – regional y global– de los derechos humanos.³⁷ De lo que no existe evidencia en los debates constituyentes es qué tanto los convencionales habían podido anticipar las implicaciones concretas de esta incorporación; en particular, de la incorporación de garantías más generosas contra el poder punitivo estatal. La mayor parte del breve debate sobre el tema de los tratados se la llevó la discusión sobre la jerarquización en sí, el aborto, el derecho a réplica y (en lo que más cerca nos queda de nuestro tema) la prohibición de la pena de muerte.

El debate tiene dos referencias más o menos específicas. Una es un reporte del convencional J. P. Cafiero, quien afirmó que el derecho jerarquizado incluía “los recursos ante la... Justicia Penal; la libertad personal, la integridad de la persona... [y se extendía] a abolir para siempre la pena de muerte, al régimen de cárceles, a la indemnización por error judicial”.³⁸ La otra es una admonición de A. Albamonte, señalando que existía una contradicción entre la Convención Americana, que “establece la doble instancia para los procesos, mientras que el actual Código de

³⁵ Ley 24.309, Artículo 2.

³⁶ Véase el debate de la Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión 3º, Reuniones 22 y 23, del 2 y 3 de agosto de 1994 respectivamente, disponibles en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>. Sobre este tema, véase Leonardo Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo”, *Revista de Palermo*, Año 8, Número 1 (Septiembre de 2007), páginas 191-202. Véase también Carlos Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de “Simón” y “Mazzeo””, en la misma edición, páginas 203-213.

³⁷ *Id.*

³⁸ Debate de la Convención Nacional Constituyente, nota 36.

Procedimientos fija la instancia única”. Albamonte, un aliado del gobierno de Menem, prometía su apoyo sólo si se dejaban “claramente salvaguardadas las actuales garantías consignadas en las Declaraciones Derechos y Garantías que conforman la primera parte de esta Constitución.”³⁹ Es decir, si triunfaba la interpretación más restrictiva de la vieja Constitución. No hay mucho más que esto.

La reforma de 1994, entonces, reforzó las protecciones constitucionales, convirtiendo al texto en el más garantista que el país haya tenido desde su fundación.⁴⁰ Y lo hizo sin que la ciudadanía decidiera abiertamente sobre este tema, en el sentido básico de conocer de antemano qué era lo que iba a aprobarse o qué implicaciones (al menos generales) podría llegar a tener esta aprobación, si es que esto podía anticiparse. Esta propuesta específica no estaba clara al momento en que se eligieron los representantes a la convención reformadora, el 10 de abril de 1994, y probablemente no lo estuviera luego tampoco. La pregunta central es si esto es un gran problema, o qué tipo de problema es.

3. DEMOCRACIA Y GARANTÍAS: LO QUE ESTÁ EN JUEGO

Una ola de delitos despierta el temor de una porción de la ciudadanía. Los medios se solazan de la situación (el tema vende); se valen del temor y lo retroalimentan generando uno aun mayor. Parte de la clase política está convencida del reclamo. Parte de la que no lo está cede igualmente a él porque rinde políticamente y porque no quiere exponerse a represalias por no hacerlo.

El caso ofrece una oportunidad para reflexionar sobre temas relevantes para la teoría democrática y constitucional. La oportunidad es buena porque ilustra sobre un tipo de caso relativamente cotidiano en nuestras sociedades. La reseña anterior no es ilustración del ejemplo de laboratorio, sólo en algunos casos real, en el que una mayoría (en sentido fuerte: de la

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Véase nota 34.

ciudadanía y de su correlato en el parlamento) persigue incesantemente a una minoría, violando grotescamente sus derechos. Pese a su enorme dramatismo, casos de este último tipo no son tan interesantes teóricamente. Si la violación es demasiado seria, generalizada o estructural, la pregunta no es tanto qué hay que hacer (lo que se pueda para minimizar la violación cuanto antes; las dificultades que quedan son grandes pero se refieren a la implementación de los remedios, no a esa pregunta central) ni quién tiene que hacerlo (cualquier institución que pueda). La pregunta es por qué todavía no se lo hizo, aunque en casos semejantes probablemente no pueda esperarse mucho de las instituciones en su conjunto.

El que analizo es un caso más matizado y entiendo que por ello más relevante. Uno en el que una mayoría de la ciudadanía, acaso circunstancial, acaso no reflejada en la mayoría del parlamento, se moviliza en pos de medidas cuya validez constitucional es dudosa. Incluso el hecho de que la movilización sea exitosa no indica que las leyes no puedan ser derogadas por el propio parlamento una vez pasada la tormenta (aunque como dije, en Argentina todavía esto no sucedió) o que el escenario no pudiera ser peor. Pese al carácter muy cuestionable de la aprobación de las leyes mencionadas, ninguna de las reformas fue demasiado profunda. Al menos abiertamente, la movilización no pedía medidas extremas pero recurrentes como la pena de muerte (el margen para hacerlo era bajo, pues ya había quedado constitucionalmente prohibida) sino endurecer penas y limitar las salidas de la cárcel (algo probablemente prohibido pero sujeto a alguna interpretación). Hipotéticamente, alguien podría incluso leer el ‘fenómeno Blumberg’ de una manera alternativa: una que muestra a los legisladores rindiéndose a la presión por mayor persecución penal, pero también conteniendo y amortiguando el pulso de los reclamos.

Casos como éste (sin atropellos groseros, minorías incesantemente perseguidas ni instituciones tan deficientes que nada pueda esperarse de ellas) son buenos para repensar el rol de la política y la justicia en un área tan potencialmente sensible como la del derecho penal y la seguridad

ciudadana. Sin exagerar las debilidades de una institución ni las fortalezas de otra. La pregunta central, nuevamente, es si se justifica que los sistemas democráticos en la región, encarnados por las comunidades locales y sus instituciones representativas, definan los límites de la persecución penal y las protecciones de los ciudadanos con prevalencia sobre los jueces. Un elemento central en esta indagación es el riesgo que conlleva tal apuesta. Recordemos que seguimos presuponiendo que nos importa defender esas protecciones frente al Estado.

Pese a que existe una manera familiar de tomar el toro por las astas, negando que sea incompatible con la democracia permitir que los jueces tengan preeminencia sobre las instituciones políticas, prefiero no optar por este camino. La pregunta central no es semántica: lo que me interesa analizar es si una comunidad política está en buenas condiciones de decidir de manera definitiva *sin* la presencia de jueces que se puedan oponer. Pero por supuesto que así formulada la pregunta es vaga. Pues no es claro a qué le llamamos ‘sistema democrático’, o cómo identificamos las instancias concretas en las que éste se vuelve operativo. Este es un problema familiar para la teoría constitucional, y muy importante en nuestra exploración.

Mi respuesta a la pregunta va a ser negativa. Pero supongamos por ahora que fuera afirmativa. El sistema democrático, así, estaría perfectamente equipado para definir todo el contenido de la política criminal, incluyendo las protecciones de los presuntos autores de delitos frente al Estado. Desde luego, una posición semejante debería poder dar cuenta del mundo real; en nuestro caso, del ejemplo que guía la exposición en este ensayo. En la introducción esboqué dos posibilidades. Sugeriré que ambas son potencialmente problemáticas para nuestra discusión. Al analizarlas, no deberíamos olvidar que en parte son artificiales. Pues en los sistemas que conocemos, los jueces *ya desarrollan* la tarea de custodiar las protecciones constitucionales — aunque no lo hagan con firmeza—, y esta tarea puede ejercer influencia sobre los órganos democráticos, restringiendo su ámbito de acción. De todas formas es importante formular la pregunta.

El primer enfoque, el de la ‘apuesta democrática’ (según dije, una posible interpretación de la teoría de Waldron), comenzaría por reconocer que, en efecto, una movilización como la liderada por Blumberg es expresión del ejercicio democrático. Pero agregaría que los órganos políticos pueden ser buena garantía de los derechos. Si no son capaces de contrarrestar un reclamo por mano más firme frente al delito, al menos podrán debilitarlo. Antes dejé abierta la posibilidad de que la reacción del Congreso pudiera ser interpretada de este último modo (aunque las leyes aprobadas podían significar una limitación *real* de las garantías). Y aun cuando los órganos políticos no pudieran frenar el cambio en una oportunidad concreta, el futuro siempre brindará una nueva posibilidad de dejarlo sin efecto. Esta es una posición obviamente atendible. Pese a que en la región lidiamos con instituciones políticas que padecen deficiencias, ellas no son tan enormes como para impedir intentos de auto-reflexión y cambio semejantes.

Como explicaré, lo que hace problemática a tal posición es el costo que supone la transición entre ambos momentos; lo que está en juego en el intervalo. En este escenario, un autor como Waldron podría inclinarse por retirar la apuesta.⁴¹ Pero nada en mi crítica presupone que los órganos políticos hayan siempre de mostrar desapego por las protecciones penales. Mi enfoque intenta basarse en la realidad, pero la realidad podría cambiar. Nuestro compromiso con la democracia exige que hagamos todo lo que esté a nuestro alcance por mejorar el funcionamiento del sistema político. Como el daño que éste puede causar es alto, su margen de error (o nuestro margen de tolerancia) debe achicarse, y nuestros intentos por elevar la calidad de la discusión democrática deberán (al menos por ahora) convivir con el trabajo de los jueces. Pero mi enfoque es dinámico: cuando el sistema político muestre un aumento sostenido en su respeto por las garantías penales, la justicia tendrá menor margen para actuar, incluso cuando ese

⁴¹ En “The Core of the Case...”, Waldron sujeta su ataque al control judicial a la satisfacción de ciertas condiciones o suposiciones. Entre ellas, la de que el poder político opere de manera adecuada, y que la comunidad política esté comprometida en general con el respeto de los derechos. No es obvio que para Waldron estas condiciones se satisfagan en la región. Sobre la interpretación de estas condiciones (especialmente la primera), véase Juan González Bertomeu, “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, manuscrito no publicado.

respeto sea consecuencia de la propia actividad de los jueces (moldeando el debate público, condicionando opciones, ilustrando sobre la justificación de las garantías). El desafío existe en ambos lados de la discusión. El costado garantista del demócrata deberá mostrar por qué su defensa del rol de los jueces contribuye a mejorar el funcionamiento de los órganos políticos, o al menos no lo impide. Pero el costado demócrata del garantista deberá explicar por qué ante los riesgos mencionados no es necesaria una mirada externa, precisamente cuando no es obvio que ella vaya a impedir una mejora del sistema político.

El segundo enfoque, el de la ‘democracia genuina’ (un tipo de enfoque inspirado en la propuesta de Gargarella), es más complejo y problemático, y le dedico por eso más espacio. Implica negar que fenómenos como el liderado por Blumberg sean expresión auténtica de un ejercicio democrático. Intentos como estos, sugeriría un defensor de esta posición, son mero populismo. Son equivalentes a acercarle el micrófono a la víctima de un delito minutos después de haberlo sufrido; a permitir que salga a flote su instinto retribucionista. La verdadera democracia está en otra parte. La pregunta, claro, es dónde. ¿En las propias instituciones políticas? No si ello se refiere a las que *tenemos*. El fenómeno criticado es justamente producto de su funcionamiento. Y es un producto bastante ‘natural’. Es lo que sucede en forma recurrente, tanto en Argentina como en otros países de la región. Ni siquiera se necesitó una movilización popular para que Ruckauf, el ex gobernador de Buenos Aires, invitara a “meter bala a los delincuentes”.

¿Pero qué hay de las instituciones que *podríamos* tener? Sin duda, un sistema político más deliberativo o con mayores filtros a la voluntad mayoritaria podría mostrar respeto a las protecciones frente al poder punitivo. Haciendo a un lado posibles objeciones de adherir a una concepción semejante (por ejemplo, sobre la pérdida del potencial mayoritario del sistema político), esta estrategia debe enfrentar dos problemas. Uno es que nos aliena discursivamente. Nos priva de la posibilidad de referirnos a los sistemas que conocemos, aquellos en los que convivimos diariamente, como democráticos. El problema no es tanto que nuestra concepción

de la democracia sea demasiado exigente sino la consecuencia que esto tiene: que la concepción pierda operatividad práctica. Necesitamos un vocabulario para referirnos a las democracias que tenemos, tan imperfectas como lo sean.

El segundo problema se deriva del primero. Como sugerí al analizar el enfoque anterior, uno podría moderar sus demandas al sistema político, exigiendo no mucho más de lo que hoy tenemos (un poco más de discusión, argumentos de mayor calidad). Pero al no tener un concepto operativo evidente —o una forma de medir objetivamente cuándo la realidad se ajusta a ese concepto— siempre queda latente la tentación de calificar como ‘democráticas’ sólo a las soluciones que nos parecen aceptables. Esto puede conducir a resultados contra-intuitivos. Por ejemplo, insistir que el ‘fenómeno Bloomberg’ no fue democrático aunque sí lo sería una decisión futura de dejar sin efecto sus conquistas. Podemos estar de acuerdo en que las mejores decisiones suelen ser fruto de procesos más discursivos. Pero, por un lado, malas decisiones seguirán existiendo con independencia del nivel de discusión, si es que tenemos un criterio externo para evaluar la corrección de una decisión (más allá del propio procedimiento). Y el argumento sobre la falta de discusión podrá aplicarse tanto a las ‘leyes Bloomberg’ como a las que las reemplacen.

Mientras escribo este artículo varios sectores de la sociedad civil intentan incluir en el foro público un conjunto de propuestas sobre seguridad ciudadana y política criminal.⁴² Intentan llamar la atención sobre los patrones y causas estructurales de (buena parte del) delito, y exhortan a respetar un equilibrio entre la protección de la seguridad y el respeto de los derechos. Mi reacción instintiva es automática: tiendo a sostener que una discusión como esta sería genuinamente democrática. Pero debo refrenar este instinto, pues mi conclusión puede estar influida de maneras obvias: por mi adhesión previa a esas propuestas o por el lugar de donde

⁴² Diario Página 12, “Diez puntos de acuerdo por la seguridad democrática”, edición del 29/12/2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-137771-2009-12-29.html>.

proviene. El hecho en sí de que ellas generen una aprobación más o menos extendida no puede indicarnos mucho: las ‘leyes Blumberg’ también la habían recibido. Y su contenido aceptable o correcto no debería decir nada sobre sus credenciales democráticas.

El dilema de esta estrategia se vuelve claro. O reconocemos que incluso un sistema con mayores filtros a la voluntad popular o más comprometido con un ejercicio deliberativo puede adoptar decisiones erróneas (y que –debido a lo que está en juego— esto puede ser inaceptable), o adoptamos una definición circular de democracia, según la cual sólo es democrático aquello que nos gusta de acuerdo con una posición preconcebida. En tanto demócrata, uno puede tener mucha fe en que las instituciones políticas logren buenos resultados. Lo que no puede suceder es que *sólo* aceptemos como democráticos esos buenos resultados. O nos comprometemos con el proceso o con el producto de ese proceso. Y como en el tema penal lo que está en juego es muy valioso, esto último es lo necesario. Si el costo de alcanzar soluciones incorrectas es alto debemos buscar arreglos institucionales que minimicen el riesgo.

Existe un punto adicional. La exposición previa sobre la posibilidad de que los órganos políticos arrojen resultados correctos en política criminal –algo que puedo compartir– parece presuponer la existencia de una Constitución que brinda un marco relativamente claro sobre lo que está permitido. Como dije, en el caso argentino es evidente que la pena de muerte no lo está, y entonces los intentos por instaurarla tienden a sonar como murmullos de poca consecuencia sobre el trabajo cotidiano de esos órganos. Tal vez por esta razón es que antes sostuve que el ‘fenómeno Blumberg’ no la había reclamado abiertamente, incluso cuando algunos de sus miembros –y de manera prominente su líder– la apoyaban. Si estos reclamos son sólo un epifenómeno ello es en parte por el efecto gravitacional que ejerce el texto constitucional. Al calificar como ‘aceptable’ una propuesta de política criminal no perdemos de vista el nivel en que ella respeta ese marco constitucional. Y cuando una propuesta está palmariamente fuera de él, le restamos importancia (en la medida, claro, que sea políticamente inviable).

El partidario del enfoque de la ‘democracia genuina’ (tal como éste quedó expuesto) podría condicionar su posición a que ya exista una Constitución encargada de marcar límites y organizar el debate. Sin esos límites, podría afirmar, los órganos políticos serían menos respetuosos. El enfoque, desde luego, debería justificar por qué estos límites sí serían legítimos, y no los que imponen los jueces al interpretarlos. Pero más allá de esto, tal vez éste sea un escenario artificialmente favorable para el enfoque de la ‘democracia genuina’. Si verdaderamente confiamos en el poder de las instituciones políticas para adoptar decisiones en temas penales, quizás deberíamos animarnos, aunque sea como una herramienta analítica, a dar un paso adicional. Deberíamos pensar en la posibilidad de prescindir de ese marco constitucional por completo. Y aquí dejaría de operar la inercia o la gravedad constitucional. Sin esta referencia (una referencia que entre otras cosas es epistémica) las instituciones políticas tendrían libertad plena. Y esa libertad podría ser aplicada a usos distintos. Inicialmente, esto podría interpretarse de manera positiva. Pero si en general confiamos en que las garantías con las que contamos son indispensables (aun cuando podamos tener algún desacuerdo respecto de su contenido), ¿por qué nos arriesgaríamos a renunciar a esta conquista por apostar por una mayor libertad? Por supuesto que es posible que el sistema político igual nos lleve a ellas. Pero hay caminos más cortos y con riesgos mucho menores.

La posición sobre la ‘democracia genuina’ tiene una última variante, la menos aceptable de todas. Por supuesto —alguien podría afirmar— que el sistema político en su quehacer cotidiano puede producir resultados que estimamos peligrosos o incorrectos. Pero es un error apostar tanto por él. La democracia está, justamente, en la Constitución. No en una mayoría caprichosa o pasajera sino en el resultado de una reflexión honda y excepcional, en ese conjunto de aspiraciones morales, políticas y sociales de la voz sosegada del pueblo al que llamamos Constitución.

Emplear este argumento de tono hamiltoniano para justificar que la política criminal quede exclusivamente en manos democráticas –y no en la de los jueces— no puede llevarnos lejos. En primer lugar, aceptarlo hasta sus últimas consecuencias implica que alguien deba velar por que las instituciones políticas honren el acuerdo en su trabajo cotidiano (y ese alguien, si es que pensamos que las instituciones políticas vigentes pueden en efecto desconocerlo, debería ser exógeno a ellas). Pero el argumento tampoco funciona en Argentina como ilustración de las promesas de la política democrática en el tema. Como vimos, la reforma constitucional de 1994 adoptó una estrategia completamente transformadora (jerarquizar los tratados internacionales) sin que la ciudadanía conociera abiertamente de qué se trataba. Si criticamos la tarea de los jueces por elitista, ¿por qué no lo es el trabajo de unos representantes que operaban ante el desconocimiento relativo de la ciudadanía? Y si calificamos esta estrategia como democrática sólo porque los convencionales habían sido elegidos por el pueblo, ¿por qué entonces no calificar del mismo modo a las ‘leyes Blumberg’? Después de todo, por repudiables que nos parezcan, estas leyes fueron precedidas por una gran movilización social, mientras que ninguna movilización precedió a la reforma constitucional.

Simbólicamente, la reforma fue muy importante. Obtuvo finalmente el consenso de fuerzas políticas enfrentadas y logró trascender su fin más inmediato de extender la permanencia de un gobierno. Con todo, nuestra aprobación refleja en buena medida un juicio retrospectivo, a la luz de los efectos modestamente positivos que ella ha tenido. Y es producto de los resultados que consideramos más valiosos de la reforma, especialmente la propia incorporación de los tratados. Fuera de esto, sacralizar el momento constitucional como un gran logro democrático sin desnudarlo en sus componentes básicos (unas elecciones y una serie de discusiones) sólo puede tener un sentido retórico.

En suma, mi respuesta a la pregunta anterior, sobre si es bueno que las instituciones democráticas definan la política criminal prescindiendo de los jueces, es negativa o bien invita a

formular una nueva pregunta sobre cuáles son esas instituciones. Podría pensarse que esta posición implica renunciar a las promesas de la democracia y resignarse a la posibilidad de cambio por esa vía. Es justamente lo contrario. Paradójicamente, sostener que el sistema democrático (si por él entendemos a las instituciones de representación política) no podrá proteger siempre estos valores implica resguardar nuestro uso del concepto de democracia. Es afirmar que nuestros sistemas, pese a padecer innumerables problemas, siguen siendo democráticos. Y es reconocer que una democracia más robusta podrá minimizar aunque no eliminar los riesgos de que esos valores se vulneren. Mejor que condicionar nuestra definición de democracia en función de los ejemplos concretos con los que nos enfrentemos es reconocer que nuestras instituciones políticas son deficientes. Que la Constitución no es del todo mayoritaria, y que tampoco lo son los jueces. Y que pese a esto es mejor que —en conjunto; por ahora— los últimos intervengan teniendo una voz relevante en la definición del contorno de las protecciones constitucionales.

El hecho de que los órganos políticos puedan por momentos ceder a una demanda por castigos más duros —o que muestren su indolencia frente a violaciones de las garantías penales— no significa que los jueces siempre vayan a resistir o que tengan una visión protectora de esas garantías. Esto no desnaturaliza mi argumento. En efecto, los órganos políticos y los jueces pertenecen al mismo sistema institucional, y las diferencias entre ambos no pueden ser radicales. Con frecuencia, los jueces serán parte del problema. Pero cuando sean más restrictivos en la protección que el poder legislativo, éste podrá insistir con una propuesta más generosa. Solemos reconocer que los derechos más fuertes en contra del Estado se encuentran del lado de quienes son sometidos al aparato punitivo (los derechos de las víctimas de crímenes comunes, pese a su peso, no deberían derrotarlos). Por ende, la justicia no podría responder afirmando que el legislativo, al ser más generoso con estas protecciones, limita otros derechos igualmente fuertes. Podríamos pensar en un supuesto en el que los jueces mantuvieran

tercamente una posición más restrictiva que la de los órganos políticos, incluso cuando éstos insistieran enfáticamente en ampliar la protección. Esta no es la situación en Argentina. A pesar de que los jueces no han ofrecido una protección monolítica, la respuesta de los poderes políticos ha sido aun más deficiente (y como diré, su *falta* de respuesta es parte del problema). Pero en todo caso, en un supuesto semejante, los poderes políticos podrían hacer muchísimo por mejorar la protección de las personas sin pasar por los jueces: desde aumentar el presupuesto de la defensa pública a reformar la policía, las cárceles y los procedimientos con el fin de elevar los pobres estándares vigentes. Buena parte de las protecciones penales se refieren a hechos que no ocurren ante la mirada directa de los jueces, y en los que intervienen agencias cuyo presupuesto y gestión ellos no controlan.

¿Por qué es tan importante privilegiar estas protecciones aun a costa de los órganos con credenciales democráticas más directas? Las razones son múltiples y en su mayoría obvias. La mayoría de nosotros vivimos en países con un pasado autoritario, y éste se proyecta al presente: los abusos de las autoridades policiales y penitenciarias no son una excepción, como tampoco lo son los procedimientos fraguados en contra de personas inocentes. El maltrato no es sólo fruto de la acción represiva del Estado y sus agencias sino también de su inacción. De su indolencia, por ejemplo, frente a la sobrepoblación y el hacinamiento carcelario, en casos en que las instituciones no cumplen con estándares mínimos ya no de legalidad sino de decencia.

Quienes caen en la red punitiva del estado son, en su mayoría, quienes peor están socio-económicamente. Y esta debilidad en el plano económico se traduce en (y al mismo tiempo es resultado de la) debilidad en el plano político. Los condenados generalmente no votan. Hasta hace muy poco, en Argentina ni siquiera lo hacían los procesados sin condena; si ahora votan es sólo como resultado de la intervención de la justicia.⁴³ No pueden contar con la arena política para vocear sus padecimientos: tienen derechos reducidos a la participación y su posición no es

⁴³ CSJN, “Mignone”, sentencia del 9/4/2002.

popular. Aunque la impopularidad de una medida no puede ser en general un parámetro válido para que se la defienda por fuera de la política (para que se le dé un crédito que no ganaría en esta arena), sí lo es cuando se relaciona con valores fundamentales como los que describo.

Las personas que entran al sistema de justicia criminal enfrentan un riesgo alto de quedar atrapadas en él. No sólo porque su situación las hace más vulnerables frente a la posibilidad de reiterar una conducta delictiva, sino también porque las agencias de persecución penal –al tenerlas ya registradas– las mantienen más fácilmente bajo su radar. Y aunque el cálculo costo-beneficio sea implausible cuando están en juego derechos fundamentales, tampoco está demostrado que la restricción de garantías y el aumento de la reacción punitiva logren reforzar la seguridad ciudadana. No es excepcional que las principales redes delictivas cuenten con protección policial, y que por eso eludan al sistema criminal, y hay delitos para los cuales la prevención simplemente no es eficaz. Lo que estas políticas sí logran con seguridad es poblar las cárceles, generalmente con personas provenientes de las capas subalternas de la sociedad. El encierro sólo refuerza su precariedad. Y como el trámite de una causa suele extenderse por años, sean culpables o inocentes deberán aguardar por la respuesta de la justicia aislados de la sociedad y expuestos a sufrir todo tipo de abusos. El proceso mismo es la condena.

Pero, ¿no es extraño que temamos que los órganos políticos pronuncien la última palabra sobre estas cuestiones, cuando les delegamos la adopción de decisiones con enormes consecuencias para nuestras vidas, como aspectos centrales de la política económica? Hay varias maneras de responder esta pregunta, pero me concentro en una. Mientras nos resistimos a la idea de que los intereses custodiados por los derechos puedan ser enteramente negociados (sacrificados para el logro de ciertos fines), el terreno de la política es por definición el de la agregación de intereses. La distinción entre el carácter de los principios o derechos y el de las decisiones políticas no es

tajante.⁴⁴ Pero solemos exigir del Estado que, al adoptar decisiones económicas, promueva los intereses del mayor número. Y negamos que éste sea su rol cuando están en juego las garantías penales. Justamente, una conquista histórica ha sido evitar que el sometimiento potencial de un individuo al derecho penal dependa de ejercicios agregativos semejantes.

Es cierto que como consecuencia de una (mala) política, el Estado podría violar derechos. Podría, por ejemplo, desconocer palmariamente el derecho de propiedad. Como este derecho tiene un componente más instrumental que intrínseco, no cualquier restricción a la propiedad será inválida, pero esto no implica que cualquiera sea válida. O una política económica podría cercenar gravemente derechos sociales, agravando los padecimientos de grupos ya vulnerables. Pero en todos estos casos *también* solemos invocar la protección de órganos no políticos.

Por otro lado, no deberíamos perder de vista el tipo de daño que la vulneración de las protecciones penales puede causar. La pretensión punitiva del Estado no sólo amenaza la libertad personal. También pone en juego la dignidad, integridad, igualdad e inviolabilidad de los seres humanos, especialmente en contextos como los apuntados, en los que las agencias estatales son tan deficientes. Solemos asignar a estos valores una importancia mayor de la que asignamos a los intereses económicos o al derecho de propiedad. Cuando el Estado los vulnera, causa un daño que por definición es directo: sacrifica un derecho para promover intereses generales o menos relevantes. Este daño no es sólo material. Tiene además un fuerte contenido simbólico. Muestra a un Estado dispuesto a dar la espalda a estándares básicos sobre el trato que merecen las personas que en él conviven. Quienes se benefician más directamente de la protección de estos estándares pueden haber violado derechos o bienes de inestimable importancia. Pero esto no los hace menos merecedores de la protección. Al contrario: ellos son

⁴⁴ Para una distinción más marcada entre políticas y derechos, véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*.

particularmente vulnerables desde el momento en que quedan sometidos al brazo punitivo de la comunidad política.

Las personas que sufren privaciones socioeconómicas agudas pueden sentir un menosprecio similar. Como dije, varias de estas privaciones podrían representar una violación de derechos sociales, y ser remediabiles en los tribunales. Sabemos que en materia de derechos sociales suelen ensayarse argumentos –no necesariamente concluyentes o correctos– para exigir que la decisión no se sustraiga por completo del ámbito de la política (la progresividad, la escasez presupuestaria, la necesidad de una perspectiva sistémica a la hora de delinear políticas públicas). Algunas deficiencias en temas penales tienen una matriz estructural e incluyen violaciones a derechos sociales. Típicamente, esto es lo que sucede con la situación de las cárceles y los derechos de las personas privadas de su libertad. En situaciones semejantes, la justicia podría marcar un camino por el que la política deba transitar, sin cerrar completamente el abanico de opciones de los órganos representativos. Pero en muchos otros casos el valor en juego tiene un carácter menos gradual (el domicilio es o no inviolable bajo ciertos supuestos; el juez puede o no condenar sin acusación fiscal; la policía puede o no extraer una confesión), y esos argumentos no podrán emplearse con la misma fuerza.

Tanto la protección contra el delito como el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas son compromisos de relevancia significativa para una comunidad política. Sin embargo, por relevantes que estos compromisos sean, no pueden honrarse al precio de desconocer derechos fundamentales, especialmente si se refieren a personas que ya son vulnerables, y si el aparato represivo padece deficiencias graves como las apuntadas. El argumento democrático no puede exigirnos indulgencia frente a esta situación. No llega tan lejos.

4. CONCLUSIÓN

En este ensayo intenté argumentar que el proceso político no puede tener la última palabra en la definición de las protecciones penales. No porque la política no pueda resguardarlas en ciertas instancias, sino porque con frecuencia no lo hace, y porque el costo en la transición entre un momento y otro (entre que implementa una política restrictiva y la deja de lado) es muy alto, al menos por ahora. Debemos buscar en otra parte, y los jueces están naturalmente bien situados para hacerlo. Desde luego, los jueces también podrían errar al ofrecer una interpretación demasiado restrictiva. Pero en un caso semejante, el parlamento que no comparta ese criterio podrá ampliarlo sin mayores obstáculos, dejando a los jueces con menores argumentos para oponerse. E incluso cuando los jueces mantuvieran su obstinación (por ser proclives a las presiones de ciertos sectores o debido a su ideología), el poder político seguiría teniendo en sus manos la posibilidad de mejorar considerablemente las protecciones. Cuando no podemos tener todo debemos elegir. La democracia nos importa y mucho, pero también los derechos. Y si no tenemos garantías de que la política será respetuosa, debemos ser respetuosos con las garantías.