

CRIMINALIZACIÓN Y REGULACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL. EL FRACASO DE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA *

MAURO BENENTE**

Resumen: Un importante número de académicos que han abordado aunque de modo superficial la protesta social, han empleado una visión muy restringida de la democracia y por ello han repudiado los cortes de ruta. Por su lado, desde la teoría de la democracia deliberativa se ha ensayado una defensa de los cortes de ruta contemplando en ellos un ejercicio de la libertad de expresión. Tomando como ejemplo un proyecto de ley presentado para regular la protesta social, trataré de mostrar el fracaso de la teoría de la democracia deliberativa para proteger los cortes.

Palabras clave: democracia – protesta social – libertad de expresión – violencia.

Abstract: A significant number of academics who have studied although superficially social protest, have employed a very narrow view of democracy and therefore they have repudiated the roadblocks. For its part, the theory of deliberative democracy has tested a defense of the roadblocks contemplating in them an exercise of free speech. Taking as an example a bill submitted to regulate social protest, I try to show the failure of the theory of deliberative democracy to protect the roadblocks.

Keywords: democracy – demonstration – free speech – violence.

* Recepción del original: 23/11/2015. Aceptación: 20/12/2015.

** Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "A.L. Gioja" y becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a cargo del curso "Michel Foucault, el derecho y el poder", y Profesor Titular de filosofía del derecho en la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz. maurobenente@yahoo.com.

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 económica de principios de siglo. En ese contexto, el repertorio de protestas delineaba un panorama de cacerolas en manos de sectores medios, y piquetes –cortes de calles y carreteras– llevados adelante por los sectores más empobrecidos de la sociedad. Es importante tener esta situación presente, puesto que las protestas que tenían frente a sus ojos los y las juristas que abordaron la temática eran protagonizadas por los sectores más oprimidos de la sociedad, que generalmente reclamaban por puestos de trabajo, aumento en el presupuesto de salud, vivienda, y por la provisión estatal de servicios básicos de primera necesidad.

Si bien el panorama en la actualidad presenta diferencias, la cuestión 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 confeccionado 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, en el período 2001-marzo de 2012, de alrededor de cuatro mil personas criminalizadas por protestar. Sobre cerca de dos mil doscientas hay datos sobre su pertenencia y lugar de procedencia: el 31% de esos dos mil doscientos 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.¹

Siete años después de la sanción de la “ley antiterrorista”, en la apertura de sesiones del Congreso de la Nación del primero de marzo de 2014, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner no dudó en sostener que “todo el mundo tiene derecho a protestar, pero no cortando las calles, impidiendo

1. Encuentro memoria, verdad y justicia. Informe sobre la criminalización de la protesta. Consultado en [<http://encuentromvuj.files.wordpress.com/2012/03/informe-criminalizacion-de-la-protesta-organismos-ddhh-emvj-marzo-2012.pdf>] el 13/10/15.

que la gente vaya a trabajar. Creo que vamos a tener que legislar sobre una norma de respeto y convivencia urbana". Afortunadamente el Congreso no avanzó en nuevas regulaciones y limitaciones a la protesta, aunque varios proyectos de ley fueron discutidos en la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados. Uno de los proyectos resultó, en el discurso mediático, de especial relevancia puesto que llevaba la firma de Carlos Kunkel, José María Díaz Bancalari y Diana Conti, tres Diputados de notable peso al interior de la estructura del Frente Para la Victoria, el partido de la entonces Presidenta. Aunque el proyecto no fue aprobado, ha marcado el completo fracaso que tienen las teorías deliberativas de la democracia no solamente para analizar el fenómeno de las protestas sociales, sino también para justificar los piquetes. Según diré, el proyecto muestra la completa inutilidad de la teoría de la democracia deliberativa para justificar la protesta en tanto acto de fuerza y cómo se queda sin argumentos frente a proyectos tendientes a limitar los cortes.

Para avanzar en mi propuesta, en la primera parte del trabajo intentaré dar cuenta de los análisis que prestigiosos juristas argentinos plantearon sobre la temática, en particular sobre los cortes de ruta que se desarrollaron hacia fines del siglo pasado y a inicios del corriente. Allí identificaré un importante número de autores y autoras, que por acotar la noción de democracia a un simple mecanismo representativo han manifestado una notable hostilidad respecto de los cortes de ruta. Estos y estas juristas, que en general son profesores y profesoras titulares en diferentes universidades, escriben manuales y tratados, y en definitiva son quienes producen el material teórico con el que se forman los abogados y abogadas, en nombre de la democracia han indicado que la respuesta a los cortes de ruta y calle debía ser la criminalización. En la segunda parte del trabajo me detendré espacialmente en los desarrollos de Roberto Gargarella, quien muy por el contrario a los casos anteriores y casi en soledad, partiendo de una visión deliberativa de la democracia se ha esforzado por defender los cortes de ruta. Ahora bien, con los cuidados que merece reprochar una postura como ésta dentro de un ámbito tan hostil hacia los cortes de ruta, me interesará tanto problematizar el intento de encuadrar a los cortes de ruta como casos de ejercicio de la libertad de expresión cuanto sostener que el proyecto cofirmado por Kunkel, Conti y Díaz Bancalari muestra con una notable claridad que se puede proteger el derecho a la libertad de expresión y de modo simultáneo restringir la protesta social. Quisiera, pues, utilizar el

proyecto como un laboratorio conceptual para dar cuenta de los límites de la teoría de la democracia deliberativa.

Antes de iniciar con el desarrollo de mi trabajo quisiera aclarar que la extensión de algunas de las citas obedece a que deseo presentar de modo bien preciso las argumentaciones desplegadas por los autores y las autoras que analizaré críticamente. En todos los casos he intentado leer a todos y todas ellas a su mejor luz, y es por ello que aun a costa de obstaculizar la lectura me he inclinado por incorporar citas algo extensas.

II. LA HOSTILIDAD A LOS CORTES DE RUTA

Fiel a una tradición bastante conservadora que atraviesa a buena parte de la producción jurídica en Argentina, no causa sorpresa que la gran mayoría de los y las juristas se pronunciaran en reproche a las manifestaciones y reclamos que utilizaban el corte de ruta y calle como repertorio. Tampoco sorprende que muchos y muchas no hayan dudado en observar con buenos ojos las herramientas proveídas por el derecho penal. No resulta novedoso que respecto de aquellos sectores más excluidos y oprimidos, a los que solamente les quedaba la calle para presionar por sus demandas, buena parte de los y las juristas recomendaran excluirlos aún más aplicándole un castigo. Aquello que a primera vista causa algo más de estupor es que haya sido en nombre de la democracia que se haya rechazado y repudiado la protesta social. Pero cuando se realiza una segunda lectura, queda claro que el círculo conservador se cierra porque aquel repudio se asienta sobre una mirada notablemente raquítica del funcionamiento de la democracia. En lo que sigue, entonces, realizaré una breve crónica de estas miradas hostiles a los cortes de ruta.

En mayo de 1999 en una muy breve nota periodística Gregorio Badeni reflexionaba sobre los escraches y los cortes de ruta, 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".² A su modo de ver los 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

2. BADENI, Gregorio, "Formas de libertinaje", *Clarín*, 17 de mayo de 1999.

de un interés sectorial y en desmedro del derecho de la comunidad".³ 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".⁴ 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".⁵ 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".⁶ 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".⁷

En otro muy breve trabajo —solamente 578 palabras para un tema tan delicado—, publicado en el año 2002 en la Revista *La Ley*, de gran circula-

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

6. BADENI, Gregorio, "Los límites de la libertad de expresión" *La Nación*, 18 de julio de 2006.

7. BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional I*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 544.

ción entre los abogados y académicos del derecho, Juan Carlos Cassagne se refirió a los cacerolazos y acotando la noción de democracia al ejercicio del sufragio no dudó en sostener que "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".⁸

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 terrestres sin crear una situación de peligro común (art. 194 del código penal). La Cámara de Casación confirmó la sentencia y, de acuerdo con 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 para sustentar su condena a Schiffrin. Dentro de los argumentos empleados para condenar a la docente, el juez había sostenido, citando al mencionado profesor, 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 este, 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,

8. CASSAGNE, Juan C., "Reflexiones sobre los «cacerolazos»", en *Revista La Ley* c-1938, Buenos Aires, 2002.

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".⁹

También encuadrando los casos de protesta social dentro del artículo 22 de la Constitución Nacional,¹⁰ en la segunda edición –del año 2003– de la *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* de María Angélica Gelli 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".¹¹ Ya sin referencias al artículo 22, pero también observando en los cortes una vulneración del sistema constitucional, en un breve artículo publicado en marzo de 2005 Walter Carnota 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".¹²

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. En el proyecto,

9. EKMEKDJIAN, Miguel Á. (1994), *Tratado de derecho constitucional* II, Buenos Aires: Depalma, pp. 599-600. 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.

10. 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 este, comete delito de sedición".

11. GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 219.

12. CARNOTA, Walter f. "Reunión pacífica y sin armas", en *Revista eldial.com*, DC58e, 2005.

nunca sancionado, se establecía 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".¹³ En sintonía, en un artículo publicado en la revista de la *Academia Nacional de Derecho*, en donde explicaba los alcances del proyecto, afirmaba que "[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".¹⁴ Como se puede advertir, en lugar de presentar proyectos de ley tendientes a remediar los problemas de pobreza, el desfinanciamiento de las instituciones educativas y sanitarias, la falta de trabajo, la propuesta de Vanossi era que el Estado, por no prevenir o reprimir los cortes de ruta reparara a quienes se ven molestados por los cortes. Si bien el proyecto tiene límites muy delgados con el ámbito de lo ridículo, a modo de contraste no podemos olvidar que en la vereda opuesta existía una importante cantidad de iniciativas legislativas que proponían amnistiar a quienes habían participado de cortes de ruta, pro-

13. Expte. 6968-D-2006, art. 17.

14. VANOSI, Jorge R. "«Ley de bases» sobre responsabilidad del Estado", en *Revista Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires, 2007, p. 1.

yectos que en algunos casos implicaban amnistías generales y en otros aludían a cortes o manifestaciones específicas.¹⁵

Por su lado, aunque ya no estamos frente a profesoras y profesores titulares que escriben tratados y manuales, cabe referenciar un trabajo de Alberto Sánchez publicado en el "Suplemento de Derecho Constitucional" de la Revista *La Ley* de junio de 2010, donde aplaudía y brindaba por una decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta que había confirmado el procesamiento de Rubén Argañarás y otros manifestantes, quienes el 9 de febrero de 2009 habían cortado la ruta nacional n° 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

15. 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, Nélica 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 Alessandri (proyecto que propone una amnistía para quienes hayan participado de las acciones de protesta social de los días 19 y 20 de diciembre).

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”.¹⁶ 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”. Finalmente, en un trabajo también publicado en el año 2010 y nuevamente en *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”.¹⁷

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

16. SÁNCHEZ, Alberto, “Derecho de petición y corte de ruta: un fallo aleccionador”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2010-D, 179.

17. ROVIRA, Raúl R. “Estado de derecho o anarquía. una experiencia para tener presente”, en *Revista La Ley*, Suplemento Actualidad, 28 de diciembre de 2010.

la democracia que está supuesta en estos autores, una mirada que parece reducir la democracia a un mero proceso electoral periódico, a una actitud de esconderse para introducir un papel en un sobre y luego un sobre en una urna, no hay espacio para ejercicios de violencia o actos de fuerza no estatales como los que se desarrollan en los cortes de calles y rutas. Para estas líneas teóricas hostiles a los piquetes y cortes de calle, la democracia parece no tolerar la necesaria y constitutiva manifestación de violencia y de fuerza de los piquetes y los cortes de calle.

De modo contrario, en el marco de este panorama moldeado a partir de una gran hostilidad hacia los fenómenos de protesta social, y acompañado tal vez únicamente por Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁸ y Raúl Gustavo Ferreyra,¹⁹ Roberto Gargarella 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 y autoras han repudiado los cortes de ruta, Gargarella los ha defendido a partir de una concepción deliberativa de la democracia. En lo que sigue, me interesará analizar lo problemático que resulta esta concepción de la democracia como grilla de análisis de los piquetes o los cortes de ruta.

III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y PROTESTA SOCIAL

A escala global, entiendo que la aproximación más interesante y sofisticada sobre la democracia deliberativa es la aportada por Jürgen Habermas en *Facticidad y Validez*, y en algunos artículos y conferencias anteriores y posteriores a la publicación de 1992. De todos modos Roberto Gargarella no ha retomado la noción deliberativa de la democracia de los desarrollos

18. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. "El derecho penal y la protesta social", en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-iv-384; ZAFFARONI, Eugenio R., "Derecho penal y protesta social", en AA. VV. *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, Idemsa, 2007, pp. 1061-1077.

19. FERREYRA, Raúl G., *La constitución vulnerable. crisis argentina y tensión interpretativa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003; FERREYRA, Raúl G., "Interpretación judicial y protesta social", Ponencia presentada en las *Jornadas científicas de la magistratura de la argentina*, Facultad de Derecho de la UBA, 2009.

del autor alemán sino de otro autor argentino, Carlos Santiago Nino. Esto quizás no sea un dato menor puesto que si bien no puedo desarrollarlo en este trabajo, leídas a contraluz, las teorías de Nino resultan notablemente más liberales que las propuestas de Habermas.

Una aproximación mínima a la concepción deliberativa de la democracia que postula Nino y que retoma Gargarella, indica que la adopción 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 solo aquellas normas precedidas de un debate con las características descriptas y que además sean producto del consenso al que se arriba una vez atravesado ese proceso de intercambio de buenas razones. Además Gargarella agrega 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, sino porque se considera que su contenido es el más justo, tomando en consideración todos los intereses involucrados.²⁰ 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.

En la primera edición de *Ética y derechos humanos*, publicado en 1984 a poco de ser recuperada la democracia, Nino establecía un estrecho nexo entre la democracia y el discurso moral, temática sobre la cual avanzó en los años subsiguientes. Allí proponía que "...además de ser el régimen que mejor promueve su expansión, la democracia es un *sucedáneo* del discurso moral".²¹ Tal como queda más claro en "Constructivismo epistemológico:

20. GARGARELLA, Roberto, "*Crisis de representación y constituciones contramayoritarias*", en *Revista Isonomía*, n° 4, 1995, pp. 91-92; GARGARELLA, Roberto, "Representación plena, deliberación e imparcialidad", en ELSTER, Jon, *La Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 324-326.

21. NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 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

entre Rawls y Habermas", aparecido en *Doxa* en 1988, Nino detecta en la democracia deliberativa un mecanismo, una práctica social capaz de lograr el acceso al conocimiento moral.²² Esta tesis fue mantenida hasta sus últimos escritos, y es así que el capítulo V de la *Constitución de la democracia deliberativa* luego de establecer una interconexión entre la moral y la política, 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".²³ En línea con lo anterior, 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".²⁴ 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".²⁵

Pareciera que la perspectiva deliberativa propone a la democracia 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 latinoamericana no se explican porque unos intereses triunfan sobre otros, ni porque determinados sectores poseen mayor capital económico y simbólico que otros, sino que

guiar esas acciones y actitudes". NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

22. NINO, Carlos S., "Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas", en *Revista Doxa*, n° 5, 1988, p. 87.

23. NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, p. 154.

24. *ob. cit.*, p. 168.

25. GARGARELLA, Roberto, "Representación plena, deliberación e imparcialidad", en ELSTER, Jon, *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 324.

se explican, ingenuamente, por un mero desconocimiento de determinadas razones, de ciertos puntos de vista. El registro de la política parece no ser el de las fuerzas, el de los intereses en juego y las disputas de poder, sino que se juega en la dimensión celestial de los buenos y malos argumentos.

Bien podría sostenerse que la teoría deliberativa de la democracia no está contaminada por el juego de intereses ni de las correlaciones de fuerzas porque es una teoría estrictamente normativa. En tanto teoría normativa, no hace más que establecer un ideal regulativo que cuanto mucho resulta útil para realizar un contraste con el juego político realmente existente y a partir de ello enunciar un juicio crítico. Uno podría problematizar la utilidad de una teoría normativa que suponga la igualdad y el consenso, no por ser criterios reprochables sino porque se trata de valores que cualquiera adoptaría, y porque cualquiera sabe que la historia política –no la historia de la filosofía política– poco tienen que ver con la igualdad total y el consenso absoluto. De todos modos no me interesa detenerme en este asunto, puesto que el mayor problema se encuentra no cuando discutimos la democracia en términos normativos, ni cuando en nombre de ese ideal regulativo realizamos un ejercicio crítico de la democracia contemporánea, sino cuando sin ninguna traducción ni adaptación pretendemos emplear el esquema normativo de la democracia deliberativa para analizar un aspecto de la realidad argentina de fines del siglo pasado como son los cortes de calle y rutas para reclamar por necesidades básicas insatisfechas.

Los piquetes se caracterizan 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 cierta demostración de fuerzas, de generación de daños, tal como de otra manera se produce en la huelga. La protesta es la creación de un espacio violento, de una producción de daños a terceros, por fuera de la violencia instituida y tolerada jurídicamente. No obstante, en su defensa de los piquetes, cayendo en el error de analizarlos a través de un criterio estrictamente normativo, 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 liberal: la libertad de expresión. En sus numerosas publicaciones, el fundamento para brindar un paraguas jurídico a los cortes de ruta y de calle ha sido la protección de la libertad de expresión.

En varios de sus trabajos Gargarella asume que en los cortes de calle y ruta se generan conflictos de derechos, pero esto de ningún modo implica optar por la criminalización de los piquetes sino que aquello que hay que hacer es, justamente, ponderar los derechos en juego.²⁶ En primer lugar, y antes de avanzar en el resultado de esta ponderación, es importante tener presente que si el derecho afectado es el de transitar en automóvil o en transporte público, el derecho ejercido es la libertad de expresión. Gargarella no tiene dudas en catalogar a las protestas como un acto que hace uso del derecho de libertad de expresión, y es así que en un muy didáctico trabajo en el cual realiza un diálogo imaginario alrededor de los debates sobre la protesta, él mismo se pregunta "¿*Qué derecho es, entonces, más importante (el derecho al libre tránsito o el derecho a la libertad de expresión)*?"²⁷ Antes de avanzar en la respuesta, reitero que para la perspectiva de la democracia deliberativa el corte de ruta o de calle es un ejercicio de la libertad de expresión, y es por ello que parece fácil advertir la inclinación por su protección: "[e]ste tipo de derechos o «superderechos» resultan merecedores de la máxima protección judicial, fundamentalmente dada su proximidad con el nervio democrático".²⁸ Además esta protección a la libertad de expresión se intensifica todavía más cuando estamos frente a críticas al poder de turno. Es por ello que dice Gargarella: "creo que el consejo puede ser más preciso, para señalarle al magistrado su deber más importante, que es el de proteger al que habla, sobre todo si se trata de

26. GARGARELLA, Roberto, "Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 72-74; GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006, p. 22.

27. GARGARELLA, Roberto, "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", en *Revista Derecho pucp*, n° 61, 2008, p. 27.

28. GARGARELLA, Roberto, "Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 74. 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 solo 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, Roberto, "Ruta 1: expresión cívica y «cortes de ruta»", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 26.

una voz que pretende presentar una crítica contra quienes ejercen el poder. Esa voz es la que más necesita ser protegida".²⁹ Más allá de coincidir con la especial protección al crítico, aquí lo que está en juego es otra cosa: la reducción de una protesta a una simple "voz", que incluso se enuncia en singular, como si los piquetes no tuvieran por detrás organizaciones políticas y sociales.

A mi modo de ver, es claro que en las protestas y cortes de calle se expresan consignas e ideas, se pronuncian discursos, pero en las protestas aquello que centralmente 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 y la molestia causada. No es correcto situar al diálogo en el centro de la escena porque si este existe es por el trasfondo de la manifestación de fuerzas, de un ejercicio de poder que se ubica en la misma trama del diálogo. Hasta tanto la generación de violencia no se produzca, hasta tanto el corte de rutas o calles no cause molestias, no hay diálogo entre funcionarios y manifestantes. Cuanto mucho, al menos en estos casos límites del sistema institucional, el diálogo es la continuación de la fuerza por otros medios.

Al analizar los fenómenos de protesta social en Argentina durante los últimos años del siglo XX y los primeros 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".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,

29. GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006, pp. 22-23. del mismo modo, en otro de sus trabajos, insiste en que los jueces "deben hacer un esfuerzo por resguardar el crítico, muy especialmente cuando lo que está en juego es una crítica al poder público y más todavía si el crítico tiene dificultades para expresarse por otros medios". GARGARELLA, Roberto, "El derecho a la protesta social", en *Derecho y humanidades*, n° 12, 2006, p. 145.

30. GARGARELLA, Roberto, "Ruta 1: expresión cívica y «cortes de ruta»", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 30.

lo cierto es que este es un modo de disminuir la potencia de los actos de protesta. La protesta, el piquete, es una manera de desbordar los canales institucionales, y es una intervención en el espacio público empleada para presionar a las instituciones para resolver reclamos que seguramente ya fracasaron en su tramitación formal dentro de las instituciones. Cuando las demandas por la creación de puestos de trabajo, las exigencias de mejoras en la educación, la salud y en los salarios, o los reclamos por otra o ninguna utilización de los bienes comunes –generalmente denominados recursos naturales– no son tratados satisfactoriamente por los canales institucionales –instituciones que en muchos casos causan el problema contra el que se lucha–, se vuelve necesario cortar una calle o una ruta. La protesta no el síntoma de una mala traducción de las demandas, es un mecanismo de presión para ellas sean atendidas.

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",³¹ 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".³² 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 como la libertad de expresión y, al hacerlo no hace más que trasladar elementos ideales de una teoría normativa de la democracia a contingencias históricas que poco tienen que ver con ella. De allí que una vez conocida la sentencia del Tri-

31. 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.

32. GARGARELLA, Roberto, "Por qué el fallo «Alais» es (jurídicamente) inaceptable", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 57.

bunal 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".³³ 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, materiales y simbólicas, 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 daño a padres y estudiantes– 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 durante el receso o al inicio de clases exigiendo mejoras salariales o mejores condiciones de trabajo tiene el mismo potencial expresivo, y el contenido racional que se vuelca en el foro público es exactamente 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 días laborales y rara vez los sábados y domingos y feriados, días en los cuales se podría expresar exactamente lo mismo, pero con menos generación de daño porque molestaría mucho menos a trabajadores del transporte, pasajeros, y automovilistas.

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 también presente que la parcialidad de las decisiones políticas se explica no por la imposición de unos intereses sobre otros, sino por 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

33. GARGARELLA, Roberto, "Elstund/Gualeguaychú". consultado en [<http://www.seminario-gargarella.blogspot.com.ar/2010/04/estlundgaleguaychu.html>] el 25/10/15.

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".³⁴ Creo que uno puede estar de acuerdo con estas líneas, pero es problemático acordar con ellas cuando se escriben como argumentos para proteger las protestas sociales. El hacer conocer el reclamo a las autoridades públicas es lo menos importante y se puede hacer de numerosas maneras. Además 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. Lo central de la protesta es generar una molestia necesaria para que el poder público y también privado, que ya conoce las demandas, las atienda.

Es cierto que en algunos de sus trabajos, Gargarella enuncia que la teoría de la democracia deliberativa está abierta "a reconocer el valor e incluso la importancia de las expresiones disruptivas".³⁵ En varios de sus artículos se hace cargo de la existencia del ejercicio de la violencia y de la fuerza en los cortes de calles y rutas, mencionando amenazas y agresiones verbales y físicas a automovilistas, destrucción de edificios públicos, etc.³⁶ Sin embargo, es justamente en estos casos en los cuales se advierte con mayor notoriedad la incomprensión de aquello que representan los cortes de ruta. El paralelismo escogido para tratar este asunto es el de la huelga, sobre la que indica que si un trabajador apedrea a un patrón mientras se realiza el cese de actividades, se debería reprochar y condenar la acción individual pero de ningún modo anular o prohibir el derecho de huelga.³⁷ De este modo "si en un corte de ruta una persona se levanta y realiza un acto

34. GARGARELLA, Roberto, "El derecho frente a la protesta social", en GARGARELLA, Roberto (Comp.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 826-827.

35. GARGARELLA, Roberto, "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", en *Revista Derecho pucp*, n° 61, 2008, p. 50.

36. *ob. cit.*, p. 32.

37. GARGARELLA, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006, p. 35.

de violencia, dicho acto no tiene por qué ejercer derechos sobre los otros legítimos derechos que puedan estar allí presente".³⁸ El grave problema que se encuentra en esta argumentación no está en asimilar los posibles daños y actos violentos que se pueden cometer durante una huelga o un piquete, sino en la incapacidad para advertir que la huelga y el piquete son constitutivamente actos de violencia o de fuerza.³⁹ Por definición provocan un daño: al patrón que se ve afectado en sus márgenes de producción y ganancia, a los automovilistas y pasajeros que no pueden transitar. El ejercicio de fuerza y violencia, y la producción de daños, no son fenómenos contingentes o accesorios a la huelga o al piquete como formula Gargarella. No es que durante un corte de ruta "una persona se levanta y realiza un acto de violencia", sino que la violencia y la producción de daño es constitutivo e irremediamente forma del corte. Detectar y marcar el grosero error de suponer que lo constitutivo del piquete es el ejercicio de la libertad de expresión y que la violencia es solamente accesoria, no es una simple sutileza conceptual. El mayor problema es que este tipo de aproximaciones permiten de modo muy consistente regular y limitar la protesta social, preservando su faz expresiva y anulando su dimensión violenta.

IV. LA REGULACIÓN DE LA PROTESTA Y EL FRACASO DE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Tal como mencioné en la introducción, en la Apertura de Sesiones Ordinarias del Congreso de la Nación del primero de marzo del 2014 la entonces Presidenta Cristina Fernández de Kirchner postuló la necesidad de regular los piquetes. Bajo ese paraguas fue que sobre la base de numerosos

38. *ob. cit.*, p. 35. Asimilando los eventuales actos violentos que se puedan llegar a producir durante un corte o una huelga es posible concluir entonces que "en caso de que alguien lleve adelante un comportamiento violento, ese individuo particularmente podrá ser merecedor de un reproche, pero dicho reproche no agrega ni quita absolutamente nada a la discusión en juego, sobre el valor o la protección que merecen el derecho a la huelga o el derecho a la protesta". GARGARELLA, Roberto, "El derecho a la protesta social", en *Derecho y humanidades*, n° 12, 2006, p.150.

39. Para una aproximación a la huelga como acto de violencia ver BENJAMIN, Walter, "Para una crítica de la violencia", en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus, 1998; DERRIDA, Jacques, *Force de loi. Le «fondement mastique de l'autorité»*, París, Galilée, 1994.

proyectos presentados, la Comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados de la Nación avanzó en un borrador de dictamen.⁴⁰ De todas las iniciativas legislativas, la que se situó en el centro de la escena mediática fue la presentado por el Diputado Juan Manuel Pedrini, que tenía entre sus co-firmantes a tres legisladores de gran importancia al interior de la estructura del Frente Para la Victoria, el partido de gobierno: Carlos Kunkel, Diana Conti y José María Díaz Bancalari. El objeto del proyecto, titulado "Ley de convivencia en manifestaciones públicas", era garantizar el derecho a la libertad de expresión, reunión y petición, y la libre circulación e integridad física durante las manifestaciones públicas. La pregunta crucial que uno debiera realizarse es ¿Cómo es posible, de modo simultáneo, garantizar el derecho al corte de ruta y el derecho a la libre circulación? La operación que permite realizar esta doble protección es hija de la teoría deliberativa de la democracia: conceptualizar el piquete como un ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Bajo este paradigma, el concepto clave sobre el que gira el proyecto de ley es el de *manifestación legítima*, que se define por estar notificada en los términos que contempla el proyecto, no impida el normal funcionamiento de servicios públicos (en especial los vinculados a la educación, la seguridad y la salud públicas), los manifestantes no cometan delitos contemplados en el Código Penal, permita "la libre circulación, en todos los casos, de grupos especialmente vulnerables, como niños, adultos mayores, discapacitados y enfermos"⁴¹ y no impida "totalmente la

40. La lista de muy distintos proyectos presentados, no todos tendientes a limitar los cortes y manifestaciones, era la siguiente: Expte. 5552-d-2013 Asseff, Alberto Emilio; Expte. 1493-d-2014 Giustozzi, Rubén Darío, Schwindt, María Liliana, Sciutto, Rubén Darío, Martínez, Oscar Ariel, Cremer de Busti, María Cristina, Tundis, Mirta, Fabiani, Eduardo Alberto y Das Neves, Mario; Expte. 1753-d-2014 Sturzenegger, Federico Adolfo y Bullrich, Patricia; Expte. 2544-d-2014 Pedrini, Juan Manuel, Kunkel, Carlos Miguel, Díaz Bancalari, José María, Conti, Diana Beatriz, García, María Teresa, Martínez Campos, Gustavo José y Mendoza, Sandra Marcela; Expte.2907-d-2014 Conti, Diana Beatriz y Comelli, Alicia Marcela; Expte. 2963-d-2014 Linares, María Virginia, Alfonsín, Ricardo Luis, Pitrola, Néstor Antonio, López, Pablo Sebastián, Javkin, Pablo Lautaro, Argumedo, Alcira Susana, Stolbizer, Margarita Rosa, Lozano, Claudio Raúl, Del Caño, Nicolás, Moyano, Juan Facundo, Martínez, Oscar Anselmo, De Gennaro, Víctor Norberto, Peralta, Fabián Francisco, Ciciliani, Alicia Mabel y Donda Pérez, Victoria Analía; Expte. 3001-d-2014 Pucheta, Ramona; Expte. 3698-d-2014 Ferreyra, Araceli; Tonelli, Pablo Gabriel y Alonso, Laura; Expte. 4417-d-2014 Carlotto, Remo Gerardo y Segarra, Adela Rosa; Expte. 4596-d-2014 Arenas, Berta Hortensia.

41. Expte. 2544-d-2014 Pedrini, Juan Manuel, Kunkel, Carlos Miguel, Díaz Bancalari, José

circulación de personas y vehículos en una dirección determinada".⁴² Por su lado, como resulta previsible, "cuando estos elementos no se encuentren reunidos, se considera que la manifestación es ilegítima".⁴³

El proyecto incluye un mecanismo de mediación y regula la intervención de las fuerzas represivas del Estado —que en el proyecto son mencionadas como fuerzas de "seguridad—". Sin embargo, en vistas de testear el potencial o las debilidades de la teoría deliberativa de la democracia, aquí quisiera detenerme en una de las características de la *manifestación legítima*, aquella que supone no impedir *totalmente* la circulación de vehículos y transportes. De acuerdo con el proyecto, el corte total de una calle o una ruta transforma a la manifestación en *ilegítima*. Tomemos como ejemplo un corte de la Avenida Entre Ríos frente al Congreso de la Nación en la que desocupados exigen financiamiento para proyectos cooperativos: ¿Podemos sostener que hay menos ejercicio de la libertad de expresión si en lugar de realizar un corte total se realiza un corte parcial? Obviamente no. Los desocupados pueden expresar todo su repudio por su situación de desamparo, pueden enunciar los peores agravios contra las autoridades públicas cortando la mitad de la avenida. Siguiendo los pasos de la teoría deliberativa de la democracia, el proyecto protege a rajatabla la libertad de expresión de los grupos desaventajados, y permite que sus reclamos sean conocidos por la autoridad pública tal como exige este criterio normativo de la democracia.

Al igual que en los desarrollos de Gargarella, en los fundamentos del proyecto se enuncia la existencia de un conflicto de derechos entre la libertad de expresión y la libre circulación, aunque se aclara que "*de lo que se trata es que ambos derechos sean garantizados: por un lado el de circular o transitar libremente, y por el otro, el derecho a manifestarse públicamente mediante la protesta social*".⁴⁴ De todos modos, el problema de raíz que se encuentra tanto en el proyecto cuanto en los desarrollos de la teoría deliberativa de la democracia es reducir la protesta y el corte de rutas al ejercicio de la libertad de expresión. El proyecto de ley protege la libertad de expresión, pero al prohibir que se corte de modo total una avenida o una

María, Conti, Diana Beatriz, García, María Teresa, Martínez Campos, Gustavo José y Mendoza, Sandra Marcela, art. 5 inc. d.

42. *ob. cit.*, art. 5 inc. c. Las itálicas me pertenecen.

43. *ob. cit.*, art. 5

44. *ob. cit.*, Fundamentos. Itálicas en el original.

ruta, impide que la protesta se transforme en un acto de fuerza, en un acto que cause daño. Impide, en definitiva, que se ejerza presión para que los reclamos sean atendidos por las autoridades públicas o privadas. Como la teoría deliberativa de la democracia no ha logrado comprender esta dimensión violenta que es constitutiva de la protesta, y la ha catalogado como un ejercicio de la libertad de expresión, se queda sin argumentos frente a proyectos que protegen la expresión de ideas y descontentos, pero limitan su potencial de ejercicio de fuerza. Esto no implica sostener que quienes sean partidarios de la teoría de la democracia deliberativa deban acordar con el siniestro proyecto de ley. Aquí no se trata de analizar posicionamientos personales frente al proyecto, sino que lo que se encuentra en juego es el análisis del potencial, o en este caso las fuertes limitaciones, de la teoría para hacer frente a proyectos de ley conservadores y reaccionarios.

V. NOTAS FINALES

Los trabajos de Badeni, Gelli, Cassagne y Ekmekdjian, en nombre de una idea de democracia reducida a la representación electoral repudian el ejercicio de fuerza y la violación de derechos que se produce en un corte de ruta, y por ello de modo más o menos explícito recomiendan su regulación y represión. Por su lado, la teoría de la democracia deliberativa intenta proteger los cortes de ruta y calles pero al costo de transformar el ejercicio de la fuerza y la violencia en un ejercicio del derecho a la 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. Como contrapartida, los desarrollos de la democracia deliberativa no hacen explícitos los márgenes de violencia aceptados porque no logran advertir las dimensiones violentas que son constitutivas de todo corte de ruta o calle. Si bien último tiene un costado estrictamente conceptual, también tiene una faceta más concreta puesto que en la medida en que no se recepta a la protesta en tanto acto de fuerza, la teoría se vuelve completamente inútil al momento de poner frenos a proyectos legislativos conservadores que, respetuosos de la libertad de expresión, punzan de la protesta todo ejercicio de fuerza y presión.

Sin dudas los aportes de la democracia deliberativa han sido especialmente importantes para mostrarnos que, a contrapelo de las lecturas hostiles hacia la protesta y conservadoras respecto de la democracia, era

posible desde el derecho proteger los cortes de ruta y calle. Sin embargo los proyectos legislativos han mostrado los límites de tal aproximación teórica, por lo que una vez sepultados estos bienintencionados argumentos la terea no puede ser otra que justificar a la protesta social en sus propios términos. De lo que se trata ahora es de avanzar en conceptualizaciones que no escondan debajo de la alfombra la puesta en escena de las fuerzas populares, sino que las sitúen en el corazón del funcionamiento democrático. Afortunadamente los proyectos discutidos en la comisión de Seguridad Pública de la Cámara de Diputados se encuentran dormidos. Esperemos que nunca despierten, pero si eso sucede debemos estar armados con otras formulaciones teóricas para hacerles frente.

BIBLIOGRAFÍA

- BADENI, Gregorio, "Formas de libertinaje", *Clarín*, 17 de mayo de 1999.
- , "Los límites de la libertad de expresión" *La Nación*, 18 de julio de 2006.
- , Tratado de derecho constitucional I. Buenos Aires, La Ley, 2006.
- BENJAMIN, Walter, "Para una crítica de la violencia", en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus, 1998
- CARNOTA, Walter F. "Reunión pacífica y sin armas", en *Revista elDial.com*, DC58E, 2005.
- CASSAGNE, Juan C., "Reflexiones sobre los «cacerolazos»", en *Revista La Ley C-1938*, Buenos Aires, 2002.
- DERRIDA, Jacques, Force de loi. Le «Fondement Mastique de l'autorité», Paris, Galilée, 1994.
- EKMEKDJIAN, Miguel Á. (1994). *Tratado de derecho constitucional II*. Buenos Aires: Depalma.
- Encuentro Memoria, Verdad y Justicia. *Informe sobre la criminalización de la protesta*. Consultado en [<http://encuentromvuj.files.wordpress.com/2012/03/informe-criminalizacion-de-la-protesta-organismos-dd-hh-emvj-marzo-2012.pdf>] el 13/10/15.
- FERREYRA, Raúl G., La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa, Buenos Aires, Hammurabi, 2003
- , "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, Roberto, "Crisis de representación y constituciones contra-mayoritarias", en *Revista Isonomía*. n° 4, 1995, pp. 89-108.
- , "Representación Plena, deliberación e imparcialidad", en Elster, Jon, *La Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 323-345.
- , "Ruta 1: Expresión cívica y «cortes de ruta»", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 23-31.
- , "Por qué el fallo «Alais» es (jurídicamente) inaceptable", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 47-57.
- , "Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta", en *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 59-85.
- , Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta, Buenos Aires, Siglo XXI, 2006.
- , "El derecho a la protesta social", en *Derecho y humanidades*, n° 12, 2006, pp. 141-151.
- , "Un diálogo sobre la ley y la protesta social", en *Revista derecho pucp*, n° 61, 2008, pp. 19-50.
- , "El derecho frente a la protesta social", en Gargarella, Roberto (Comp.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 821-837.
- , "Elstund/Gualeguaychú". Consultado en [<http://www.seminario-gargarella.blogspot.com.ar/2010/04/estlundgualaguaychu.html>] el 25/10/15.
- GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- , *Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas*, en *Revista Doxa*, n° 5, 1988, pp. 87-105.
- , *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa.
- ROVIRA, Raúl R. "Estado de derecho o anarquía. Una experiencia para tener presente", en *Revista La Ley*, Suplemento actualidad, 28 de diciembre de 2010.
- SÁNCHEZ, Alberto, "Derecho de petición y corte de ruta: Un fallo aleccionador," en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2010-D, 179.
- VANOSI, Jorge R. "Ley de bases' sobre responsabilidad del Estado", en *Revista Academia Nacional de Derecho*, Buenos Aires, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio R. "El derecho penal y la protesta social", en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-IV-384.

—, "Derecho penal y protesta social", en AA. VV. *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima: Idemsa, 2007, pp. 1061-1077.