

EL ESTADO ANTE LA PROTESTA SOCIAL

ROBERTO GARGARELLA

Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: La Constitución mirada desde el derecho penal. II. Democracia y derecho de queja. III. La doctrina del foro público, y regulaciones de tiempo, lugar y modo. IV. El Estado y la construcción de la exclusión social.

I. LA CONSTITUCIÓN MIRADA DESDE EL DERECHO PENAL

Un error muy habitual en el que incurren quienes examinan los casos de conflicto social, es el de pensar la Constitución desde el derecho penal. Dicho error trae como consecuencia la degradación de la Constitución que, en este caso, comienza a ser analizada menos en torno a los derechos que tenemos, que a partir de los reproches que merecemos por nuestros excesos o nuestras faltas jurídicas.

La mirada penal sobre el derecho constitucional resulta utilizada de modo muy habitual, tanto en las frecuentes condenas a los sujetos de la protesta política y social, como en las más excepcionales ocasiones en que se procuró proteger a la misma.

Los casos más habituales son aquellos en donde la mirada penal termina, no sorpresivamente, en la condena de los imputados, antes que en el examen cuidadoso de los derechos en juego. El camino que aquí se sugiere es el opuesto al aconsejado por nuestros penalistas. Ello así, menos por una cuestión de preferencia argumentativa que por una cuestión de respeto a nuestra pirámide jurídica.

Reconocer la prioridad de la Constitución nos exige, ante todo, tomar en serio el hecho crucial de haber dotado de rango constitucional a ciertos intereses fundamentales a los que llamamos derechos. Tomar en serio tales derechos implica ser extremadamente cuidadosos antes de pensar en removerlos o restringirlos. En otros términos, lo que se nos exige es reconocer que las razones que debe alegar el Estado contra un derecho constitucional deben tener un peso excepcional para poder ser reconocidas como pertinentes y exitosas.

II. DEMOCRACIA Y DERECHO DE QUEJA

En una democracia representativa, la única alternativa con la que cuentan los ciudadanos para cambiar el rumbo de las cosas es la de protestar y quejarse frente a las autoridades. Si se socava dicha posibilidad, la democracia representativa se convierte en una oligarquía o una plutocracia, es decir, la democracia llega a su fin.

De allí que una democracia, aún modesta, no sólo no puede darse el lujo de perder ciertas voces críticas sino que más bien, y por el contrario, debe hacer todo lo posible por potenciar a cada una de ellas. Resulta esencial que los representantes se encuentren permanentemente al tanto de las necesidades y urgencias que afectan a la población, como forma de remediar el problema que significa no haber optado por una forma más directa de democracia, y como forma de dotar de sentido a la democracia representativa.

Hay al menos dos cuestiones relacionadas con el punto anterior, y que tiene sentido enfatizar. En primer lugar, cuando se reconoce la importancia de escuchar permanentemente voces críticas, como modo de dotar de sentido a la democracia representativa, uno debe empezar a mirar de modo distinto algunos casos habituales, de fuerte resonancia política: casos sobre financiamiento de campañas políticas; sobre el diseño de leyes electorales; sobre la organización de los partidos políticos; sobre los debates pre-electorales.

Todos estos casos —por ejemplo, una impugnación a la cantidad de fondos utilizados por ciertos partidos políticos en sus campañas— no pueden resolverse, meramente, como si se agotaran en dos partes que sostienen posiciones encontradas. En realidad, en dichos casos se ponen en juego algunos de los temas más centrales que enfrenta nuestra democracia. De allí que una mala resolución de los mismos amenaza con socavar las bases de la forma política con la que nos organizamos. Lamentablemente, sin embargo, ni en nuestro país ni en el exterior parece haber demasiada conciencia al respecto, y no son inusuales los casos en que los jueces deciden sobre la materia ignorando el impacto de sus sentencias más allá del caso concreto al que se refieren.

La otra cuestión central tiene que ver con la posibilidad de que algunos grupos resulten sistemáticamente excluidos de nuestro debate público. Esta posibilidad implica riesgos muy serios para la calidad de la democracia, y ello muy en particular cuando — como suele ocurrir— los excluidos forman parte de grupos con reclamos valiosos, fuertes y urgentes. Es decir, una democracia representativa decente no puede convivir con la exclusión sistemática de ciertas voces, y mucho menos con la marginación de voces que

tienen mensajes muy importantes para transmitir. Cuando ello ocurre, el sistema institucional pleno comienza a viciarse, y las decisiones que se adoptan pierden —cada vez más— imparcialidad y, por lo tanto, respetabilidad.

Enfrentados a casos de conflictos sociales graves, jueces y doctrinarios no pueden dejar de reconocer el impacto de hechos como el citado —la existencia, en la práctica, de voces sistemáticamente silenciadas— en sus apreciaciones o decisiones. Más bien, ellas deben mostrarse plenamente informadas por situaciones como las descritas, y dejar en claro el compromiso del poder público —y, muy en especial, el compromiso de los principales controladores del poder público— con la protección de las voces excluidas.

En tal sentido piénsese, por ejemplo, en algunos de los conflictos sociales más visibles de los últimos años: grupos de manifestantes quemando oficinas de gobierno; ocupando edificios públicos; cortando calles; cometiendo otro tipo de escándalos. Hechos tales pueden ser leídos como las manifestaciones extremas de aprovechadores que no reconocen límites de ningún tipo, o —de un modo que considero más sensato, en atención a lo dicho— como los intentos desesperados de ciertos grupos por tornar audibles sus voces y visibles sus reclamos, ante un poder que suele ignorarlos. Por supuesto, quienes suscriben esta última visión no necesitan justificar cualquier escándalo público ni dar *carta blanca* a los excluidos en sus acciones de protesta.

Lo que se exige, más bien, es un cambio de perspectiva, capaz de obligarnos a leer los principales conflictos sociales a los que nos enfrentamos, de otro modo, esto es, menos como una nueva afrenta de un grupo de aprovechadores, y más como la respuesta angustiada de grupos que, sistemáticamente, no encuentran salida de sus problemas ni respuesta para sus reclamos.

En definitiva, debemos empezar a reconocer que forma parte del propio deber cívico de los excluidos el de extremar sus esfuerzos para tornar reconocibles sus demandas y evitar que el poder político siga decidiendo de un modo parcial, miope. Al mismo tiempo, forma parte del deber cívico de los funcionarios públicos el reconocer estas circunstancias y extremar sus esfuerzos para resolverlas, cualquiera sea la posición de poder que ocupen, y cualquiera sea la postura teórica que en definitiva defiendan.

Para aquellos que defendemos versiones de la democracia más robustas —más vinculadas, por ejemplo, con lo que se ha dado en llamar la democracia deliberativa— las

exigencias que impone el texto constitucional son mucho más fuertes. El mismo puede requerir, por ejemplo, impulsar acciones afirmativas a favor de los más desaventajados; la creación de foros públicos; el reforzamiento político tanto como judicial de los llamados *prerrequisitos* económico-sociales del debate público; la tacha de inconstitucionalidad de situaciones con las que hoy convivimos con normalidad —es decir, situaciones en donde algunos grupos sufren sistemáticas desventajas para expresar sus reclamos en público podrían verse como violatorias de la Constitución—.

Concepciones de la democracia como la referida no son *obligatorias* para todos los miembros de la comunidad jurídica. Sin embargo, todos ellos deben saber dar cuenta de cuál es la concepción de la democracia que defienden cuando afirman lo que afirman y defienden las decisiones que defienden.

Lamentablemente, y contra lo que aquí se pretende, los indicios que contamos al respecto muestran que nuestros doctrinarios descuidan, muy habitualmente, todo esfuerzo argumentativo destinado a respaldar sus visiones sobre la democracia.

III. LA DOCTRINA DEL FORO PÚBLICO, Y REGULACIONES DE TIEMPO, LUGAR Y MODO

En consonancia con las ideas presentadas en la sección anterior, tiene sentido repensar críticamente la llamada doctrina del *foro público*. La idea es que el ejercicio pleno de derechos como el de la libertad de expresión requieren, al menos, que el Estado asegure que ciertos lugares estén siempre abiertos a la expresión crítica de la ciudadanía. Como dijera el juez William Brennan, en los orígenes de dicha doctrina, “el derecho a hablar sólo puede florecer en la medida en que pueda operar en un foro efectivo —ya sea un parque público, el aula de una escuela, el foro de las audiencias públicas, una frecuencia de radio o televisión—”¹ Tales foros públicos, sostenía Brennan, debían ser “regulados en el interés de todos,” algo que todavía se sigue intentando.

Habitualmente, la justicia reconoció en las *calles y parques* los *foros públicos centrales* o *tradicionales*, ya que ellos habían servido desde *tiempo inmemorial* como

¹ Suprema Corte de Estados Unidos de América, *Columbia Broad. Syst. V. Democratic Nat’l Comm.*, disidencia, 29 mayo 1973.

ámbitos de expresión crítica. Las restricciones que quiera imponer el Estado sobre la expresión en dichos ámbitos deben quedar, por tanto, sujetas al análisis más estricto: en principio, ellas deben ser miradas con la más alta sospecha. De modo similar, la Corte consideró que las reglas aplicadas sobre los *foros públicos tradicionales* debían ser extendidas a otros ámbitos que se *habían dedicado* a reunir tales expresiones —por ejemplo, plazas que el Estado había abierto a las manifestaciones ciudadanas—.

Ahora bien, sobre lo dicho conviene agregar al menos un par de consideraciones. En primer lugar, aunque existe un acuerdo en una mayoría de teóricos del derecho acerca del valor de doctrinas como la del *foro público*, subsisten diferencias en torno a cómo delimitar dicha categoría. Por ejemplo, tribunales superiores como el norteamericano siguen mostrando una mirada muy restrictiva sobre los *foros públicos*, resistiéndose a tratar otros ámbitos, crecientemente importantes y transitados por la ciudadanía, como ámbitos semejantes.

Piénsese, por ejemplo, en áreas tales como los aeropuertos, los estadios de fútbol, las estaciones de tren, o los *shopping center*. Estos ámbitos han pasado a ser, en muchos lugares, los ámbitos centrales de reunión de la gente —los lugares en donde la gente se encuentra y socializa, en donde circula en grandes números—. Es dable esperar, entonces, que, especialmente aquellos grupos que cuentan con pocos recursos, quieran utilizar tales lugares para difundir sus ideas y sus críticas. Si los tribunales no reconocen dicha realidad —y la Corte norteamericana se ha mostrado al respecto muy ambigua— puede ocurrir que, en la práctica, los que cuentan con más dificultades expresivas encuentren crecientes dificultades para expresarse en público.²

La otra cuestión que interesa mencionar tiene que ver con qué regulaciones son posibles, en aquellos ámbitos especialmente protegidos, y en áreas tan sensibles como la de la libertad de expresión. El acuerdo más general que existe sobre la materia es el de que las únicas regulaciones admisibles son aquellas de *tiempo, lugar y modo* y no de *contenido*. Por ejemplo, puede resultar admisible, desde esta postura, impedir que una

² En *Food Employees Local 590 v. Logan Plaza Valley* (Suprema Corte de Estados Unidos de América, 20 mayo 1968) reconoció el derecho de un grupo a realizar un piquete pacífico dentro de un *shopping center*, pero se retractó de dicho principio en ocasiones posteriores —por ejemplo, en *Hudgens v. NLRB* (Suprema Corte de Estados Unidos de América, 3 marzo 1976); o *Lloyd Corp. v. Tanner* (Suprema Corte de Estados Unidos de América, 22 junio 1972)— y se resistió también a considerar *foros públicos* otros ámbitos no-tradicionales —por ejemplo, en *Ikscon v. Lee* (Suprema Corte de Estados Unidos de América, 26 junio 1992) .

manifestación se haga a las tres de la mañana, o que se manifieste de modo ruidoso junto a la escuela. Pero no sería admisible, en cambio, que se prohíba sólo a los *partidos de izquierda* que se manifiesten ruidosamente; o sólo a los *partidos de derecha* que hagan manifestaciones a las tres de la mañana.

Dicho lo anterior, conviene agregar algunas consideraciones acerca del tipo de regulaciones de *tiempo, lugar y modo* que pueden resultar admisibles. Ello, en particular, dado lo restrictivas que suelen ser las regulaciones que sí se permiten, bajo aquella cláusula general. Ante todo, y según lo afirmado por el tribunal supremo norteamericano, el principio general es que las regulaciones de *tiempo, lugar y modo* deben ser neutrales en materia de contenido; deben estar diseñadas del modo más estrecho o fino posible; deben servir a propósitos gubernamentales de importancia; y además deben dejar abiertos amplios canales alternativos de comunicación.³

Regulaciones que digan, por ejemplo, que no se permiten los carteles callejeros porque distraen a los automovilistas; o que impidan la propaganda *puerta a puerta* pueden parecer, en principio, admisibles y neutrales. Sin embargo, este tipo de regulaciones tienden a ser, en la realidad, mucho más gravosas para algunos grupos que para otros. Típicamente, puede ocurrir que de dicho modo se les quite a los grupos de menos recursos el principal medio de comunicación que tienen, dado que no cuentan con la posibilidad de comprar espacios en radios y televisoras.

En definitiva, la tarea de proteger la expresión es mucho más demandante de lo que parece, y requiere de parte de las autoridades públicas el máximo de los cuidados: fácilmente, dichas regulaciones —aparentemente inocentes y poco costosas— pueden mostrar su faceta restrictiva, y convertirse en regulaciones que violan la Constitución.

IV. EL ESTADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL

Las consideraciones efectuadas hasta aquí se refieren, más o menos directamente, a los modos en que el Estado y sus funcionarios reaccionan frente a las situaciones de conflicto social. Tales consideraciones nos fuerzan a prestarle atención a otras cuestiones,

³ Por ejemplo, en el caso *Grace v. United States* (Suprema Corte de Estados Unidos de América, 20 abril 1983).

habitualmente descuidadas, y que tienen que ver con la participación del Estado en la forja de situaciones de marginación.

Un buen punto de partida, en este sentido, es el reconocimiento de que los derechos pueden violarse tanto a través de acciones como a través de omisiones. Es decir, el Estado no sólo es responsable de violar derechos cuando tortura, escribe leyes discriminatorias, o arresta a algunos sin atención al debido proceso. El Estado puede violar derechos, también, cuando no provee a algunos de los bienes indispensables para su vida: abrigo, alimentación, vivienda.

Quienes reconocen que los derechos pueden violarse tanto por acciones como por omisiones admiten, también, que el parámetro para medir la justicia o injusticia de una cierta situación no se vincula con el estado de cosas dominante, sino que tiene que ver con estándares independientes de ese estado de cosas, y que a la vez nos permiten someter al mismo a la crítica. Esta postura implica desafiar otra muy común, que centra su atención en las disrupciones que amenazan el *status quo*, y que sugiere usar al derecho para reparar dichas disrupciones y volver las cosas a su cauce originario.

La postura que toma al *status quo* reinante como parámetro de lo justo parece asignar a dicho estado de cosas el carácter de *estado natural*, y considerar a lo *natural* como evidentemente justo. Pero lo cierto es que ninguno de tales reclamos resulta aceptable. En primer lugar, el Estado —para bien o mal— ejerce una influencia directa en la construcción del orden reinante.

Lo hace cuando dicta un código de propiedad; cuando reprime o cuando deja avanzar a grupos de manifestantes; cuando presta su fuerza para prevenir el ingreso de extraños en un *shopping center*; cuando fija las condiciones de una licitación; cuando dicta sentencias que condenan a quienes desafían la propiedad de otros; cuando reacciona o no frente a la violencia familiar; cuando decide no cobrar más impuestos a los más ricos. Así, el estado de cosas vigente se encuentra moldeado por el accionar estatal: es fruto de su intervencionismo y no un producto *natural* que cae del cielo.

A partir de este tipo de consideraciones, corresponde que volvamos a reflexionar acerca de cuándo nos encontramos frente a una situación de violación de derechos. Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la vivienda. Si tomamos como relevante el análisis anterior, deberemos negar la posibilidad de que el Estado se desentienda de la

situación de falta de una vivienda digna para sectores amplios de la población. El Estado no podrá alegar —como suele hacerlo, y tal como los jueces tienden a repetir— que se trata de derechos no operativos, o que no tiene recursos para construir más viviendas; ni podrá deslindar sus responsabilidades cargando culpa sobre las acciones de los particulares.

Contra dicha posibilidad, deberemos señalar que el déficit o superávit habitacional se encuentra directamente vinculado con lo que el Estado hace o deja de hacer en la materia, subsidiando o no subsidiando la construcción; regulando de un modo u otro.⁴

En una amplísima gama de casos, las ocupaciones de tierras que se producen, los *cortes de ruta*, y otras alteraciones del orden semejantes nos hablan mucho menos de la perversidad de quienes desarrollan tales acciones, o de su odiosa hostilidad hacia los derechos de los demás, que de su grado de su desesperación jurídica —en definitiva, de la gravedad de las violaciones de derechos que sufren—.

Esta desesperación se debe, de modo habitual, a la falta de satisfacción de sus necesidades más básicas —vivienda, alimentación, trabajo—, combinada con la ausencia de remedios institucionales genuinos frente a tamañas y masivas violaciones de derechos. Pedirle a los más afectados que, frente a tales gravísimas violaciones, se *muevan* constitucionalmente sin poner en crisis los derechos de los demás es pedirles algo bastante cercano a lo imposible —imposibilidad que, además, se ha generado a partir de una *previa construcción estatal*—.

En efecto, y para dar algunos ejemplos de lo dicho: si los medios de comunicación los ignoran —salvo que provoquen algún escándalo— es porque los pocos que quedan en manos del Estado no les prestan debida atención, y todos los restantes —repartidos por el Estado, con habitual descuido de la justicia y constitucionalidad de tal reparto— no consideran sus demandas como lucrativas para los fines que los rigen —fines que, en verdad, deberían justificarse a la luz de la Constitución—.

Si ya no existen tierras al alcance de los menos favorecidos es porque el Estado ya las ha repartido —y el Estado es responsable de los contornos de justicia o injusticia que

⁴ Es interesante al respecto, por ejemplo, el modo en que la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió un caso referido al déficit habitacional que afectaba a las comunidades negras en el Cabo de Buena Esperanza (Corte Constitucional de Sudáfrica, *Republic of South Africa v. Grootboom*, 4 octubre 2000).

distingan a dicha distribución—. Si los alimentos básicos quedan fuera de su alcance económico, es porque el Estado se comprometió antes con la libertad de precios que con el reaseguro de ciertos objetivos constitucionales más básicos —como la provisión de un mínimo de alimentos para cada uno—.

Por supuesto, dicha interrelación entre derechos de algunos y falta de derechos de muchos, creada por el Estado, no justifica que los más afectados reaccionen de cualquier manera frente a los más favorecidos. Pero lo cierto es que, al menos en principio, los que están peor no suelen reaccionar de cualquier modo —al menos con la pretensión de que su conducta sea considerada justificada—, y por el contrario suelen tolerar con enorme paciencia y buena fe las sistemáticas violaciones de derechos que padecen.

BIBLIOGRAFÍA

TABLA DE CASOS

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA

Republic of South Africa v. Grootboom (CCT 11/00 2000 (11). 4 octubre 2000

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Columbia Broad. Syst. v. Democratic Nat'l Comm (412 U.S. 94 1973, disidencia). 29 mayo 1973

Food Employees Lcal 590 v. Logan Plaza Valley (391 U.S. 308 1968). 20 mayo 1968

Grace v. United States (461 U.S. 171 1983). 20 abril 1983

Hudgens v. NLRB (424 U.S. 507 1976). 3 marzo 1976.

Ikscon v. Lee (112 (S.Ct. 2701) 1992). 26 junio 1992

Lloyd Corp. v. Tanner (407 U.S. 551 1972). 22 junio 1972