Un diálogo sobre la ley y la protesta social*

Roberto Gargarella**

Durante los últimos años he estado dirigiendo una investigación sobre protestas sociales y la ley, tomando ejemplos de la Argentina, mi país natal. Utilizando alguna información que he recolectado, particularmente opiniones jurídicas sobre el tema, en este trabajo intentaré reflexionar sobre cómo la ley debería reaccionar frente a la violación de derechos fundamentales y las graves tensiones sociales. Según espero, estos comentarios serán, al menos en principio, también aplicables a otros contextos. El objetivo de estos comentarios es el de contribuir a la discusión sobre la ley y las protestas sociales, que por alguna razón ha demostrado ser muy difícil. De hecho, tanto en Europa como en América los jueces han tenido enormes problemas para abordar adecuadamente este tema, y así asegurar la paz y la justicia social. La discusión debería ser también relevante para aquellos interesados en el estudio de teorías de la democracia (y, debería agregar, particularmente para aquellos interesados en teorías deliberativas de la democracia). Como se verá, más tarde o más temprano, más o menos explícitamente, los jueces tienden a sentirse obligados a entrar en discusiones sobre teorías de la democracia cuando piensan acerca del lugar y el rol de las protestas en las sociedades contemporáneas.

La mayoría de los casos y de las decisiones judiciales que utilizaré para ilustrar mis comentarios provienen, principalmente, de Argentina entre

* [Traducción de Carolina Paolasso, controlada por el autor]. La publicación del presente artículo fue posible gracias a la gestión del licenciado Heber Joel Campos Bernal.

** Profesor de Teoría Constitucional en la Universidad Torcuato Di Tella. Publica regularmente en <http://seminariogargarella.blogspot.com/>.

2001 y 2004 —un período único en términos de inquietud social—, aunque se harán comparaciones con decisiones adoptadas por los tribunales de otros países (poniendo especial atención en las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Europea de Derechos Humanos). Más específicamente, centraré la atención en lo que se ha convertido en la principal expresión de las protestas sociales en Argentina: la práctica sistemática de grupos «piqueteros», orientada a bloquear carreteras nacionales. A continuación, las referencias a «manifestantes sociales» serán vinculadas a ese tipo de prácticas, que han sido llevadas a cabo por los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

Como comentario general, anticiparé que en América Latina, y en Argentina en particular, la ley no ha sido particularmente sensible hacia los intereses de la mayoría de los grupos desfavorecidos que forman parte de este tipo de confrontaciones. El caso argentino es claramente ilustrativo en este sentido. En la Argentina, durante muchos años el gobierno ha fracasado en asegurar los derechos sociales básicos que la Constitución obliga proporcionar a todos. Al mismo tiempo, el Poder Judicial no ha sabido o querido forzar al gobierno para que cumpla con sus obligaciones constitucionales. Lo que es aún más importante para los propósitos de este análisis, el Poder Judicial actuó en contra de los manifestantes involucrados en acciones directas (típicamente, piqueteros bloqueando rutas nacionales), asumiendo que estas eran simplemente acciones criminales que ellos, como jueces, estaban obligados a suprimir. Aunque en esta área la doctrina judicial todavía está en un proceso de desarrollo, y aunque hay señales de que las tendencias predominantes podrían sufrir cambios en un futuro cercano, el hecho es que después de casi dos décadas de decisiones judiciales, los principales rasgos de la jurisprudencia vigente con respecto a los manifestantes parecen claros.

A continuación, presentaré diferentes argumentos y contraargumentos que han sido (o podrían ser) utilizados en esta discusión. Estos argumentos serán presentados en forma de un diálogo entre dos partes, una favorable hacia los intereses de los manifestantes (P), y otra hostil hacia aquellos intereses, y más inclinada hacia la idea de orden (O).

O: La respuesta es simple: usted ha violado la ley

La idea según la cual los manifestantes están simplemente violando la ley ha sido probablemente la respuesta más común a la pregunta en cuestión. Tanto abogados como jueces han estado utilizando esta respuesta como un argumento definitivo en esta discusión. Ellos citan el Código Penal Argentino (CP), que refiere a diferentes situaciones relacionadas con las que aquí nos interesan (en general, el bloqueo de carreteras y la confrontación contra las autoridades públicas). De modo habitual, las autoridades judiciales han utilizado los artículos 237 y 238 del CP que castigan la resistencia a las autoridades públicas, el artículo 168 sobre extorsiones contra las autoridades públicas, el artículo 211 que penaliza la intimidación pública, el artículo 212 que refiere a la incitación a la violencia, el artículo 213 bis que trata sobre asociaciones ilícitas, o el artículo 168 que hace referencia a los casos de usurpación. Más frecuentemente han hecho referencia al artículo 194 del CP, que establece las penas para aquellos que «impiden o perturban» el normal y eficiente funcionamiento de los transportes y servicios públicos. Solo para brindar un ejemplo típico y significativo de este tipo de razonamiento, en el caso *Alais* el más alto tribunal en materia penal del país —la Cámara Nacional de Casación Penal— sostuvo que «las acciones atribuidas a los delincuentes están, en principio, claramente relacionadas con aquellas descritas en el artíc. 194 del CP». Como una consecuencia de este argumento, la Corte invalidó una decisión judicial anterior, que había sido en principio favorable a los intereses del acusado[1]. En Estados Unidos, las cortes han tendido también a mantener normas diseñadas para facilitar «el flujo del tráfico»[2]. Las decisiones de las cortes en Estados Unidos han sido más rigurosas cuando los manifestantes no tenían permiso para realizar sus manifestaciones[3],

---

1 Alais, Julio Alberto y otros s/ recurso de casación, causa Nº 4859/04. Decisión del 23 de abril de 2004, Cámara Nacional de Casación Penal.

2 *Cox vs. Louisiana,* 379 U.S. 536. La posición de la Corte ha variado de acuerdo al contexto y las diferentes características de los distintos casos bajo análisis. Sus decisiones variaron, por ejemplo, según la hora del día en que se realizó la manifestación, el lugar donde se llevó a cabo, el número de participantes, los requisitos de seguridad, la posibilidad de llevar a cabo las manifestaciones en otros lugares, etcétera. A continuación se explorarán algunas de estas variaciones con más detalle.

3 Ver, por ejemplo, *People vs. Knight* 35 Misc. 2d 216, 228 N.Y.S. ad 981 (Magis. Ct. 1962); *Farmer vs. Moses* 232 F. Supp. 154 (S.D.N.Y.). La cuestión de si las

y cuando ellos habían interferido innecesariamente con el tránsito en las calles[4].

P: Pero, ¿qué sucede con los otros derechos (constitucionales) en juego?

Este primer reclamo fue respondido principalmente por expertos en derecho penal y constitucional. Los primeros han sostenido que el mismo derecho penal utilizado para penalizar a los manifestantes ofrecía otras posibilidades que podrían ser utilizadas en favor de aquellos[5]. Por ejemplo, existen tradicionales defensas como la *doctrina del estado de necesidad* o la *doctrina de la legítima defensa* que han sido utilizadas para justificar, al menos parcialmente, la causa de los manifestantes y la legitimidad de sus acciones. Otros autores han hecho referencia a los puntos de vista de Hans Wenzel (para quien ciertas conductas no deberían ser penalizadas cuando las mismas no afectan sustancialmente las relaciones sociales aun si estas afectan ciertos intereses individuales) y la teoría de riesgos de Claus Roxin (de acuerdo a la cual no todas las conductas perjudiciales deben ser castigadas, sino solo aquellas que traspasan lo que ha sido históricamente aceptado como un riesgo socialmente aceptable) con el propósito de despenalizar las

manifestaciones habían obtenido o no un permiso ha generado también mucha discusión. En general, las cortes han declarado estos requisitos admisibles (por ejemplo, *Cox vs. New Hampshire* (312 U.S. 569, 1941), aunque este no ha sido siempre el caso (*Freedman vs. Maryland* 380 U.S. 51, 1965). También fueron frecuentes las preguntas sobre si estos permisos constituían inadmisibles «restricciones previas» a la expresión. Se podría pensar que requisitos muy exigentes en este sentido podrían causar la «muerte a partir de mil cortes» (*death by a thousand cuts)* para el derecho de protesta de los piqueteros. En Europa, la Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado legales las autorizaciones previas; por ejemplo en *Rassemblement Jurassien Unité Jurassienne vs. Switzerland,* Aplicación N° 8191/78, 17 DR 93 (1979), donde la Corte sostuvo que la supeditación de reuniones masivas «a un proceso de autorización no limita normalmente la esencia del derecho». Ver también Dutertre, G. *Key Case-Law Extracts. European Court of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2003, p. 336.

4 *Cameron vs. Johnson*, 390 U.S. 611 (1968).

5 Zaffaroni, E. «El derecho penal y la criminalización de la protesta social». *Jurisprudencia Argentina* IV, 2002, p. 385. La Corte de Estados Unidos utilizó algunos de estos argumentos en el histórico caso *Thornhill vs. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940). Ver, por ejemplo, Scott. M. «Picketing under the First Amendment». *The Hastings Law Journal*, 26, 1974. En un caso decidido unos días después del caso *Cameron*, y adoptando la opinión de la Corte, el juez Marshall declaró que, aun cuando los piquetes son preocupantes, «el acceso a las calles, veredas, parques y otros espacios públicos similares» no podía «ser negado amplia ni absolutamente», dada la importancia de esos espacios para el ejercicio de los derechos reconocidos en la Primera Enmienda (*Amalgamated Food Employees Local 590 vs. Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308, 1968, at 315).

protestas sociales[6]. Las respuestas más importantes, sin embargo, y en mi opinión, provienen de la Constitución. Los constitucionalistas objetan la idea de observar estos conflictos sociales solo desde la perspectiva de la legislación penal. Ocurre que la legislación penal se encuentra principalmente interesada en definir el nivel y la distribución adecuados de los castigos dentro de la sociedad, mientras que estos casos requieren prestar atención a otras cuestiones relacionadas con la justa distribución de los recursos y los derechos (constitucionales) básicos en juego. Sin dudas, existen muchas normas constitucionales que parecen ser relevantes para esta discusión. Así, y entre otros ejemplos, uno podría referirse al derecho que poseen las personas a la libre expresión, al derecho de reunión, al derecho de peticionar ante las autoridades (artículo 14 de la Constitución Nacional [CN]), o a sus amplios derechos sociales (artículo 14 bis de la CN)[7]. El énfasis en este punto parece ser importante y ha tenido gran significación en la práctica. Primero, porque demostró que el acusado también podía entrar en la discusión de los derechos: de hecho, muchos de sus derechos más importantes parecen estar siendo violados cotidianamente por los actos y omisiones del Estado. Además, el punto es también importante porque los derechos aquí mencionados tienen rango constitucional, lo que significa que la discu-

6 Soberano, M. «La protesta social: delito, derecho o deber», mimeo, 2005.

7 Artículo 14: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar, y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender». Artículo 14 bis: «[…] (1) el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. (2) Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. (3) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con la participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna».

sión podría simplemente no terminar —como muchos esperaban— con algunas referencias al Código Penal u otras normas «inferiores». De hecho, podría decirse, la discusión debería solamente comenzar allí. Así, la propia validez del Código Penal u otras normas similares debe ser (como lo ha sido) puesta en cuestión.

Una historia similar se puede contar, en principio, sobre el caso de los Estados Unidos, donde la actividad de los manifestantes fue rápidamente leída en clave de libertad de expresión, lo que aseguró una fuerte protección a dicha actividad. El proceso comenzó con la opinión del juez Brandeis en el caso *Stenn vs. Tile Layers Protective Union*[8], quien afirmó: «los miembros de un sindicato pueden, sin una autorización especial del Estado, hacer públicos los hechos de una disputa laboral, puesto que la libertad de expresión está garantizada por la Constitución Nacional»[9]. Este dictamen se volvió clave para los argumentos presentados por la Corte en *Thornhill vs. Alabama*[10], donde la organización de piquetes fue concebida como un medio para «informar al público sobre la naturaleza y las causas de la disputa laboral».

O: Nos enfrentamos aquí a un «conflicto de derechos», y usted está actuando como si sus derechos fueran absolutos

Opiniones como las anteriores demostraron ser bastante persuasivas, y los investigadores y funcionarios públicos llegaron a admitir que, al menos en muchos casos, era cierto que los manifestantes también padecían situaciones de violación de sus derechos, que debían ser tomadas en cuenta en cualquier decisión judicial sobre las protestas. Inmediatamente, sin embargo, agregaban que este hecho indeseable no implicaba reconocer que los manifestantes tenían razones para comportarse de la manera en que lo hacían. De hecho, los derechos estaban en ambos lados de la discusión, lo que implicaba que se estaba frente a una situación de «conflicto de derechos». En efecto, si los manifestantes tenían derecho a criticar al gobierno, el resto de la sociedad no solo tenía derecho al libre tránsito que los manifestantes interrumpían, sino también a otros derechos fundamentales (como el derecho a ir a trabajar o

8 301 U.S. 468.
9 Ib., en 478.
10 Cox, A. «Strikes, picketing and the Constitution». *Vanderbilt Law Review*, vol. 4, 1951, p. 592.

a un hospital) que los manifestantes afectaban como consecuencia de los medios que escogían para expresar sus opiniones. De este modo, los jueces comenzaron a afirmar (y esta también se convirtió en una idea común en la mayoría de las decisiones judiciales al respecto) que los manifestantes no podían defender sus derechos violando los derechos de las demás personas[11]. Y sostuvieron, una vez más, que los derechos de los manifestantes «terminan donde empiezan los derechos de las demás personas».

En los Estados Unidos esta posición fue expresada por la Suprema Corte en el caso *Cox vs. Louisiana*. En este caso, la Corte tuvo que examinar la constitucionalidad de una ordenanza que requería un permiso para cualquier «desfile o procesión sobre cualquier calle o vía pública». En su decisión, la Corte sostuvo, en primer lugar, la idea según la cual las libertades civiles «garantizadas por la Constitución implican la existencia de una sociedad organizada que mantiene el orden público sin que la libertad

[11] Esta respuesta es más interesante que las ofrecidas por los tribunales en ciertas ocasiones, de acuerdo con las cuales los derechos individuales algunas veces deberían ser sacrificados en nombre del interés general. La idea de que los derechos constitucionales podrían ser limitados por el «interés nacional», el «bien común» o el «bienestar general» aparece, por ejemplo, en *Retail, Wholesale and Department Store Union vs. Dolphin Delivery* (2 SCR 573, 1986), una decisión adoptada por la Corte Suprema de Canadá en la cual el juez McIntyre reconoció que «en cualquier forma de piquete está involucrado algún elemento de expresión» (Ib.: 591). Sin embargo, el juez luego afirmó que el costo social de los piquetes de trabajadores «es enorme, se pierden horas de trabajo y salarios, se interrumpen la producción y los servicios y se acrecientan las tensiones generales dentro de la comunidad» (Ib.: 591); y mantuvo, en su conclusión, que los piquetes no deberían ser permitidos si dañan a terceros (Moon, R. «The Supreme Court of Canada on the Structure of Freedom of Expression Adjudication». *The University of Toronto Law Journal,* vol. 45, Nº 4, 1995). La eliminación de derechos en nombre de (alguna forma de) el «interés nacional» también ha sido común en Argentina. Por ejemplo, en el célebre (e infame) caso *C.H.A.* (CSJN, 22 de noviembre de 1991), que involucraba los derechos de la comunidad homosexual, el juez de la Corte Suprema Boggiano (removido mediante juicio político en 2005), afirmó que los derechos de asociación de los homosexuales podrían ser restringidos porque, según su parecer, todas las asociaciones legales debían servir al «bien común», lo cual —asumía— no era el caso en esta oportunidad. Para él, la protección constitucional de [derechos fundamentales] encuentra sus límites en la necesidad y el deber de proteger la moralidad pública inherente al «bien común». La utilización de estos criterios ha sido frecuentemente respondida recurriendo a las reflexiones de Dworkin sobre la naturaleza de los derechos y su carácter inviolable. Este fue, por ejemplo, el argumento utilizado por el juez Petracchi en el caso *C.H.A.*, donde —citando a Ronald Dworkin— objetó la utilización de ideas como la del «interés nacional» como medio para la eliminación de derechos. Para él, conceptos como «interés nacional» o «bien común» eran términos muy abarcadores (y difusos), que los gobiernos autoritarios habían utilizado históricamente como excusa para limitar los derechos individuales.

misma se pierda en los excesos de un abuso descontrolado»[12]. De este modo, la Corte hizo referencia a la necesidad de acomodar los diferentes derechos en juego, preservando «la seguridad y facilidad de las personas para la utilización de las carreteras públicas» pero sin negar totalmente «el derecho de reunión y la oportunidad para la comunicación de pensamientos y la discusión de cuestiones públicas relacionadas con la utilización de espacios públicos»[13].

En Argentina, en una de las primeras decisiones judiciales sobre este tema, el juez federal Ricardo Napolitani, del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Comodoro Rivadavia, sostuvo en julio de 1999 que «no hay derechos absolutos, porque todos los derechos deben ser ejercidos de acuerdo a las leyes que los regulan, tomando en cuenta su finalidad así como los intereses que estos protegen». En los casos analizados, este tipo de alegatos supuso que los manifestantes no podían ser autorizados a ejercer, por ejemplo, su derecho de protesta en formas que afecten severamente los derechos de los demás, por ejemplo, su derecho al libre tránsito. En una decisión más reciente e importante, en el caso *Schifrin,* la Cámara Nacional de Casación citó a la Corte Suprema (*Fallos* 304:1524) al afirmar que «los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que razonablemente regulaban su ejercicio»[14].

Notablemente, esta misma línea argumentativa se encuentra en las opiniones de muchos de nuestros especialistas en derecho más famosos. Así, por ejemplo, al examinar las acciones de algunos activistas de derechos humanos (quienes organizaron un *escrache* —perseguir una figura pública sospechada de o condenada por violaciones a los derechos humanos—), el constitucionalista Gregorio Badeni sostuvo que «la libertad de expresión […] es una libertad legítima, pero no absoluta»[15]. De manera similar, Juan Carlos Cassagne, un conocido abogado y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires, afirmó que el derecho a peticionar «no era

---

[12] 312 U.S. en 574.

[13] Ib.

[14] Schifrin, Marina, causa Nº 3905/02 s/recurso de casación. La Corte también citó otros casos, tales como los siguientes fallos: 199:149 y 483, 200:450, 249:252; 262:205; 268:364; 283:364; 283:98; 296:372.

[15] Badeni, G. «Formas de libertinaje». Diario *Clarín*, 17 mayo, 1999a; *Derecho constitucional. Libertades y garantías*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999b, p. 272; «La convivencia democrática». *La Ley*, T. 2001-E, 2001, p. 1286.

absoluto», porque este, como todo otro derecho, «debería ser ejercido de acuerdo con las leyes que regulan su ejercicio […] y respetando los límites establecidos por la Constitución en el artículo 22 (que se refiere al delito de sedición)». Citando a uno de nuestros padres fundadores, Juan Bautista Alberdi, Cassagne concluyó su argumento diciendo que «la libertad de cada hombre termina donde comienza la libertad de sus prójimos»[16].

P: ¿Qué derecho es, entonces, más importante (el derecho al libre tránsito o el derecho a la libertad de expresión)?

El argumento anterior, relacionado con la existencia de un conflicto de derechos, es importante, y traslada la discusión a una arena mucho más interesante: nos obliga a discutir si algunos derechos tienen más peso que otros, y si es posible establecer entonces una «jerarquía» entre los diferentes derechos. Por supuesto, ningún miembro de la comunidad jurídica desea estar en una situación en la que esté forzado a elegir entre un derecho y otro. Tratamos de hacer todo lo posible con el propósito de «armonizar» todos los derechos —queremos que todos ellos «encajen» en el mismo marco—. Sin embargo, muchas veces, este ideal es imposible de alcanzar en la práctica, razón por la cual, frecuentemente, estamos obligados a realizar un balance entre la importancia relativa de los distintos derechos, y acotar uno de ellos de alguna manera. Así, puede que debamos elegir entre nuestro compromiso con una prensa libre y el derecho a la privacidad (por ejemplo, cuando un periódico divulga información acerca de la vida privada de una figura pública); de la misma manera, puede que debamos limitar ciertas expresiones con el propósito de evitar la circulación de mensajes racistas u homofóbicos. En situaciones difíciles como estas, se requiere pensar cuidadosamente qué hacer: nos enfrentamos a casos delicados, que exigen tomar decisiones jurídicas dramáticas y difíciles. Los jueces argentinos, sin embargo, tendieron a percibir estas decisiones como fáciles, y limitaron —sin mucha discusión, como si se tratase de una decisión obvia— el derecho de los manifestantes a protestar en nombre del derecho al libre tránsito. De este modo, pusieron fin a la importante discusión que ellos mismos habían abierto, cuando la discusión solo estaba comenzando. Ellos nos deben, por tanto, una explicación de por qué, ante al conflicto de derechos

[16] Cassagne, J. C. «Reflexiones sobre los "cacerolazos"». *La Ley*, T. 2002-C.

que estaban enfrentando, resultaba tan evidente que debían limitar los derechos de los manifestantes. ¿Resultaba tan evidente que los derechos de los manifestantes a expresarse libremente, a protestar, a reunirse, a peticionar —todos derechos protegidos por la Constitución— debían ser limitados ante un derecho como el derecho al libre tránsito? ¿Era este último un derecho innegablemente «superior» o «más importante» que los derechos de los manifestantes? ¿Estos casos no deberían haber sido resueltos exactamente de manera opuesta? La respuesta no es obvia, y precisamente por ello los jueces deberían haberse comprometido en una discusión que en estos casos, sin embargo, prefirieron eludir.

Un punto de partida posible para abordar este tipo de situaciones de conflicto de derechos puede ser un caso como *New York Times vs. Sullivan*[17], el cual ha sido frecuentemente citado por los tribunales argentinos. El caso es particularmente interesante porque implicó críticas extremadamente agudas en contra de un funcionario público, que incluían informaciones falsas —aunque no formuladas con «real malicia»— y el conflicto entre dos derechos importantes, a saber, el derecho a la libre expresión y el derecho a la reputación personal. A través de su opinión mayoritaria, la Corte no dejó lugar a dudas con respecto a qué derecho decidió privilegiar y por qué razones. En su célebre decisión la Corte expuso al menos tres cosas importantes. En primer lugar, dejó en claro que resolvería el caso desde una concepción robusta de la democracia (retomaré este tema más adelante)[18]. En segundo lugar, y desde ese punto de vista, la Corte enfatizó su compromiso excepcionalmente fuerte con la libertad de expresión, tolerando —como en el caso analizado— la inclusión de «comunicados erróneos», «ataques vehementes, agresivos y, a veces, desagradablemente incisivos», e incluso declaraciones falsas, que ponen de manifiesto cuán altos eran los costos que la Corte estaba dispuesta a asumir para preservar un debate

[17] 376 U.S. 254 (1964).

[18] En sus palabras: «evaluamos este caso a partir de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre cuestiones públicas debería ser desinhibido, sólido y abierto». Además, y citando al juez Learned Hand, también sostuvo que la Primera Enmienda «presupone que las conclusiones correctas son más probablemente alcanzadas por una multiplicidad de voces, más que a través de cualquier tipo de selección autoritativa».

robusto[19]. En tercer lugar, la Corte otorgó una protección aún más fuerte a las críticas realizadas a las autoridades públicas[20]. La Corte respaldó «el privilegio de los ciudadanos a criticar al gobierno» porque «es su obligación la de criticar, así como la de los funcionarios es la de administrar». Citando a James Madison, la Corte concluyó diciendo que «el poder de censura está en el pueblo sobre el gobierno, y no en el gobierno sobre el pueblo». En lo que refiere a su visión sobre los derechos, la Corte dejó claro que el derecho a la libre expresión merecía una protección especial y que, dentro de esta esfera, las expresiones políticas (y en particular las críticas contra aquellos que se encuentran en ejercicio del poder) merecían la protección judicial más firme. En suma, la Corte demostró de forma ejemplar cómo actuar ante situaciones que suponen un conflicto entre derechos.

O: El problema es que sus objetivos no son genuinos

Muchos de aquellos que se quejan de las actividades de los manifestantes han llegado a reconocer la particular importancia del derecho a protestar y expresar opiniones políticas (fuertes). Sin embargo, sostienen que esto no implica que las expresiones de los manifestantes merezcan protección. Ello se debe a que los manifestantes no buscan mejorar el debate público o realizar una contribución para generar un intercambio de ideas fructífero. Su principal interés, según nos dicen estos críticos, parece tener poco que ver con el ideal de generar una fuerte deliberación sobre las cuestiones públicas. El profesor Juan Carlos Cassagne objetó las manifestaciones públicas por no ser «totalmente asépticas, a pesar de estar organizadas bajo el paraguas protector del derecho de reunión»[21]. También hizo referencia a «ciertos líderes corruptos, que generalmente ocultan sus rostros, y organizan manifestaciones pagadas para llevar a cabo sus objetivos siniestros»[22]. De forma similar, en la decisión del caso *Alais*, el juez Riggi criticó el hecho de que los manifestantes «ocultaban sus rostros» detrás de capuchas. En

[19] Citando a John Stuart Mill, la Corte reconoció que incluso una declaración falsa puede realizar una contribución valiosa al debate público, dado que genera «una percepción más clara y rápida de la verdad, producida por su colisión con el error».

[20] «Dicho privilegio a la crítica de las conductas de las autoridades públicas —sostuvo la Corte— es perfectamente análogo a la protección concedida a los funcionarios públicos cuando son demandados por difamación por parte de un ciudadano».

[21] Cassagne, J. C., Ob. cit.

[22] Ib.

su opinión, «aquellos que esconden su rostro […] lo hacen con el claro propósito de evitar las consecuencias que siguen de sus comportamientos». Esta última ha sido una línea de pensamiento común entre los formadores de opinión en Argentina, quienes piensan que el hecho de que muchos de los manifestantes cubrieran sus rostros dejaba claro que no estaban persiguiendo objetivos legítimos. Asimismo, parece difícil negar que existen, dentro del grupo de manifestantes (que es un grupo vasto y heterogéneo), algunos líderes corruptos que colaboran ya sea con el gobierno o con la oposición, y gente que solo participa en las manifestaciones a cambio de ropa o comida. Por esa razón, muchos jueces y académicos han llegado a afirmar que el grupo piquetero representaba, de hecho, simplemente el «brazo armado» de grupos de interés particulares. Esta es la razón por la cual, por ejemplo, el juez Tragant sostuvo en el caso *Alais* que los manifestantes habían violado los derechos de otros «con la excusa de proteger sus derechos constitucionales», utilizando «mecanismos primitivos para la seudo-defensa de sus intereses» para alcanzar sus objetivos.

P: ¿Por qué las protestas tienen que ser asépticas?

Asumamos ahora, a los fines de la argumentación, que los hechos presentados en la sección anterior son ciertos. ¿Subestimarían estos alegatos, entonces, el valor de las demandas de los manifestantes? ¿Dirían algo importante en contra de sus derechos? Esto está lejos de ser obvio. El hecho que los manifestantes cubran su rostro o escondan sus identidades no debería sorprender en un contexto donde la policía y el poder judicial tienden sistemáticamente a detener y procesar a los manifestantes utilizando casi cualquier excusa y cualquier medio. Si los manifestantes tienen razones para protestar, y también razones para creer que, como resultado de sus manifestaciones, pueden ser arrestados arbitrariamente, entonces parece razonable la alternativa de hacer más difícil su identificación a la policía[23]. La idea de que

[23] Solo para mencionar un ejemplo famoso y reciente, en el llamado *caso de la Legislatura*, que tuvo lugar el 20 de julio de 2004, el Poder Judicial ordenó el arresto de un grupo de quince manifestantes (que tendrían que pasar un año en prisión, hasta que la decisión fue afortunadamente revocada en septiembre de 2005), porque algunos de ellos (y solo *algunos*) habían atacado violentamente la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (por ejemplo, destruyendo parcialmente una de sus puertas principales y algunas ventanas). El caso fue escandaloso al menos por dos razones. Primero, a través de todas las pruebas fílmicas existentes quedaba claro que no todos los manifestantes

los manifestantes responden a o son pagados por grupos de interés, partidos políticos o líderes corruptos también resulta objetable, si su objetivo es socavar la legitimidad de las protestas. Primero, los partidos políticos y los grupos de interés no son entidades ilegales, entonces que estos grupos estén en alguna ocasión detrás de los manifestantes dice poco acerca de la validez de los reclamos de los manifestantes. Segundo, la presencia de activistas corruptos no tiene por qué contaminar las manifestaciones, que son por el contrario totalmente legítimas. Tercero, el hecho de que algunas personas participen en las manifestaciones a cambio de un pedazo de pan debería forzar a los jueces a considerar estas manifestaciones más, y no menos, seriamente. Esta circunstancia solo reafirmaría el hecho que los manifestantes se encuentran en situaciones de miseria extrema, que el Estado no resuelve. En suma, la idea de que la protesta social debería ser aséptica o situarse más allá de todos los intereses identificables parece totalmente inaceptable —en realidad, inconcebible—. Los manifestantes plantean reclamos basados en intereses; reclamos que son sensatos en principio y que encuentran, en muchos casos, respaldo en la Constitución. El hecho que sus intereses más importantes estén en juego no invalida sus protestas, sino que da peso al reclamo de que sus derechos básicos están siendo violados.

O: El problema es que sus medios son violentos

Incluso si se aceptara que los *fines* de los manifestantes no son condenables, igualmente se podría decir que los *medios* utilizados por ellos son inaceptables y afectan la legitimidad de sus actos. En este sentido, se podría argumentar razonablemente que, en numerosas ocasiones, los manifestantes actuaron de manera claramente equívoca. En efecto, en muchos casos los manifestantes utilizaron medios violentos en sus protestas, que son los menos apropiados para la comunicación de ideas.

La utilización de la violencia se hizo presente de muchas maneras. En ocasiones, los manifestantes han llegado a las marchas de protesta llevando

---

habían participado de estas acciones violentas —algunos solo estaban observando lo que los demás hacían—. Segundo, con el propósito de hacer de este un caso «ejemplar» o «demostrativo», los jueces decidieron culpar a los manifestantes de «secuestro» (sic). En su opinión, al rodear la Legislatura (lo que los manifestantes hicieron durante un breve lapso) habían impedido a los legisladores abandonar el edificio, lo que implicaba que estos últimos habían sido secuestrados.

palos. También es cierto que a veces utilizaron y/o amenazaron con recurrir a medios coercitivos en contra de aquellos que desafiaran sus bloqueos, que emplearon la agresión verbal, que prendieron fuego a neumáticos de autos —en suma, parece cierto que los piqueteros tendieron a crear disturbios que, ocasionalmente, incluyeron cierta dosis de violencia—. En ocasiones los manifestantes golpearon los vehículos de aquellos que osaban atravesar las barreras que habían colocado en las carreteras, y en casos aun más extremos atacaron y destruyeron parcialmente edificios públicos (ver, por ejemplo, el *caso de la Legislatura* mencionado anteriormente). En general, los bloqueos de carreteras o la ocupación ilegal de terrenos parecen representar lo contrario al diálogo, la negación de una discusión racional. Estas acciones, podría decirse, son acciones directas que socavan la posibilidad de un diálogo racional, y representan, en cambio, el ejercicio puro de la fuerza bruta y expresan desprecio hacia las razones que otros pueden estar dispuestos a brindar.

En Estados Unidos, la asociación entre piquetes y coerción tiene una muy larga historia[24]. De acuerdo con Archibald Cox, «muchos jueces consideraron como intrínsecamente coercitivos todos los piquetes, y por tanto ilegales, a pesar de ser conducidos pacíficamente y cualquiera fuese el objetivo»[25]. En Argentina, jueces, académicos y formadores de opinión han suscripto, en general, esta visión que unía las manifestaciones populares con la violencia. De esta manera, por ejemplo, de acuerdo con la decisión de la Corte en el caso *Alais*, los componentes violentos que aparecieron en el caso fueron suficientes para negar protección a los componentes expresivos de la acción en cuestión. Gregorio Badeni sostuvo una opinión similar en su análisis de manifestaciones populares recientes en la forma de *escraches*. Para él, las acciones de los manifestantes eran una demostración de «ignorancia cívica», y suponían una utilización «patológica» de la ley. Asimismo, comparó sus acciones con aquellas realizadas por los nazis, tachándolas de «prácticas autoritarias». En una nota editorial muy reciente que apareció en uno de los principales periódicos argentinos, titulada *La violencia piquetera*, y repitiendo una línea de argumentación bastante común en dicho periódico, el editor se refirió a la reaparición de la violencia piquetera y a

[24] Jones, E. «Picketing and Coercion: A Jurisprudence of Epithets». *Virginia Law Review*, vol. 31, N° 8, 1953.

[25] Cox, A. Ob. cit., pp. 591-592.

la necesidad de imponer el orden, expresando cierta preocupación por el activismo renovado de los piqueteros y su insistencia en cubrir los rostros así como por la pasividad mostrada por las autoridades nacionales[26].

En los Estados Unidos, y de modo habitual, los tribunales han negado protección constitucional a las manifestaciones que emplearon violencia[27]. De modo muy común, también, han explorado la distinción entre «expresión pura» —que incluye escritos políticos y panfletos, por ejemplo— y la «expresión con agregados» (*plus speech*), que se referiría a piquetes, marchas, etcétera. La distinción fue utilizada normalmente para proteger la expresión pura, dejando los «agregados» a la expresión sin proteger. Así, el juez Goldeberg sostuvo, en *Cox vs. Louisiana*, que la Corte rechazaba la noción de que «la primera y decimocuarta enmienda otorgan el mismo tipo de libertad a aquellos que comunican sus ideas a través de conductas como rondar por, marchar y bloquear calles y carreteras, como a aquellos que se comunican a través de la expresión pura»[28]. De forma similar, el juez Black afirmó que esas enmiendas no otorgaban «un derecho constitucional para formar parte de piquetes, sea en espacios públicos o propiedades privadas»[29].

P: ¿No deberíamos prestar más atención a los mensajes de los manifestantes? El componente expresivo del mensaje y la doctrina del «foro público»

Para empezar se podría rechazar la «clara dicotomía» entre «expresión pura» y «expresión con agregados» propuesta por la Corte Suprema norteamericana. Siguiendo a Harry Kalven, se podría sugerir que «toda expresión incluye necesariamente *plus speech*. Si es oral, incluye ruidos que pueden perturbar a alguien; si es escrita, puede generar suciedad (en las calles)»[30]. En este sentido, los panfletos no son simplemente desperdicios que ensucian las calles sino, en todo caso, «desperdicios con ideas»[31]. Es por ello que necesitamos

---

[26] Diario *La Nación,* 11 de octubre de 2005.

[27] Ver, por ejemplo, Pritchard vs. Downie, 326 F. 2d 323 (8º Cir. 1964); Milk Wagon Drivers Local 753 vs. Meadowmoor Dairies, Inc., 312 U.S. 287 (1941); New Negro Alliance vs. Sanitary Grocery Co., 303 U.S. 552 (1938).

[28] Sin embargo, en el caso *Giboney vs. Empire Storage* (336 U.S. 490, 1949), la Corte excluyó a los piquetes de la protección de la Primera Enmienda, argumentando que estos eran algo más que la expresión.

[29] Ib., en 555, 578. Ver estas referencias en Kalven, H. «The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana». *The Supreme Court Review*, vol. 1965, 1965, p. 23.

[30] Ib.

[31] Ib.

hacer un esfuerzo especial para prestar atención al mensaje que tales expresiones intentan hacernos llegar[32].

Afirmar esto no implica ignorar la violencia presente en muchos de los casos examinados —violencia que parece inaceptable para aquellos a quienes nos preocupa el valor del diálogo público—. Sin embargo, y con el propósito de tomar esta violencia seriamente, deberíamos realizar, en primer lugar, algunas distinciones sencillas entre los diferentes casos. Un primer caso es aquel en el cual, en medio de una manifestación por lo demás pacífica, alguien comete un acto de violencia. En estos casos, las autoridades públicas deberían simplemente separar a esta persona del resto y reprenderla de manera apropiada (lo cual, vale notar, no significa decir que la única manera de reprenderla es mandando a prisión al ofensor, como muchos jueces argentinos han tendido a pensar). Esto es lo que los jueces solían hacer, por ejemplo, en períodos en los que la metodología de protesta más habitual era la huelga: el hecho que en ciertas ocasiones (digamos, durante los años setenta) muchas de las huelgas incluyeran actos de violencia aislados no les impedía castigar estos actos, y a la vez mantener intacto el derecho de huelga. En casos recientes, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció que la presencia de disrupciones accidentales durante una manifestación, no convierten a la misma en una manifestación «no pacífica»[33], y también reconoció que la mera presencia de unos pocos agitadores no transforma a la reunión en violenta.

En otros casos parece más difícil distinguir entre las expresiones de un grupo y sus componentes violentos. Pero aun en estos casos se debería hacer un esfuerzo para preservar el *componente expresivo* de estas acciones, en la medida en que ello fuese posible[34]. Los casos de «quema de banderas», entre

---

[32] Geoffrey Stone sostuvo una idea similar al afirmar que «casi todas las formas de comunicación interfieren necesariamente con algún interés legítimo del Estado. Los panfletos generan basura, los carteles y posters pueden considerarse antiestéticos, el discurso público (amplificado o no) puede molestar a los transeúntes, los piquetes y marchas pueden obstruir el tránsito, y así sucesivamente» (Stone, G. «Fora Americana: Speech in Public Places». *The Supreme Court Review*, vol. 1974: 240).

[33] Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden vs. Bulgaria, 2 de octubre de 2001.

[34] En el caso *NLRB vs. Fruit Packers* (377 U.S. 58, 1964), examinando el tema de los piquetes, el juez Black sostuvo que cuando la acción de movilización y de expresión están tan entrelazadas, la Corte debe «sopesar las circunstancias» y «evaluar la solidez de las razones presentadas» para la regulación de la actividad del piquete (Ib., en 77-78). Como

otros, han obligado a los especialistas del derecho a pensar con más cuidado sobre este tipo de cuestiones[35]. Los doctrinarios han tendido a concluir que los mensajes políticos pueden ser transmitidos de formas diferentes, lo que no necesariamente queda restringido al lenguaje oral o escrito. Así, la acción de tirar un huevo a un político, que puede ser condenada tanto moral como legalmente, generalmente transmite un mensaje potente en términos políticos. No prestarle atención a este punto implica no abordar una parte crucial del asunto. El hecho es que estos actos provocativos, disruptivos e incluso violentos (sean verbales o no), pueden también estar —como frecuentemente lo están— dirigidos a llamar la atención pública con respecto a un tema que ha sido descuidado por el resto de la sociedad y por el gobierno en particular[36]. Tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, «en muchos casos, el medio puede ser bien el mensaje»[37]. Además, si la expresión (particularmente, la expresión política) está presente, uno podría aproximarse a estos casos con el criterio definido por la Corte en otros casos referidos a la libertad de expresión que incluían conductas o lenguajes provocativos. La Corte podría invocar —como lo hizo en varias oportunidades— la prueba del *peligro claro e inminente* para determinar si las acciones analizadas merecen protección constitucional o no[38]. Este esfuerzo para preservar el componente expresivo de los actos en cuestión es consistente con algunas propuestas realizadas recientemente por teóricos de la democracia, quienes han abierto un espacio para la consideración de los *aspectos* «*ilocusionarios*» de actos no verbales dentro de teorías de la democracia que enfatizan la deliberación pública como característica central de la misma[39].

---

sintetizó M. Scott, Black afirmó que «si la información transmitida por los piqueteros es legal, entonces realizar piquetes para transmitir esas ideas no puede ser considerado ilegal» (Scott, M. Ob. cit., 175).

35 Texas vs. Jonson, 491 U.S. 397 (1989); Tinker vs. Des Moines Sch. Distr. 393 U.S. 503 (1969).

36 Como afirmó Jeremy Waldron (2000: 382) argumentando a favor de la importancia que tiene el ser confrontados por las situaciones de pobreza y en contra de la estrategia —promovida por algunos— dirigida a alejar la pobreza del espacio público visible: «si la situación de algunos en la sociedad es angustiante, entonces es importante que otros se angustien por ello; si la situación de algunos en la sociedad es de incomodidad, entonces es importante que otros estén incómodos».

37 FCC vs. Pacifica Found, 438 U.S. 726 (1978).

38 Por ejemplo, ver *Feiner vs. New York* 340 U.S. 315 (1951).

39 Jane Mansbridge e Iris Marion Young, por ejemplo, afirman que a través de su énfasis en el consenso y el intercambio de argumentos y razones, las teorías deliberativas han

Una razón adicional para prestar atención a los componentes expresivos de estos actos, y otorgarles protección, tiene que ver con que las protestas en cuestión han sido realizadas en espacios públicos, es decir, en lugares que tradicionalmente han sido utilizados para la expresión de ideas y críticas políticas. La doctrina del «foro público» fue propuesta por primera vez en *Hage vs. CIO*[40], donde el juez Roberts reconoció un derecho constitucional para utilizar «calles y parques para la comunicación de opiniones», que fundamentó en el hecho que «las calles y parques […] han sido siempre destinados para el uso del público y, a través del tiempo, han sido utilizados para la realización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre los ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas[41].

O: Los manifestantes deberían, y podrían, haber ejercido sus derechos de manera diferente, más razonable: la importancia de las regulaciones de tiempo, lugar y modo

La violencia puede ser explicada, e incluso justificada, en ciertas ocasiones. Pero la pregunta es: ¿por qué los manifestantes deberían recurrir a ella cuando no es necesario? En efecto, a veces los piqueteros tienden a violar

relegado erróneamente otras formas de comunicación como la comunicación retórica y estratégica. En este sentido, Iris Young desafía la concepción de Jürgen Habermas sobre la democracia deliberativa por considerar la discusión como el discurso privilegiado y legítimo en la esfera pública. Contrariamente a la concepción de Habermas, Young sostiene que formas alternativas de expresión (que pueden incluir la retórica, las manifestaciones en las calles y las protestas) deberían ser consideradas formas valiosas de discurso. En su opinión, muchos de estos actos están orientados a la inclusión. «[En] una sociedad profundamente democrática —afirma— la presunción debería estar a favor de los manifestantes cuyo propósito es persuadir» (Young, I. *Inclusion and Democracy*. Nueva York: Oxford Press, 2000, p. 48). De manera similar, Mansbridge intenta oponerse a la concepción predominante de la democracia deliberativa. Ella afirma que «[muy] frecuentemente la deliberación ha sido percibida solamente como dirigida a alcanzar un entendimiento que produce un consenso sustantivo», relegándose indebidamente el conflicto. Sin embargo, «la buena deliberación también debería iluminar el conflicto. Debería conducir a los participantes a un entendimiento más matizado de sí mismos y de sus intereses, idealmente menos influenciados por ideas hegemónicas, de manera que pueda situarlos en conflicto abierto con otros participantes» (Mansbridge, J. «Deliberation Everywhere». Trabajo presentado a *IVR Conference,* Granada, España, 2005, pp. 1-2).

40 307 U.S. 501-518.

41 Ib., en 515-516. Yendo más allá de este principio, en el caso *Food Employees Local 590 vs. Logan Plaza Valley*, 391 US 308 (1968), la Corte reconoció el derecho de los trabajadores a organizar un piquete pacífico en un centro comercial. Sin embargo, la Corte se alejó de este principio en otros casos (ver, por ejemplo, *Hudgens vs. NLRB*, 424 US 507, 1976; o *Lloyd Corp. vs. Tanner*, 407 US 551 (1972); y también se negó a extender la categoría de «espacio público» a otros espacios no tradicionales (ver, por ejemplo, *Ikscon vs. Lee*, 112 S.Ct. 2701, 2718, 1992).

los derechos de terceros *cuando en realidad es posible actuar de forma diferente y más respetuosa.* Los jueces argentinos se han aferrado usualmente a este argumento en casos de bloqueos, afirmando, por ejemplo, que los activistas podrían expresarse en plazas públicas, de modo de evitar perjudicar a terceros. Este fue el argumento central en el caso *Schifrin*, donde la Cámara de Casación Penal sostuvo que no era cierto que los manifestantes «no podían ejercer sus derechos —de expresión, petición o reunión— de maneras más razonables», que bloqueando el libre tránsito en la Ruta 237 (una carretera nacional muy importante en el sur del país)[42]. Un argumento similar fue esgrimido por los jueces Tragant y Righi en el caso *Alais*, donde la Corte tuvo que analizar la conducta de algunos trabajadores ferroviarios que habían interrumpido (brevemente) la circulación de trenes. Ambos jueces, que pertenecían a la Cámara de Casación Penal, alegaron —en diferentes votos— que era inexacto afirmar que en el caso analizado existiera un genuino conflicto entre derechos que forzara al intérprete a «optar entre valores jurídicos opuestos». Por el contrario, concluyeron que los manifestantes tenían otros medios de protesta a su disposición que eran mucho menos perjudiciales para los intereses de la comunidad. La acción en cuestión fue luego descrita como «un ejercicio de derechos [irregular e] ilegal», y los manifestantes fueron condenados.

Además, se puede decir que el hecho que estas expresiones se hayan llevado a cabo en «espacios o foros públicos» agrega muy poco al problema. Esto es así, entre otras razones, porque aun en los «espacios públicos» el Estado no pierde sus principales poderes de regulación, los cuales nadie cuestiona. El gobierno, se ha asumido siempre, «tiene el poder para preservar la propiedad bajo su control para el uso para el cual está legítimamente consagrada»[43]. En los espacios públicos, las limitaciones pueden ser, principalmente, de dos tipos: las regulaciones *basadas en el contenido* (cuando el gobierno limita ciertas expresiones porque no está de acuerdo

[42] Notablemente, la Corte no aceptó el argumento de que los manifestantes habían dejado vías alternativas para que utilizaran los conductores. En su opinión, «este hecho no ha sido probado», e incluso si así hubiera sido, dichas acciones aún hubieran sido ilegales porque las leyes argentinas no solo condenan la obstrucción total de las carreteras nacionales, sino también las acciones que «perturban o hacen más incómoda» la utilización de los servicios públicos.

[43] Creer vs. Spock 424 U.S. 828.

con su contenido), que normalmente son declaradas inconstitucionales[44]; y las regulaciones *neutrales con respecto al contenido*, que tienden a sobrevivir a la revisión judicial. Estas últimas vienen a establecer límites con respecto al «tiempo, lugar y modo» de las manifestaciones, con el fin de asegurar el mayor respeto de los derechos de todos[45]. En principio, y bajo esta doctrina, el Estado podría prohibir justificadamente a los partidos políticos organizar demostraciones ruidosas a las tres de la mañana, o utilizar camiones con megáfonos en ciertas ocasiones, dado que estas medidas no parecen tener un impacto negativo sobre el contenido del mensaje de los manifestantes, y sirven a un objetivo gubernamental importante.

P: Las regulaciones de tiempo, lugar y modo no deberían ser utilizadas como excusas para socavar los mensajes políticamente perturbadores

La idea de que los manifestantes deberían expresarse siempre de la manera menos perjudicial para los demás no resulta obvia. Cuando los trabajadores organizan una huelga, lo hacen precisamente porque quieren perturbar y crear problemas a sus jefes. Si sus protestas fueran siempre inofensivas (por ejemplo, trabajar más horas que las establecidas), probablemente, el sector patronal no se sentiría forzado a prestar la debida atención a aquellas demandas o reclamos. Los críticos de esta postura podrían alegar (como lo hicieron algunos jueces en la Argentina) que no se están refiriendo a alternativas sin sentido, sino a la necesidad de que los manifestantes opten por la alternativa de protesta menos perjudicial (por ejemplo, convocar a una huelga pacífica en lugar de organizar una manifestación violenta). Pero, de nuevo, ¿es esta una sugerencia razonable? Imaginen a un caricaturista político que critica al presidente todos los días dibujándolo como un animal violento. Es totalmente cierto que el caricaturista podría haber dibujado al presidente de un millón de formas diferentes. Pero, ¿por qué debería hacerlo, si su único objetivo es realizar una crítica severa en contra del carácter autoritario del presidente? Vale la pena recordar que los casos que estamos analizando se caracterizan por el intento de presentar severas críticas contra

[44] Salvo que estén diseñadas de modo estrecho y sirvan a un significativo interés del Estado. Ver, por ejemplo, *Burson vs. Freeman* 504 U.S. 191 (1992).

[45] Linmark Associates, Inc. vs. Township of Willingboro, 431 U.S. 85 (1977).

un gobierno que falla en asegurar derechos constitucionales fundamentales a los grupos más desfavorecidos de la sociedad.

Asimismo, es cierto que las restricciones de «tiempo, lugar y modo» resisten, por lo general, el escrutinio judicial. Sin embargo, este hecho no significa que estas restricciones no merezcan ningún tipo de control. Como señaló Hazel Landwehr: «aunque el gobierno pueda imponer regulaciones razonables sobre las conductas expresivas, incluso si tales regulaciones ocasionalmente afectan la expresión, el gobierno no puede censurar aparentando regular conductas»[46].

Notablemente, tanto jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos como jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos han coincidido en definir una lista de condiciones que las regulaciones de contenido neutral deben respetar, para poder ser ratificadas. Así, para ambas cortes resulta claro que estas regulaciones no pueden ser utilizadas para socavar opiniones políticas desfavorables; sino que deben servir un importante interés del Estado, deben ser diseñadas del modo más estrecho posible, deben dejar abiertos medios alternativos razonables de expresión y deben ser aplicadas de manera no discriminatoria[47]. En el contexto europeo, probablemente más que en los Estados Unidos, «existe un grado razonable de consenso académico con respecto a la necesidad de proteger las manifestaciones públicas con el propósito de salvaguardar los intereses de las minorías»[48]. En general, se reconoce que «la negación de un espacio público para el ejercicio de los derechos de expresión recae de forma diferente sobre distintos grupos: en los hechos, ello puede implicar que se le nieguen los derechos de libre expresión a ciertos grupos minoritarios que pueden tener la imposibilidad de manifestarse a través de otros medios»[49]. En Estados Unidos la Suprema Corte ha tendido a ser muy respetuosa de las regulaciones de contenido neutrales, aceptándolas en una mayoría de los casos[50]. Pero aun en este caso, la apertura de la Corte no significó que las reglas establecidas se volvieran irrelevantes —y, por supues-

---

46 Landwehr, H. «Unfriendly Persuasion: Enjoining Residential Picketing». *Duke Law Journal*, vol. 43, Nº 1, 1993, p. 171.

47 Ver, por ejemplo, *Grace vs. United States* 461 U.S. 171, 195 (1983).

48 Fenwick, H. «The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation». *The Modern Law Review,* vol. 62, Nº 4, 2000, p. 493.

49 Ib., p. 494.

50 La Corte defiende, por ejemplo, regulaciones de este tipo estableciendo restricciones de tiempo, número de participantes, volumen de los discursos, o ubicación de los car-

to, incluso si así lo fuera, ello no sería una buena razón para no considerar más seriamente el significado de estándares razonables como los definidos por ambas cortes—. En particular, la Corte de Estados Unidos ha prestado atención al impacto diferencial de las regulaciones de contenido neutral, asegurándose que el orador tuviera acceso a un «foro accesible, por el que pueda esperarse que circulen las personas a quienes quiere dirigir su discurso»[51]. De acuerdo con lo anterior, en *Dr. Martin Luther King Jr. Movement vs. City of Chicago* (419 F. Supp. 667) la Corte eliminó una regulación que impedía a las organizaciones de derechos civiles marchar a través de un barrio de blancos, dado que la idea de los manifestantes era llegar a esa audiencia en particular; y en *Schneider vs. State*, la Corte eliminó una ordenanza que requería un permiso para cualquier actividad de solicitud de votos casa por casa (la cual en principio aparecía como una regulación de contenido neutral admisible), porque en realidad perjudicaba desproporcionadamente a los grupos con menos recursos[52]. En Argentina, esta opinión ha sido sostenida por el juez Rodríguez Basavilbaso en su voto en disidencia en el caso *Schifrin,* en el que citó las opiniones judiciales de Estados Unidos sobre este tema[53].

P: Dos principios adicionales

Existen al menos dos principios adicionales que vale la pena considerar, que podrían apoyar el punto de vista de los manifestantes. Llamaré al primero el *principio de la imparcialidad deliberativa*, y al segundo el *principio de las violaciones sistemáticas*. Un caso como *Adderley vs. Florida*[54] puede brindar-

teles. Ver O'Neill, K. «Disentangling the Law of Public Protest». 45 *Loyola Law Review,* 1999, pp. 476-477.

51 Students Against Apartheid Coalition vs. O'Neill, 660 F. Sup. 333, 339.

52 308 U.S. 147 (1939).

53 En esa oportunidad, el juez citó la famosa opinión del juez Roberts en el caso *Hague, Mayor et al. vs. Committee for Industrial Organization et al.* 307 U.S. 496 (1939): «las calles y parques han sido destinados para el uso del público y, a lo largo del tiempo, han sido utilizados para la organización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas». Este uso de las calles y espacios públicos ha sido, desde tiempos ancestrales, parte de los privilegios, las inmunidades, los derechos y las libertades de los ciudadanos. El privilegio de un ciudadano de Estados Unidos de utilizar las calles y parques para la comunicación de sus opiniones sobre cuestiones nacionales puede ser regulado para el bien de todos; no es absoluto, sino relativo, y debe ser ejercido sujeto a la comodidad general y la conveniencia, y en consonancia con la paz y el buen orden; pero no debe ser, bajo la apariencia de regulación, acotado o negado».

54 385 U.S. 39 (1966).

nos un indicio respecto a lo que quiero decir con el primer principio. El caso *Adderley* es particularmente interesante, entre otras razones porque implicó la presencia de «acciones directas» más violentas y la participación de grupos que enfrentaban una situación socioeconómica difícil. En este caso, la Corte tuvo que decidir si un grupo de manifestantes había sido legítimamente condenado después de haber bloqueado la entrada de una prisión donde algunos de sus compañeros estaban arrestados por participar en una protesta por los derechos civiles. La mayoría de la Corte confirmó el arresto, pero en un fallo muy dividido (cinco votos contra cuatro). Sin embargo, es interesante prestar atención a la opinión de la minoría, que estaba compuesta por muchos de los jueces que habían suscripto la opinión mayoritaria en el caso *New York Times vs. Sullivan*, incluyendo al juez Brennan, quien había pronunciado la opinión de la Corte en aquella oportunidad[55]. Honrando (desde mi punto de vista) los mismos principios de la democracia deliberativa esgrimidos en ese caso, la minoría en *Adderley* sostuvo una brillante opinión. Para ellos:

> […] el derecho a peticionar por la reparación de agravios tiene una larga historia y no está limitado a escribir una carta o enviar un telegrama a un congresista; tampoco se reduce a presentarse ante el consejo local de la ciudad, o a escribir cartas al presidente, gobernador o alcalde. Los métodos [convencionales] de petición pueden ser, y frecuentemente han sido, inaccesibles para grandes grupos de nuestros ciudadanos. [Aquellos] que no hacen circular panfletos elaborados solo pueden tener un tipo de acceso más limitado a las autoridades públicas. Sus métodos no deberían ser considerados como tácticas de obstrucción o acoso mientras la manifestación y la petición sean pacíficas, como de hecho eran estas.

Tratando de tomar en cuenta seriamente las circunstancias contextuales que definían el caso, una parte de los miembros de la Corte en el caso *Adder-*

[55] En *Brown vs. Louisiana* (383 U.S. 131, 1966), un caso similar (pero sin el voto del juez Brennan), el grupo minoritario sostuvo la misma posición que en el caso *Adderley*. En *Tinker vs. Des Moines* (393 U.S. 503, 1969) la mayoría de la Corte aceptó parte de los argumentos de la minoría (al menos respecto a una teoría más amplia del espacio público), y afirmó que la Primera Enmienda permitía «una regulación razonable de las actividades relacionadas con la expresión en circunstancias cuidadosamente restringidas». Pero agregó que «no restringimos el ejercicio admisible de los derechos de la Primera Enmienda a una cabina telefónica, a los bordes de un panfleto, o a una discusión supervisada y ordenada en un salón de clase» (Ib., en 513).

ley reflexionó sobre las oportunidades que los diferentes grupos tenían para presentar sus reclamos al resto de la sociedad en general, y las autoridades públicas en particular. La Corte reconoció que los diferentes grupos tenían grados de acceso sustancialmente diferentes a los espacios existentes y, a partir de este hecho y de la misma teoría deliberativa defendida en el caso *New York Times vs. Sullivan*, propuso un importante principio —el mencionado principio de la distancia deliberativa—. Dicho principio establecía que cuanto más marginado del debate público está un grupo por razones que están más allá de su propia responsabilidad, más sensible tiene que ser el Poder Judicial a las demandas de dicho grupo, y mayor protección debe otorgar a las formas de comunicación desafiantes que estos grupos eligen para presentar sus demandas[56]. Por supuesto, este principio no implica que, debido a la situación difícil que enfrentan ciertos grupos, la Corte deba simplemente aceptar sus demandas o despreocuparse por la manera en que se presentan dichas demandas. El principio de la distancia deliberativa es agnóstico con respecto al resultado final de la decisión judicial, que depende enormemente de los detalles particulares del caso. Sin embargo, el principio apela a una actitud diferente por parte de los miembros de la Corte, quienes no deberían evaluar los reclamos del grupo afectado y los medios elegidos para expresar esos reclamos como si los manifestantes fueran miembros plenamente integrados de esa comunidad deliberativa»[57].

---

[56] En este sentido, vale la pena resaltar la opinión del juez Frank Johnson, cuando hizo referencia a las enormes injusticias sufridas por los negros, que —como señaló Burke Marshall— «crearon un ampliado derecho de protesta para aquellos que habían sido maltratados» (Marshall, B. «The Protest Movement and the Law». *Virginia Law Review*, vol. 51, Nº 5, 1965, p. 789). En palabras de Johnson, su decisión requirió tomar en cuenta el «patrón casi continuo [...] de acoso, intimidación, coerción, amenazas y, a veces, maltratos brutales hacia los manifestantes y otros miembros de su clase que estaban involucrados en las manifestaciones con el propósito de incentivar a los negros para que intentaran inscribirse para votar y para que protestaran contra las prácticas discriminatorias de inscripción de los votantes en Alabama» (*Williams vs. Wallace*, 240 F. Supp. 100, 104 M.D. Ala 1965). Al encontrar que las «injusticias» eran «enormes», la Corte concedió el derecho para manifestarse de manera acorde.

[57] Definiendo el principio de distancia deliberativa, el juez Brennan honró los compromisos teóricos esgrimidos por la Corte en el caso *New York Times vs. Sullivan* de una manera más consistente que la mayoría en el caso *Adderley*. De este modo, esta tolerancia y cuidado especial hacia aquellos que tienen más problemas para acceder al espacio público es completamente consistente con la idea, expresada en el caso previo, de acuerdo con la cual las autoridades públicas merecen un grado menor de protección (por ejemplo, con respecto a los tipos de críticas que pueden recibir del público), dado entre otras razones que están particularmente bien posicionadas para

Los criterios esgrimidos por la minoría en el caso *Adderley* se oponen a aquellos utilizados por los jueces argentinos, por ejemplo, en *Schifrin* y otros casos citados en este trabajo[58]. En esos casos, el hecho que la democracia argentina estuviera atravesando su más profunda crisis política o que los manifestantes tuvieran enormes dificultades para obtener la debida atención de las autoridades públicas no fueron tomados en cuenta seriamente. Sorprendentemente, las reacciones de los jueces en todos estos casos fueron del mismo estilo. Decían que la Constitución insistía en la idea de que en una democracia representativa la única forma válida de expresión popular era el sufragio periódico (o que las formas de democracia semi-directa estaban «excluidas y prohibidas»)[59].

Como lo hizo la mayoría en *New York Times vs. Sullivan*, la minoría en *Adderley* reconoció dos elementos cruciales que, considero, deberían guiar siempre a la Corte en esta área del derecho. Por un lado, la Corte reconoció que en las democracias representativas los diferentes grupos deben tener oportunidades apropiadas para presentar sus demandas en público y criticar a las autoridades públicas ante cualquier maltrato recibido de ellas. La ausencia de una adecuada posibilidad para presentar dichas demandas socava el estatus moral del sistema democrático, que basa la legitimidad de sus decisiones precisamente en la existencia de esa posibilidad.

---

responderles, debido a la posición privilegiada que ocupan en el espacio público. Esta idea parece también implicar la necesidad de otorgar más protección a aquellos que no están bien situados para expresar sus opiniones al resto de la sociedad.

58 Por ejemplo, con la que prevalece en la Cámara Nacional de Casación Penal argentina que (entre otras razones) comienza su razonamiento desde una concepción limitada de la democracia. En el caso *Alais* (23 de abril de 2004) la Cámara Nacional de Casación Penal argentina (la Corte Suprema con respecto a los casos penales) llegó a una conclusión restrictiva con respecto a cómo abordar los actos disruptivos. De acuerdo con el razonamiento de este tribunal, los elementos violentos que aparecían en el caso bajo análisis eran suficientes para negar la protección de los componentes expresivos presentes en la acción en cuestión. En este caso, de acuerdo con la Corte, un grupo de trabajadores había bloqueado una vía ferroviaria sin notificación previa a la policía, ocultando sus rostros con capuchas, y sin haber tomado en cuenta los derechos de los usuarios del tren (por ejemplo, sin haber considerado medios socialmente menos costosos para llevar a cabo su protesta). En su razonamiento, la Corte ignoró muchos argumentos alternativos que podían haber cambiado la dirección de su decisión. Lo más preocupante fue que la Corte no mostró ningún interés en preservar el mensaje que los trabajadores querían transmitir, y tampoco tuvo en cuenta las dificultades de los manifestantes para acceder al espacio público, particularmente en un momento que venía a simbolizar el punto más alto de la crisis de representación política argentina (resumido en el lema del momento «que se vayan todos»).

59 Juez Cornejo, Juzgado Federal de Salta, 7 de junio de 2001.

Por otro lado, la Corte reconoció las diferentes y complejas formas en que el Estado estaba implicado en la creación de un indeseable escenario de exclusión y marginalidad. En primer lugar, el Estado no podía simplemente deslindar su responsabilidad basándose en el hecho que ciertos grupos estuvieran radicalmente separados de la arena deliberativa. En principio, existen buenas razones para asumir, a menos que se pruebe lo contrario, que ningún grupo se ubica a sí mismo en una situación de segregación o pobreza extrema. El Estado, se puede asumir razonablemente, ha tenido siempre una responsabilidad importante en la creación de estas situaciones de exclusión. En segundo lugar, el Estado es también responsable, a menos que se pruebe lo contrario, por la utilización de la ley para preservar un estado de cosas en las que aquellas situaciones de exclusión persisten consistentemente en el tiempo (explicaré esto con más profundidad a continuación).

Esta apertura gradual mostrada por ciertos jueces hacia mensajes y acciones disruptivas acompaña los cambios (igualmente lentos) que han sucedido dentro de las teorías deliberativas de la democracia en este sentido. Así, por ejemplo, David Estlund ha sostenido que en condiciones de «asimetría de poder» ciertos actos disruptivos pueden aparecer justificados como caminos para devolver «cierto presunto significado normativo a las conclusiones [del discurso]». La razón fundamental última de este enfoque es autorizar «el remedio de ciertas desviaciones desde un acuerdo deliberativo ideal valioso desde el punto de vista epistémico»[60]. Por razones similares, Iris Young también ha afirmado la importancia de abrir espacios

[60] Estlund, D. «Democracy and the Real Speech Situation». Trabajo presentado a *IVR Conference,* Granada, España. 2005, p. 12. De manera similar, Mansbridge intenta oponerse a la visión predominante de la democracia deliberativa. Afirma que «[muy] frecuentemente la deliberación ha sido percibida solamente como dirigida a alcanzar un entendimiento que produce un consenso sustantivo», relegándose indebidamente el conflicto. Sin embargo, agrega, «la buena deliberación también debería iluminar el conflicto. Debería conducir a los participantes a un entendimiento más matizado de sí mismos y de sus intereses, idealmente menos influenciados por ideas hegemónicas, de manera que pueda situarlos en conflicto abierto con otros participantes» (Mansbridge, J. Ob. cit., pp. 1-2). En cambio, David Estlund desafía las concepciones dominantes desde un enfoque epistémico de la democracia deliberativa. Para él, «una actividad política muy aguda, disruptiva e incluso informalmente represiva [puede ser incorporada] en una aproximación deliberativa de la política democrática, recuperándose así una parte crucial de la promesa moral de la democracia tal como la conocemos por la experiencia histórica» (Estlund, D. Ob. cit., p. 19).

teóricos para el reconocimiento de acciones que desafían directamente las formas dominantes o más aceptadas de comunicación política[61].

El segundo principio es el *principio de violaciones sistemáticas*, según el cual, cuando los manifestantes protestan como consecuencia de (lo que consideran) la violación sistemática de un derecho básico, las autoridades públicas deberían prestar especial atención al derecho particular en juego y al carácter de esas violaciones. La idea es que los jueces, en particular, no deberían ser indiferentes al hecho, muy común en las desiguales sociedades contemporáneas, que ciertos grupos enfrentan situaciones de grandes privaciones que los han estado afectando durante extensos períodos. Cuando la injusticia es particularmente grave (dados los tipos de intereses afectados) y persistente en el tiempo, las autoridades públicas deberían estar abiertas a justificar o permitir acciones que en otras circunstancias podrían correctamente reprochar. Esto es así, en primer lugar, porque (en muchos casos al menos) los manifestantes enfrentan situaciones extremadamente difíciles que requieren atención urgente por parte de las autoridades públicas. En segundo lugar, estas ofensas, y particularmente su carácter sistemático, refieren a la existencia de graves deficiencias de procedimiento —deficiencias que pertenecen a un sistema institucional que, en el mejor de los casos, prueba ser incapaz de reparar los males existentes—. En efecto, en estas situaciones extremas los grupos desfavorecidos son privados de bienes que —como han afirmado algunos filósofos como Amartya Sen, Martha Nussbaum o John Rawls[62]— son básicos para cualquier plan de vida posible, y que consecuentemente sería irracional rechazar. Por tanto, el hecho que se hayan convertido en grupos sistemáticamente excluidos del disfrute de

[61] Para ella, «reunirse con los representantes de aquellos intereses típicamente atendidos por las relaciones institucionales existentes para discutir cómo abordar más justamente los temas que esas relaciones presuponen, otorga a aquellas instituciones y al proceso deliberativo demasiada legitimidad. Coopta la energía de los ciudadanos comprometidos con la justicia, dejando poco tiempo para movilizar a las personas para romper las restricciones institucionales y el proceso de toma de decisiones desde afuera» (Young, I. «Activist Challenges to Deliberative Democracy». *Political Theory,* vol. 29, N° 5, 2001, p. 682). Puede ser un «error cooperar con las políticas y los procesos que suponen restricciones institucionales injustas. El problema no es que las deliberaciones entre quienes toman las decisiones y los ciudadanos fallen en elaborar argumentos, sino que sus premisas de partida son inaceptables» (Ib., p. 683).

[62] Sen, A. «Elements of a Theory of Human Rights». *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, N° 4, 2004; Nussbaum, M. *Women and Human Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

estos bienes aparece como un indicio de persistentes y graves fallas en los procedimientos políticos existentes. En suma, estas ofensas sistemáticas nos sugieren que los grupos afectados están experimentando problemas políticos serios ya sea para transmitir sus demandas a los representantes o para hacerlos responsables de sus errores. Además, las dificultades persistentes que afrontan ponen de manifiesto los graves problemas judiciales que ellos enfrentan, sea para acceder al Poder Judicial o para forzar a los jueces a garantizar los derechos básicos que los poderes políticos no les garantizan. En esta situación, se puede concluir que la ley es ciega ante las privaciones de las personas, sorda a sus principales demandas o poco dispuesta a remediar las humillaciones que sufren. En este sentido, la ley puede ser considerada responsable por las privaciones que sufren estos grupos —como consecuencia de sus acciones, omisiones, o ambas—. Esto explica por qué en estas situaciones puede ser razonable que los jueces, que están dispuestos a obrar con justicia, estén abiertos a tolerar protestas que en otros casos podrían ser inadmisibles. Las situaciones extremas, particularmente cuando son provocadas y/o sostenidas por el Estado, pueden requerir medios extremos de protesta. En síntesis, y completando los principios examinados al revisar el caso *New York Times vs. Sullivan*, la idea sería que la expresión necesita una fuerte protección pública, particularmente cuando se refiere a expresiones políticas (y, en particular, a críticas contra aquellos que están en el poder), y aún más cuando quienes expresan estas opiniones son personas con dificultades importantes para acceder a los espacios públicos, y cuando estas están enfrentando sistemáticamente situaciones de severa privación.

O: Los manifestantes están socavando la democracia

Probablemente el punto más interesante de este debate se relaciona con el argumento sobre la democracia, y particularmente con lo que los críticos denunciaron como el carácter antidemocrático de los manifestantes. Notablemente, encontramos referencias a este argumento en la gran mayoría de las decisiones judiciales sobre este tema, desde las primeras hasta las más recientes, desde las más «sofisticadas» hasta las más brutales o despiadadas, así como en las diferentes regiones del país y en todos los niveles judiciales.

De hecho, en una de las primeras decisiones sobre el tema de las protestas sociales, dictada por el juez Napolitano en el extremo sur de Argentina,

el juez afirmó que su misión era la de preservar el gobierno de la ley ante los riesgos de permitir que la «construcción institucional de la democracia» fuera «gradualmente […] erosionada»[63]. La situación era básicamente la misma en el extremo norte del país, donde el juez Cornejo[64] sostuvo que el bloqueo de una carretera «indudablemente» representaba un acto de «sedición» de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución, el cual establece que el país adopta una forma representativa de gobierno y condena los actos de quienes se atribuyen a sí mismos el derecho de representar a la gente[65].

En una decisión más reciente e importante, el caso *Schifrin*, adoptada por la principal Cámara Criminal de Apelaciones, se fue aún más lejos. En la parte central de su decisión, la Cámara hizo referencia al argumento democrático para condenar a Marina Schifrin, una docente que había asumido un rol de liderazgo en el bloqueo. Citando a Miguel Ekmedjián, un conocido teórico constitucional argentino, la Cámara sostuvo que, de acuerdo con la Constitución argentina, solo existía una forma legítima para la expresión de la soberanía del pueblo», que es el sufragio. «Por medio del sufragio —dijo el tribunal— el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio —tales como reuniones multitudinarias en plaza, reuniones en lugares públicos, encuestas, huelgas u otros medios de acción directa, vayan o no acompañados por las armas—, no reflejan la opinión mayoritaria del pueblo sino, a lo sumo, la de un grupo sedicioso». La opinión de la Cámara se fundaba, nuevamente, en el artículo 22 de la Constitución argentina.

Ahora bien, uno está tentado a decir que este reprochable uso (o más bien, y al menos en algunos casos, esta manipulación) del argumento democrático se vincula con la baja calidad de los jueces argentinos, quienes supuestamente están menos preocupados por el gobierno de la ley y que supuestamente no están limitados por la tradición del *Common Law*. Pero el hecho es que la utilización (y abuso) del argumento democrático es muy

---

63 Decisión del «Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional Federal», julio de 1999.

64 Decisión del 14 de junio de 2001.

65 El artículo 22 establece: «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 a nombre de este, comete delito de sedición». En apoyo de esta posición extrema, el juez Cornejo hizo referencia a las peticiones presentadas por los manifestantes, sin identificar el contenido de las mismas.

común, y aparece aún en los contextos legales más desarrollados. En Estados Unidos, por ejemplo, el argumento democrático ha jugado un papel sutil pero crucial en las discusiones acerca de la aplicación judicial de los derechos sociales. Lo que es más destacable es la manera en que el argumento ha sido invocado. A principios del siglo xx, jueces conservadores invalidaron legislación progresista invocando la «voluntad democrática del pueblo», que ellos alegaban encontrar en la Constitución. Estos jueces invocaban (lo que se podría llamar) una concepción pluralista de la democracia, donde una ciudadanía políticamente pasiva estaba sujeta a las decisiones de una elite tecnocrática encargada de la interpretación del «significado original y verdadero» de la Constitución[66]. En años recientes, los jueces conservadores invocaron el principio de restricción judicial para defender legislación conservadora. En este caso, a veces aplicaban (lo que se podría llamar) una concepción populista de la democracia, que reconocía en las (conservadoras) legislaturas estatales el *locus* de la democracia, cuya voluntad el Poder Judicial estaba obligado a proteger. De este modo, también se puede advertir aquí lo que parece ser un uso manipulador del argumento democrático, con el propósito de alcanzar soluciones (muy ideológicas) predeterminadas.

P: ¿En qué concepción de la democracia está pensando?

La apelación judicial al argumento democrático es sorprendente, tanto por la frecuencia con que el mismo ha sido utilizado, como por la manera en que ha sido usado y por la debilidad de la concepción de la democracia que ha sido utilizada por los tribunales. Quisiera hacer algunos comentarios sobre estos dos últimos temas. Un caso como el de la jurisprudencia norteamericana, recién examinado, muestra los problemas de justificar la elección de una concepción democrática en particular, y también las dificultades de no mantener esa concepción de modo consistente. Frecuentemente los jueces no tienen opción: cualquiera sea su decisión, estarán

[66] En este sentido, el juez Robert Bork preguntó: «¿por qué la Corte, un comité de nueve abogados, debería ser el único agente con capacidad para anular resultados democráticos?» (Bork, Robert. «The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution». *Washington University Law Quarterly*, Nº 695, 1979). Otro juez conservador, Frank Easterbrook, llegó a la misma conclusión, afirmando la necesidad de interpretar la Constitución de acuerdo a lo que el pueblo escribió en dicho documento cientos de años atrás (Easterbrook, F. «Abstraction and Authority». 59 *University of Chicago Law Review*, Nº 349, 1992).

diciendo algo acerca de la democracia —explícita o implícitamente, voluntaria o involuntariamente, con o sin su reconocimiento—. Algunas veces, simplemente, no hay escapatoria. Y cuando es el caso, los jueces necesitan ser más abiertos, honestos y francos con su elección en lugar de ocultar sus preferencias y criterios en este sentido. Además, necesitan brindar razones respecto de su elección. No se les puede permitir ser simplistas ni superficiales, particularmente cuando se reconoce el tremendo impacto que dicha elección tiene para comprender, explicar y justificar sus decisiones. Finalmente, no se puede aceptar que cambien fácilmente de una concepción a otra, particularmente cuando se reconoce el impacto que estos cambios pueden tener sobre el contenido de sus decisiones.

El ejemplo argentino nos obliga a pensar sobre un problema un poco diferente, pero igualmente grave. Por un lado, los tribunales argentinos han ido excesivamente rápido para derivar conclusiones políticas particulares a partir del modelo democrático del que partían. Por otro lado, se hace difícil seguir el razonamiento de los jueces argentinos para concluir con ellos, a partir de las premisas de las que parten, que las manifestaciones populares deben ser consideradas, en principio, actos de sedición. Los problemas serían similares incluso si se aceptara una versión más generosa de lo que la Corte dijo en aquellos casos. Y esto es así porque incluso las respuestas modestas a la pregunta de qué es una democracia representativa exigen el respeto de las opiniones disidentes. Para ponerlo más claramente, uno puede defender una democracia de baja intensidad, preferir la apatía política al sólido activismo político, e incluso estar dispuesto a desalentar la participación popular en política, pero aun en ese caso resulta difícil negar la importancia de proteger de modo muy especial a los disidentes políticos. En suma, no existen buenas razones para seguir el razonamiento de los tribunales argentinos, desde su dogmática defensa de la democracia representativa hasta su brutal criminalización de los manifestantes políticos.

Ahora bien, hay también mucho por decir, específicamente, con relación al entendimiento altamente restrictivo de la democracia presentado por los jueces argentinos. En primer lugar, se debería mencionar que esta elección parece desconcertante en todo contexto constitucional, pero particularmente para un caso como el de la Argentina, que cuenta con una nueva Constitución —la de 1994— que incluye numerosos mecanismos sobre la parti-

cipación directa del pueblo en política. Las opiniones de la Corte también parecen asombrosas cuando se toma en cuenta que la historia democrática argentina, como la de otros muchos países latinoamericanos, se caracteriza por una sólida participación popular, que se manifiesta en el alto porcentaje de votantes que se presentan en cada elección y en la frecuencia y el carácter masivo de las manifestaciones populares que distinguen la vida política argentina. Además, esta opinión parece contradecir los supuestos sobre la democracia que la Corte argentina expresó en muchas otras áreas del derecho, típicamente en la mayoría de los casos relacionados con la libertad de expresión. En este sentido, uno podría razonablemente preguntarse si una concepción más interesante de la democracia que la elegida por la Corte argentina condenaría, en lugar de dar protección, a las críticas públicas intensas, las manifestaciones populares y las protestas sociales activas.

Considero que tanto en Argentina como en Estados Unidos —los dos principales casos analizados aquí— el Poder Judicial ha desarrollado una concepción de la democracia más sólida y relevante, asociada con una noción deliberativa de la democracia, en numerosos casos relacionados con la libertad de expresión. Mi opinión es que los jueces deberían tener en cuenta esta concepción, también, a la hora de ocuparse de las protestas sociales. Por supuesto, no resulta obvio cuáles deberían ser sus respuestas concretas en estos casos, luego de adoptar una concepción de la democracia más robusta. Pero parece difícil negar que si realmente estuvieran comprometidos con una teoría deliberativa de la democracia, sus decisiones serían significativamente diferentes de las que están redactando actualmente. Las teorías deliberativas, y particularmente los desarrollos más recientes de las mismas[67] parecen estar claramente abiertas a reconocer el valor e incluso la importancia de las expresiones disruptivas. Sin embargo, todavía es mucho lo que debemos investigar, antes de poder definir de modo más preciso adónde es que nos conducen tales teorías, en la evaluación de estos casos sociales difíciles, que surgen bajo circunstancias tan complejas como las que estamos atravesando.

---

[67] Young, I. *Inclusion and Democracy*. Ob. cit. 2000, « Activist Challenges to Deliberative Democracy». Ob. cit. 2001; Fung, A. «Deliberation before the Revolution. Towards an Ethics of Deliberative Democracy in an Unjust World». *Political Theory*, vol. 33, Nº 2; Mansbridge, J. Ob. cit.; Estlund, D., Ob. cit.