Instituto de Investigaciones Gino Germani
VII Jornadas de Jóvenes Investigadores
6, 7 y 8 de noviembre de 2013
Mauro Benente
CONICET/UBA/UP/UNPAZ
maurobenente@yahoo.com
Eje problemático: 3. Protesta, Conflicto y Cambio Social. Prácticas de organización y procesos de transformación

Protesta social y discurso jurídico. Democracia y violencia

Resumen

En el presente trabajo reseñaré el modo en que desde el discurso jurídico, principalmente desde el discurso académico del derecho, se ha abordado la problemática de la protesta social en los últimos quince años. A pesar de tratarse de una problemática especialmente sensible, son muy pocos los juristas que han trabajado la temática, y en general lo han hecho sin profundidad empírica, teórica ni conceptual.

De todos modos, entre quienes sí se han referido a la temática de la protesta social, propondré distinguir un núcleo importante de autores que han mostrado su hostilidad hacia ella –en particular hacia el corte de calles- y han bregado por su criminalización, y otro núcleo, bien pequeño, de autores que han apostado por proteger los espacios de protesta rechazando toda criminalización. A pesar de presentarse como dos miradas bien distintas, me interesará mostrar cómo ambos núcleos presentan un elemento común: la incapacidad de pensar el nexo entre democracia y violencia.

I- Introducción

La problemática de la criminalización de la protesta social ha sido y es un problema notablemente sensible para el discurso jurídico. Gran parte de los trabajos, generalmente poco documentados y con una muy débil profundidad conceptual, han sido escritos con posterioridad a la crisis política, social y económico de principios de siglo. En ese contexto, el repertorio de protestas delineaba un panorama de cacerolas en manos de sectores medios, y piquetes llevados adelante por los sectores más empobrecidos de la sociedad. Si bien el panorama en la actualidad no es el mismo, la temática de la criminalización de la protesta no ha quedado en el pasado, puesto que las manifestaciones con motivo del rechazo a proyectos de megaminería y la sanción de la ley 26.268 –conocida como “ley antiterrorista”- han

reavivado la discusión sobre la protesta social. Por su parte, un informe producido por diversas organizaciones sociales nucleadas en torno al *Encuentro Memoria, verdad y justicia* muestra que el problema mantiene una notable actualidad. Allí se indica la existencia, entre el período 2001- marzo de 2012, de alrededor de 4000 personas criminalizadas por protestar. Sobre cerca de 2200 hay datos sobre su pertenencia y lugar de procedencia y es así que se indica que el 31% de esos 2200 proviene del sector sindical, otro porcentaje similar de integrantes de pueblos originarios, siendo que casi el 50% de los casos de criminalización se registra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires (Encuentro Memoria, verdad y justicia, 2012). A pesar de esta dramática actualidad, la gran parte de las reflexiones jurídicas sobre el asunto se inscriben dentro del ciclo de protestas iniciado hacia fines del siglo pasado.

En el presente trabajó intentaré dar cuenta de los análisis que prestigiosos juristas argentinos plantearon sobre la temática, en particular sobre los cortes de ruta de aquellos años. Por un lado identificaré un importante número de autores, que por acotar la noción de democracia a una democracia representativa han manifestado una notable hostilidad respecto de los cortes de ruta. Estos juristas, que en general son profesores titulares en diferentes universidades, escriben manuales y tratados, en definitiva, son quienes producen el material teórico con el que se forman los abogados, en nombre de la democracia han indicado que la respuesta a los cortes de ruta y calle debía ser la criminalización. En segundo lugar presentaré la postura de Roberto Gargarella, quien, muy por el contrario a los casos anteriores y casi en soledad, se ha esforzado por defender los cortes de ruta con interesantes argumentos jurídicos. Ahora bien, con los cuidados que merece reprochar una postura como la de Gargarella dentro de un ámbito tan hostil hacia los cortes de ruta, me interesará problematizar el intento de encuadrar a los cortes de ruta como casos de ejercicio de la libertad de expresión.

A pesar de las notables diferencias que presentan los trabajos hostiles hacia la protesta social, y el esfuerzo teórico de Gargarella por protegerla, entiendo que ambos lineamientos comparten un núcleo oculto: la incapacidad de reflexionar el rol de la violencia en el funcionamiento de la democracia.

II- La hostilidad hacia la protesta y los cortes desde la comunidad académica jurídica

En mayo de 1999 en una muy breve nota periodística, Gregorio Badeni profesor titular de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y autor de numerosas obras en la materia, reflexionaba sobre los escraches y los cortes

de ruta. Al decir del autor, ambos eran casos en los cuales “la incultura cívica y las pasiones sectoriales suelen detentar un ejercicio patológico de ese derecho [de expresarse] mediante la violencia y al margen de las reglas de convivencia democrática” (Badeni, 1999). En los casos de cortes de ruta, “la petición y la protesta consisten en apropiarse de bienes del dominio público impidiendo la circulación por calles y rutas, en defensa de un interés sectorial y en desmedro del derecho de la comunidad” (Badeni, 1999). El caso de los escraches, siempre de acuerdo con Badeni, “[n]os recuerda las leyendas infamantes que los nazis alemanes e italianos escribían en las propiedades de los judíos y los daños que les ocasionaban. Era una muestra de barbarie e intolerancia, y antesala del más horrendo holocausto producido en el siglo XX” (Badeni, 1999). Finalmente, y aquí aparece la incompatibilidad entre la democracia y estos actos de protesta, Badeni plantea que tanto los cortes de ruta cuanto los escraches “[s]on actos que, respondiendo a un interés político o sectorial, son incompatibles con una convivencia civilizada y democrática” (Badeni, 1999). Siete años más tarde, en el 2006, también en un artículo periodístico, pero esta vez refiriéndose al corte en el puente Liberador General San Martín, ubicado en el límite entre Gualeguaychú y Fray Bentos, con motivo de la instalación de dos pasteras en territorio uruguayo, Badeni –que por entonces era el presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas- sostenía que “ejercer la libertad de expresión y simultáneamente incurrir en un acto ilícito doloso para restringir arbitrariamente el derecho al tránsito que asiste a las restantes personas no es un acto de libertad, sino de libertinaje” (Badeni, 2006a). Ese mismo año Badeni publicó la segunda edición –la primera data de 2004- de su voluminoso *Tratado de Derecho Constitucional*, en donde sostuvo que el derecho de petición no era un derecho absoluto, por lo que “la petición deja de ser un derecho que merece tutela legal cuando, por su intermedio, se incurre en la comisión de delitos o se lesiona el orden o la moral pública. Tal es lo que acontece cuando la petición está acompañada por la ejecución, individual o colectiva, de actos prohibidos por la ley o que lesionan arbitrariamente los derechos de las personas (art. 19 CN). En esta categoría incluimos a los «piquetes», el corte de vías de comunicación impidiendo el tránsito, la ocupación de establecimientos públicos o privados” (Badeni, 2006b: 544).

Por su lado, en otro muy breve trabajo -578 palabras- para un tema tan delicado, publicado en el año 2002 –en pleno momento de conflictividad social- en la Revista *La Ley*, de gran circulación entre los abogados y académicos del derecho, Juan Carlos Cassagne, por entonces profesor titular de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y autor de numerosos libros, refiriéndose a los cacerolazos y acotando la noción de democracia al ejercicio del sufragio, afirmaba que “[e]n cualquier caso,

el establecimiento de reglas mínimas para la convivencia en una sociedad civilizada no justifica que los ciudadanos estén obligados a consentir los malos gobiernos ya que, en una democracia representativa (art. 22, Constitución Nacional), el remedio correctivo se encuentra en el libre ejercicio del voto popular que permite la renovación periódica de los gobernantes y legisladores. Si lo que se cuestiona, básicamente, son las leyes que han creado el marco normativo que ha hecho posible la violación del derecho de usar y disponer de la propiedad sería quizás más justo que los ciudadanos canalizaran sus protestas ante el Congreso, en forma ordenada y pacífica, habida cuenta que constituye el ámbito natural de la democracia representativa en la que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes" (Cassagne, 2002:1398).

También en el año 2002, el día tres de julio, se conoció la sentencia de la Cámara de Casación Penal en el caso "Marina Schiffrin", una docente que había participado de un corte de ruta a la salida de la terminal de ómnibus de Bariloche y había sido condenada a la pena de tres meses de prisión en suspenso, como coautora responsable del delito de impedir y entorpecer el normal funcionamiento de los medios de transporte por tierra y aire sin crear una situación de peligro común (art. 194 código penal). La Cámara de Casación confirmó la sentencia y, de acuerdo a lo que puede leerse en el pronunciamiento, el juez federal de primera instancia de San Carlos de Bariloche, había utilizado la obra del constitucionalista Miguel Ángel Ekmekdjian, profesor titular de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y autor de un voluminoso tratado de cinco tomos, para sustentar su condena a Schifrin. Dentro de los argumentos empleados para condenar a la docente, el juez había sostenido, citando a Ekmekdjian, que "lo que afirma el art. 22 CN. es que la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio. Por medio de éste, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Este artículo rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo de derecha o de izquierda, así como cualquier intento de quebrantamiento del sistema constitucional y de las instituciones políticas. Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, lockouts u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso" (Ekmekdjian, 1994:599-600)[1]

[1] Este párrafo es reproducido en "Schifrin, Marina", CNCasación Penal, sala 1°, 03-07-2002, 2ª cuestión, voto de Bisordi y Catucci, punto a. JA 2002-IV-376.

También encuadrando los casos de protesta social dentro del art. 22 de la Constitución Nacional,[2] en la segunda edición –año 2003- de la *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* de María Angélica Gelli, profesora de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires, en Austral y en San Andrés, se lee que "[l]as acciones llevadas a cabo con la finalidad de llamar la atención de la opinión pública y presionar a las autoridades con cortes de rutas, caminos o calles encuadran en la prohibición constitucional, aun cuando las autoridades suelen ser complacientes con aquéllas, por motivos políticos o sociales y, en ocasiones, para evitar males mayores" (Gelli, 2003:219).

Asimismo, en un breve artículo publicado en marzo de 2005, Walter Carnota, quien fuera profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Lomas de Zamora, de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, y docente en numerosos cursos de postgrado, sostenía que "[l]a protesta social, como tantas cosas en la vida, empezó siendo legítima, al manifestar una serie de agravios, más que nada en el frente socio-económico. Prontamente, empero, extravió el rumbo. Desde hace años la Ciudad de Buenos Aires se ha transformado en un caos vehicular. Derechos tan mínimos como la seguridad individual o la circulación territorial se han visto impedidos por el calendario y los cronogramas de los que «marchan». Y allí es donde los reclamos y las protestas, al interferir con otros derechos igualmente valiosos y legítimos, se convierten en «disfuncionales» y en violatorios al orden público constitucional" (Carnota, 2005).

Por su lado, a modo de curiosidad, merece ser destacado un proyecto de ley presentado en el año 2006 por el entonces diputado Reinaldo Vanossi, quien fuera profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de La Plata, estableciendo la responsabilidad del Estado federal por "los daños producidos por acción u omisión del ejercicio del poder de policía del Estado, en particular por adoptar o no adoptar las medidas preventivas y/o represivas adecuadas ante cortes de rutas, puentes, vías navegables o de comunicación de todo tipo, o el acceso a lugares públicos o privados, aeropuertos, empresas, representaciones diplomáticas extranjeras, paseos públicos, instituciones educativas de cualquier nivel, o cualquier lugar en el que algún individuo tenga legítimo derecho de transitar o ingresar."[3] Asimismo, en un artículo publicado en la revista de la *Academia Nacional de Derecho*, en donde explica los alcances del proyecto, afirma que

[2] El artículo dispone que "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en nombre de éste, comete delito de sedición".
[3] Expte. 6968-D-2006, art. 17.

"[e]s conocido el fenómeno que se ha difundido en los últimos tiempos de la realización de los llamados «piquetes», por los que cualquier persona realiza reclamos, algunas veces legítimos y otras que no lo son tanto, con los que se interrumpe el tránsito, se impide el ingreso a aeropuertos, empresas, supermercados, casas de comidas, centros de expedición de combustibles, lugares de recreación, puentes nacionales e internacionales, etc.:, también se atenta contra la seguridad e incluso la integridad física de las personas, se destruye la propiedad privada y pública y, en fin, se realizan todo tipo de acciones generalmente delictivas, que ponen a la Argentina con la imagen de ser un país donde, pese a que se invocan diariamente los Derechos Humanos, no se respetan en lo más mínimo los derechos individuales más elementales y, lo más grave, todo ello se hace ante la mirada complaciente de las autoridades que están obligadas a resguardar tales derechos" (Vanossi, 2007:1). Como se puede advertir, en lugar de presentar proyectos de ley tendientes a remediar los problemas de pobreza, educación, falta de trabajo, la propuesta de Vanossi es que el Estado, por no prevenir o reprimir los cortes de ruta, repare a quienes se ven molestados por los cortes. Además, a modo de contraste, es interesante mostrar que frente a este tipo de proyectos, se advierten otros tantos presentados para amnistiar a quienes efectivamente participaron de cortes de ruta, proyectos que en algunos casos eran amnistías generales y en otros para cortes específicos.[4]

Por su lado, aunque no se trata de un profesor, pero lo referencio puesto que es un artículo con mayor actualidad –o con la misma actualidad, pero publicado más recientemente-, en el "Suplemento de Derecho Constitucional" de la Revista *La Ley* de junio de 2010,

[4] En esta línea pueden citarse los siguientes proyectos: Expte. 0975-D-2013, firmado por María Cristina Cremer De Busti (que es una reproducción del Expte. 3316-D-2011, y que propone una amnistía para quienes participaron de los cortes en contra de las pasteras en Fray Bentos); Expte. 0980-D-2012, firmado Atilio Francisco Salvador Benedetti, Ricardo Luis Alfonsín, Juan Pedro Tunessi, Jorge Mario Álvarez, Ricardo Rodolfo Gil Lavedra (proyecto que es una reproducción del Expte. 5887-D-2010, y que propone una amnistía para quienes participaron de los cortes en contra de las pasteras en Fray Bentos); Expte. 5704-D-2008, firmado por Horacio Alberto Alcuaz, María Virginia Linares, Claudia Fernanda Gil Lozano, Fabián Francisco Peralta, Claudio Lozano, Carlos Alberto Raimundi, Ricardo Oscar Cuccovillo, Nélida Belous, Elisa Beatriz Carca, Norma Elena Morandini, María Fernanda Reyes, Eduardo Gabriel Macaluse, Elsa Siria Quiroz, Héctor Flores, Pablo Zancada (proyecto que propone una amnistía a todos aquellos que hayan participado de movilizaciones y reclamos en vistas de obtener reivindicaciones sociales, políticas y económicas); Expte. 1023-D-2005, firmado por Alicia Amalia Castro (que es una reproducción del Expte. 5545-D-2003 y que propone una amnistía a todos aquellos que hayan participado de movilizaciones y reclamos en vistas de obtener reivindicaciones sociales, políticas y económicas); Expte. 5502-D-2003, firmado por Ricardo C. Gómez, Blanca I. Osuna, Mónica Kuney, Marcela A. Bordenave, Gerardo A. Conte Grand, Dante O. Canevarolo, Pablo A. Fontdevila, Rosana A. Bertone, Saúl E. Ubaldini, Patricia C. Walsh, Margarita O. Jarque, José A. Roselli, Guillermo E. Johnson (que propone una amnistía a todos aquellos que hayan participado de movilizaciones y reclamos en vistas de obtener reivindicaciones sociales, políticas y económicas); Expte. 7609-D-2001, firmado por Juan M. Urtubey, José M. Díaz Bancalari, Jorge A. Obeid, Manuel J. Baladrón, Alfredo N. Atanasof, Carlos Alesandri (proyecto que propone una amnistía para quienes hayan participado de las acciones de protesta social de los días 19 y 20 de diciembre).

Alberto Sánchez aplaudía una decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta que había confirmado el procesamiento de "Rubén Argañarás y otros", quienes el 9 de febrero de 2009, habían cortado la ruta nacional nº 9. Allí Sánchez sostenía, con una prosa que recuerda teoría de las ventanas rotas, que "[p]ara que hoy tengamos cortes de rutas y de puentes ha sido menester que antes tolerásemos vendedores ambulantes que ocupan las aceras con su mercadería, carteles de todo tipo y tamaño obstruyendo esas mismas aceras, automóviles colocados en bulevares con un tarrito encima para su venta, manifestaciones en las calles y muchas otras clases de invasión del espacio público, que es de todos, por unos pocos que se lo apropian para satisfacer intereses particulares. Los cortes de calles y rutas no hubiesen sido posible si aquellos primeros abusos no se hubiesen permitido" (Sánchez, 2010). [5] Además, con un argumento con pretensiones de corrección política, aclaraba que protestar era un derecho reconocido, pero no resultaba válido protestar cortando una ruta: "[u]na cosa es admitir la justicia de los reclamos y otra justificar, en su nombre, la ilegalidad de la forma de reclamar […] No se trata, por tanto, de «criminalizar la protesta», como falsamente se plantea, sino de entender que la protesta no puede ni debe asumir la forma de delito" (Sánchez, 2010).

Finalmente, en un trabajo también publicado en el año 2010 y también en la Revista *La Ley*, Raúl Rovira mostraba su rechazo a los piquetes en estos términos: "no podemos menos que deplorar el uso y abuso que hacen algunos sectores de la ciudadanía en la actualidad de los Derechos Humanos y de la libre expresión en el ejercicio de legítimos reclamos y demandas, cuando avasallan los derechos de otros, igualmente respetables. Prácticamente no hay día en que las calles, puentes, rutas y avenidas, no sean obstruidas por las manifestaciones piquetes y cortes que realizan sindicatos, organizaciones sociales, trabajadores cesantes, etc., para dar a conocer sus respectivos reclamos, impidiendo, arbitrariamente, la libre circulación de vehículos y peatones. Por supuesto, la implícita renuncia de los responsables oficiales a ejercer un razonable principio de autoridad para corregir evidentes excesos favorece la generación de un estado de anomia susceptible de desembocar nuevamente en situaciones lindantes con la anarquía" (Rovira, 2010).

Más allá de la escandalosa anécdota del proyecto de ley presentado por Vanossi y las más recientes publicaciones de Sánchez y de Rovira, puede advertirse que varios de los argumentos brindado por importantes juristas para reprochar los cortes de ruta, se basan en una estrecha mirada de la democracia. Es así que al decir de Badeni, los piquetes y los escraches no pueden enmarcarse en una sociedad democrática o, de acuerdo con Ekmekdjian,

[5] SÁNCHEZ, A., "Derecho de petición y corte de ruta: Un fallo aleccionador", *La Ley* 2010-D, 179.

Gelli y Cassagne –con diferentes matices-, los cortes de calle, al exceder los canales de la democracia representativa, se erigen como delitos de sedición. En la concepción de la democracia que está supuesta en estos autores, una mirada que parece reducir la democracia a un mero proceso electoral periódico, no hay espacio para una violencia no estatal. Para estas líneas teóricas hostiles a los piquetes y cortes de calle, la democracia parece no tolerar la violencia de los piquetes y los cortes de calle.

Ahora bien, dentro de un panorama moldeado a partir de una gran hostilidad hacia los fenómenos de protesta social, casi en soledad, y acompañado tal vez únicamente por Raúl Zaffaroni (Zaffaroni, 2002, 2007), Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el año 2003 y Raúl Gustavo Ferreyra (Ferreyra, 2003, 2009) –actualmente Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA-, Roberto Gargarella, profesor titular de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA y en la Universidad Torcuato Di Tella, se ha esforzado por brindar argumentos en vistas a proteger jurídicamente los episodios de protesta social y en particular los cortes de calle y ruta llevados adelante por los sectores más oprimidos de la sociedad. De algún modo, así como a partir de una versión restrictiva de la democracia, numerosos autores han repudiado los cortes de ruta, Gargarella los ha defendido a partir de una concepción deliberativa de la democracia. En lo que sigue, interesará analizar lo problemático que resultan esta concepción de la democracia al momento de analizar el caso de los piquetes o los cortes de ruta.

III- Democracia deliberativa y protesta social

Una aproximación mínima a la concepción deliberativa de la democracia que postula Carlos Nino y que retoma Roberto Gargarella, sugiere que la toma de decisiones políticas debe hacerse luego de un amplio proceso de discusión colectiva, en el cual deben participar todos los potencialmente afectados. Deben considerarse legítimas sólo aquellas normas precedidas de un debate con las características descriptas. Asimismo, y ya presentado un segundo elemento de esta aproximación mínima, Gargarella afirma que las decisiones políticas deben ser imparciales, siendo que una norma cumple con el requisito de la imparcialidad cuando se adopta no para favorecer un grupo determinado de personas, sino porque se considera que su contenido es el más justo, tomando en consideración todos los intereses involucrados (Gargarella, 1995:91-92; 2001:324-326).

De acuerdo con Nino, la democracia deliberativa es el sistema más propicio para alcanzar la imparcialidad de las decisiones, ya que permite el desarrollo de un debate público,

que es el mejor método para acceder al conocimiento de la verdad moral, de la decisión más justa. Esto es así porque permite que todos los potencialmente afectados por una decisión opinen sobre la viabilidad de las medidas a tomar, lo que hace que los argumentos se perfeccionen, se contemplen todos los supuestos de hecho a tener en cuenta y se detecten los errores de razonamiento, No obstante, ésta es la superficie de un discurso más complejo, pero también más problemático.

Ya en la primera edición de *Ética y derechos humanos*, publicado en 1984 a poco de ser recuperada la democracia, Nino establecía un notable nexo entre la democracia y el discurso moral, temática sobre la que avanzará en los años subsiguientes. Allí proponía, a modo de hipótesis, que "además de ser el régimen que mejor promueve su expansión, la democracia es un *sucedáneo* del discurso moral" (Nino, 1984:239). Recordemos que para Nino, "el discurso moral es una técnica para convergir en acciones y actitudes sobre la base de la adopción libre y compartida de los mismos principios para guiar esas acciones y actitudes" (Nino, 1984:239). Tal como quedará más claro en "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", aparecido en *Doxa* en 1988, Nino detecta en la democracia, y más específicamente en la democracia deliberativa, un mecanismo, una práctica social capaz de lograr el acceso acceder al conocimiento moral (Nino, 1988:87). Esta tesis será mantenida por Nino hasta sus últimos escritos, algo que claramente puede detectarse en el capítulo V de la *Constitución de la democracia deliberativa*, que, siendo de carácter póstumo, guarda muchas similitudes con el citado ensayo de 1988. Allí, luego de establecer una interconexión entre la moral y la política, Nino insistía en que "el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social […] una vez hechos ciertos reparos, se podría decir que la democracia es el procedimiento más confiable para acceder al conocimiento de los principios morales" (Nino, 1997:154).

Ahora bien, Nino afirma explícitamente que "la teoría epistémica de la democracia depende de ciertas hipótesis. Una es que la falta de imparcialidad no se debe a menudo a inclinaciones egoístas de los actores en el proceso social y político, sino a mera ignorancia acerca del contenido de los intereses de los demás" (Nino, 1997:168). En el mismo orden de ideas, Gargarella sostiene que "puede aducirse que las decisiones son a menudo «parciales» a causa de la ignorancia respecto de los intereses o preferencias reales de los otros. Se puede llegar a decisiones no neutrales no en virtud del interés propio o de la parcialidad de quienes toman las decisiones, sino porque no se ha comprendido bien de qué modo otras personas evalúan ciertas opciones" (Gargarella 2001:324).

Pareciera que la democracia se percibe como un procedimiento de toma de decisiones en el cual no hay intereses en juego, no hay disputas, no hay relación de fuerzas, sino simplemente diálogo e intercambio de razones. Asimismo, las innumerables y hasta infinitas decisiones parciales y defensoras de determinados intereses que sistemáticamente se adoptan en la arena política no se debe a que unos intereses triunfan sobre otros, a que determinados sectores poseen mayor capital económico y simbólico que otros, sino que se explican, ingenuamente, por un mero desconocimiento de determinadas razones, ciertos puntos de vista. El registro de la política parece no ser es el de las fuerzas, el de los intereses en juego y las disputas de poder, sino que es el registro celestial de los buenos argumentos.

Retomemos ahora la problemática de los piquetes, caracterizados no solamente por los cortes de ruta o calles sino también por los bombos, la pirotecnia, la quema de neumáticos –de hecho, los manifestantes que cortaban rutas, antes de ser etiquetados como *piqueteros* recibieron el nombre de *fogoneros*-. De lo que se trata, pues, es de violencia, de generación de daño, tal como de otra manera se produce en la huelga. La protesta es la creación de un espacio violento por fuera de la violencia instituida y tolerada jurídicamente. No obstante, en su defensa de los piquetes, Gargarella sustituye el fuego de las gomas, la demostración de fuerzas, la producción de daño, por algo mucho más paradisíaco, más próximo y menos hostil al discurso del derecho y al funcionamiento de la democracia: la libertad de expresión. Para Gargarella, ante cortes de rutas o calles es menester tomar en serio la densidad que tiene el derecho a la libertad de expresión ya que "en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que –mucho más- requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático" (Gargarella, 2005a:26). A mi modo de ver, puede que en algún momento de las protestas se exprese alguna consigna, que se pronuncie algún discurso, pero en las protestas poco es lo que se expresa o, más bien, aquello que se expresa no es otra cosa que una demostración de fuerza. Asimismo, el logro de los objetivos de la protesta depende mucho menos del contenido de lo expresado, de las buenas razones, que del daño generado, de la violencia. Las manifestaciones son una muestra de poder, una manifestación de fuerza que se opone a otro poder, a otras fuerzas. Acá no hay diálogo y si lo hay, tiene el trasfondo de este ejercicio de poder, de un poder que se ubica en la misma trama del diálogo. Hasta tanto la generación de violencia no se produzca, no hay diálogo entre funcionarios y manifestantes. Cuanto mucho, según creo, el diálogo es la continuación de la fuerza por otros medios.

Al analizar los fenómenos de protesta social en Argentina durante los último años del siglo XX y los primero del siglo XXI, Gargarella propone como diagnóstico que "en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político […] es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder político" (Gargarella, 2005:30). Según entiendo, y más allá de las excelentes intenciones de Gargarella –que no dejo de reivindicar- y la importancia y frescura que han traído sus sólidos análisis a la comunidad académica del derecho, lo cierto es que este es un modo de quitar la potencialidad de los actos de protesta. La protesta, el piquete, la quema de gomas, es una forma de evitar que los reclamos transiten, o que transiten exclusivamente, por el camino institucional –cuya configuración nunca está diseñada por los sectores excluidos-. Asimismo, es de destacar que no existe algo así como una incapacidad de traducir de modo directo las demandas: La protesta es la muestra más radical de la incapacidad de la canalización institucional para resolver este tipo de conflictos. Como las demandas por falta de trabajo, mejoras en la educación, la salud y en los salarios, o los reclamos por otra utilización de los recursos naturales fracasan cuando transitan los canales institucionales –instituciones que en muchos casos causan el problema contra el que se lucha-, es que se torna necesario cortar una calle o una ruta.

Cuando Gargarella esboza una poderosa y muy interesante crítica al pronunciamiento dictado el 23 de abril de 2004 por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Alais",[6] refiriéndose a los argumentos y la decisión de los jueces Tragant y Riggi, sostiene que "[l]os jueces del caso, en lugar de orientarse a satisfacer las demandas básicas de los grupos más desaventajados, decidieron dificultar la expresión de tales demandas. Actuando de este modo, dichos magistrados se mostraron más preocupados por preservar la «paz social» que la vitalidad del sistema democrático" (Gargarella, 2005b:57). Lo que resulta por demás curioso es que quien insiste sistemáticamente en el ejercicio de la libertad de expresión que supone el corte de ruta, o en el caso "Alais" el corte de vías del ferrocarril en localidad de Villa Lynch, no dedique ningún párrafo al contenido de la expresión, al contenido del reclamo que llevaban quienes cortaban las vías. En lugar de dar cuenta de la manifestación de potencia, de fuerza, lejos de mostrar la producción de daño que supone cortar las vías del ferrocarril, Gargarella busca, sin éxito, la solemnidad del ejercicio de un valor liberal tal como lo es la libertad de

[6] Cámara Nacional de Casación Penal, sala 3ª, "Alais, Julio A. y otros s/recurso de casación", JA 2004-III-274. Sentencia del 23 de abril de 2004.

expresión y, al hacerlo, no hace más que trasladar elementos ideales de una teoría normativa como la de la democracia deliberativa a contingencias históricas que poco tienen que ver con ella. De allí que una vez conocida la sentencia del Tribunal de la Haya respecto del diferendo entre Argentina y Uruguay sobre la pastera Botnia, Gargarella sugiera que "quienes protestan en Gualeguaychú se equivocan, políticamente, al insistir con medios de protesta que se han rutinizado y vaciado de potencia expresiva" (Gargarella, 2010). Ahora bien, el fracaso del corte del puente General San Martín –que separa la ciudad argentina de Gualeguaychú con la ciudad uruguaya de Fray Bentos- no se debió, creo, a un problema de potencia expresiva. El contenido de la expresión fue siempre el mismo: "no a las papeleras". Lo que ocurrió fue que el corte del puente no logró reunir las fuerzas necesarias para lograr el objetivo. Si adoptamos el ejemplo de los paros docentes en reclamo de aumentos salariales, la capacidad de lograr el cometido, no depende solamente del potencial expresivo, sino también de su potencial dañino. No es casual, pues, que los reclamos docentes, los paros y manifestaciones, se desarrollen durante el ciclo lectivo –cuando es posible generar tal daño- y no en período de receso. El potencial de la expresión es el mismo en cualquier época del año, pero el daño que generan es muy diferente. Expresarse en verano o en marzo sobre los bajos sueldos docentes tiene el mismo potencial expresivo y el contenido racional que se vuelca en el foro público es el mismo. Lo que cambia es la magnitud del daño producido. Del mismo modo, puede advertirse que los cortes de calle y ruta se realizan los día de semana y no los sábados y domingos, días en los cuales se podría expresar exactamente lo mismo, pero con menos generación de daño.

En este punto, recordemos que la definición mínima de democracia deliberativa estipulaba que las decisiones políticas debían adoptarse luego de un amplio proceso de discusión colectiva, en el cual debían participar todos los posibles afectados. Tengamos presente también, que de acuerdo con esa perspectiva, la parcialidad de las decisiones políticas se debe, no a la imposición de unos intereses sobre otros, sino a un mero desconocimiento sobre la situación de determinados actores sociales. Es a partir de este marco teórico que Gargarella afirma que "[a]nte todo, vale la pena que pensemos sobre las dificultades expresivas que tienen muchísimos grupos, en nuestro país, y que les impiden hacer conocer a los demás aquellas cuestiones que más les preocupan. Se trata de las cuestiones relacionadas con un problema muy serio: el de las necesidades básicas insatisfechas […] Lo que importa es que todos los grupos con necesidades básicas insatisfechas, en cualquier provincia o localidad, cuenten con la posibilidad adecuada de hacer conocer sus reclamos al poder público, y de ser atendidos debidamente" (Gargarella, 2008:826-827). Creo que uno puede estar de acuerdo con estas líneas, pero es problemático

acordar con ellas cuando éstas se escriben como argumentos para proteger las protestas sociales. El hacer conocer el reclamo es lo menos importante y se puede hacer de numerosas maneras. Además, generalmente, quienes gobiernan están en conocimiento del contenido de los reclamos, pero lo radical de la protesta es que pone a todas luces que las decisiones políticas poco tienen que ver con la razón y mucho con la astucia, poco con el diálogo y mucho con la fuerza.

IV-Notas finales

A primera vista los trabajos de Badeni, Gelli, Cassagne y Ekmekdjian, se muestran bien distintos al esfuerzo de Gargarella. En un caso la respuesta es la criminalización de la protesta, en el segundo la propuesta es la contraria. Si Gregorio Badeni, María Angélica Gelli, Juan Carlos Cassagne y Miguel Ángel Ekmekdjian en nombre de una idea de democracia reducida a la representación electoral repudian la violencia, la violación de derechos que se produce en un corte de ruta, Gargarella en nombre de la democracia, pero con una concepción deliberativa de la democracia, acoge estos actos, pero al costo de transformar la violencia en libertad de expresión. Dentro del espectro teórico hostil a la protesta social, parece claro que la democracia, una versión por cierto muy estrecha de la democracia, no puede convivir con este tipo de actos violentos no estatales –sí tal vez con otros, presentes y pasados-. Sin embargo aquello que no queda claro en los desarrollos de Gargarella es hasta qué punto una teoría de la democracia deliberativa acepta, no ya el juego de buenas razones –que no es ajeno a la violencia-, sino el juego en el que avanzar o retroceder un casillero no depende, o no depende únicamente, de los buenos argumentos, sino también de la astucia, la violencia, la demostración de fuerza. La estrecha versión de la democracia que presentan los autores hostiles hacia los cortes no tolera la violencia. La teoría de la democracia deliberativa se nutre de la libertad de expresión, pero aún queda por definir cuál es su relación con la violencia. Lo que sí sabemos, es que en un caso especialmente interesante para pensar la vinculación entre democracia y violencia, como es el caso de los piquetes y cortes de ruta, se ha traducido la fuerza de la protesta en buenos argumentos.

Más allá de las notables diferencias entre los autores hostiles hacia la protesta, y la apuesta de incluirla dentro del funcionamiento de la democracia, lo que ambas propuestas muestran es la incapacidad de pensar la relación entre violencia y democracia. Las democracias occidentales son hijas de la violencia y necesitan de ella para mantenerse. Es notable que el discurso jurídico no se atreva a pensar sus necesarios vínculos.

V- Bibliografía

Badeni, G. (1999, mayo 17) Formas de libertinaje. *Clarín*.

(2006a, julio 18). Los límites de la libertad de expresión. *La Nación*.

(2006b) *Tratado de derecho constitucional* I. Buenos Aires: La Ley.

Carnota, W. F. (2005). Reunión pacífica y sin armas. *Revista elDial.com*, DC58E.

Cassagne, J. C. (2002). Reflexiones sobre los «cacerolazos». *Revista La Ley* C, Buenos Aires, p. 1398.

Ekmekdjian, M. Á. (1994). *Tratado de derecho constitucional* II. Buenos Aires: Depalma.

Elosú Larumbe A.A. (2010). Los «cortes de ruta» y las causas de exclusión de la antijuridicidad. *Revista La Ley*, *Suplemento de Derecho Penal*, Buenos Aires.

Encuentro Memoria, Verdad y Justicia (2012). *Informe sobre la criminalización de la protesta*. [consulta 16 de julio]. Disponible en http://encuentromvyj.files.wordpress.com/2012/03/informe-criminalizacion-de-la-protesta-organismos-ddhh-emvj-marzo-2012.pdf

Ferreyra, R. G. (2003) *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*. Buenos Aires: Hammurabi.

(2009). Interpretación judicial y protesta social. Ponencia presentada en las *Jornadas científicas de la magistratura de la argentina*, Facultad de Derecho de la UBA, 2009.

Gargarella R., (1995). Crisis de representación y constituciones contramayoritarias. *Revista Isonomía*. 4, 89-108.

(2001). Representación Plena, deliberación e imparcialidad. En *La Democracia Deliberativa* (pp. 323-345). Barcelona: Gedisa.

(2005a). Ruta 1: Expresión cívica y «cortes de ruta». En *El derecho a la protesta* (pp. 23-31). Buenos Aires: Ad-Hoc.

(2005b). Por qué el fallo «Alais» es (jurídicamente) inaceptable. En *El derecho a la protesta* (pp. 47-57). Buenos Aires: Ad-Hoc.

(2008). El derecho frente a la protesta social. En *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (pp. 821-837). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

(2010). Elstund/Gualeguaychú. [Consulta: 16 de julio de 2013] http://www.seminariogargarella.blogspot.com.ar/2010/04/estlundgualeguaychu.html

Gelli, M. A. (2003). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La Ley.

Nino, C. S. (1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós.

(1988). Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas. *Revista Doxa* 5, 87-105.

(1997). *La constitución de la democracia deliberativa* (trad. de R. Saba). Barcelona: Gedisa.

Pravia, A. (2011, febrero 16). La seguridad ciudadana, la protesta social y la actuación policial. *Diario Judicial*.

Rovira, R. R. (2010, diciembre 28). Estado de derecho o anarquía. Una experiencia para tener presente. *Revista La Ley*, Suplemento actualidad.

Sánchez, A. (2010). Derecho de petición y corte de ruta: Un fallo aleccionador. *Revista La Ley*, Buenos Aires 2010-D, 179.

Vanossi, J. R. (2007). "Ley de bases" sobre responsabilidad del Estado. *Revista Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires.

Zaffaroni, E. R (2002). El derecho penal y la protesta social. *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-IV-384.

(2007). Derecho penal y protesta social. En, *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez* (pp. 1061-1077). Lima: Idemsa.