



Universidad de Valparaíso  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho  
Magíster en Derecho



# ENTRE ESCUDOS Y BARRICADAS. LA TENSA RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y PROTESTA SOCIAL

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO  
(MENCION DERECHO PÚBLICO)

DANIEL MONDACA GARAY

PROFESOR GUÍA  
DR. JAIME BASSA MERCADO

JUNIO DE 2017



## AGRADECIMIENTOS

*Al seminario “Poder, Política y Constitución”, que sesiona periódicamente en Valparaíso. Muchas de las reflexiones aquí planteadas tienen su origen en las estimulantes conversaciones con las compañeras y compañeros.*



*Me parece que la verdadera tarea política en una sociedad como la nuestra es realizar una crítica del funcionamiento de las instituciones que parecen neutrales e independientes; hacer una crítica y atacarlas de modo tal de desenmascarar la violencia política que se ha ejercido a través de éstas de manera oculta, para que podamos combatirlas.*

*Michel Foucault, 1971*



# Í N D I C E

RESUMEN.....	10
PALABRAS CLAVE.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I. NOTAS PRELIMINARES SOBRE LA PROTESTA SOCIAL.....	14
1. Enfoques teóricos en torno a la protesta social.....	14
1.1 La protesta social en la sociología.....	15
1.2 La protesta en el derecho.....	18
2. Conflictividad, disenso y antagonismo.....	22
2.1 Conflictividad.....	22
2.2 Disenso político.....	26
2.3 Antagonismo.....	35
3. Constitucionalismo y consenso.....	40
CAPÍTULO II. LA PROTESTA SOCIAL EN EL DERECHO.....	49
1.- El tratamiento ambivalente. Entre criminalización y reconocimiento.....	49
1.1 La Criminalización de la Protesta Social.....	50
1.2 El Reconocimiento de la Protesta Social:.....	53
2. Debates jurídicos en torno a la protesta:.....	57
2.1 Resistencia, desobediencia civil y otras nociones clásicas:.....	57
2.1.1 La desobediencia civil en el debate constitucional:.....	58
2.1.2 La Resistencia.....	66
2.2 Derechos y libertades constitucionales de expresión y de reunión en la configuración de la protesta social:.....	75
2.3 El derecho fundamental a la protesta social.....	79

CAPÍTULO III. LA TENSA RELACIÓN ENTRE PROTESTA Y DERECHO .....	84
1. Dificultades en la elaboración de un derecho a la protesta social.....	84
1.1 Las regulaciones neutrales de la protesta social.....	84
1.2 La resistencia a la juridificación.....	95
1.3 Lo individual y lo colectivo en el derecho a la protesta.....	97
1.4 Libertad de expresión como significado de la protesta: ¿un concepto suficiente?.....	106
2. Hegemonía constitucional frente a la acción política de protesta.....	108
 CAPÍTULO IV. REPENSAR LA CIUDADANÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO .....	117
1. El valor de la acción política colectiva .....	117
1.1 La protesta social como interpretación constitucional .....	118
1.2 La protesta como medio de comunicación para los colectivos que sufren alienación legal.....	122
2. Derechos políticos en clave posliberal.....	125
3. La protesta social como ampliación de la ciudadanía.....	141
 CONCLUSIONES. CONSTITUCIÓN Y PROTESTA: UNA TENSIÓN IRREDUCTIBLE .....	151
 BIBLIOGRAFÍA .....	160





## **RESUMEN**

La protesta social es un tema nuevo en la discusión jurídica, marcado por una ambivalencia en el tratamiento que el derecho entrega; si en algunos casos la doctrina y la jurisprudencia parece reconocer la protesta como el ejercicio de derechos fundamentales, en otros casos, esta ha sido objeto de una práctica penal que pretende su criminalización. Por otro lado, recientes trabajos doctrinarios han propuesto su comprensión a partir del lenguaje de los derechos, proponiendo la identificación de un *derecho a la protesta*, cuyo contenido sustantivo estaría dado por el significado de la cláusula constitucional de la libertad de expresión individual. Sin embargo, la protesta también constituye una herramienta de transformación política que desborda las categorías de los derechos expresivos, tal como ha notado la sociología y la filosofía política, marcando el encuentro entre protesta y derecho por una tensión irreductible entre dos fenómenos: uno, el orden jurídico como herramienta del consenso político, y otro, la protesta como instrumento que manifiesta el disenso y el conflicto.

## **PALABRAS CLAVE**

Protesta social; constitucionalismo; libertad de expresión; consenso; disenso; conflicto.

## INTRODUCCIÓN

A menudo la disciplina jurídica enfrenta desafíos que ponen a prueba su capacidad para tratar adecuadamente los fenómenos sociales contemporáneos, especialmente aquellos que parecen no encajar del todo en los grandes relatos jurídicos heredados de la modernidad. Tal es el caso de la protesta social, fenómeno complejo y multidimensional, que ha motivado profusos estudios especializados en sociología e historiografía, y que ha promovido la construcción de teorías afines a ella, tales como la teoría de la conflictividad, el estudio de la acción política colectiva y el estudio de los movimientos sociales. A pesar de su enorme presencia en la reflexión social, la protesta es un objeto de estudio relativamente nuevo para el derecho, y presenta perspectivas de análisis aún no exploradas. Con todo, desde hace algunos años ha tomado vigor, especialmente en las lides del derecho constitucional, la idea de que la protesta puede ser considerada un derecho que encuentra su fundamento en otras categorías constitucionales básicas, tales como la libertad de expresión, el derecho de reunión, entre otras. Si bien esta propuesta ha alcanzado cierto nivel de aceptación en la comunidad jurídica, es necesario recalcar que ella mantiene una distancia conceptual importante con las reflexiones presentadas por los estudios sociológicos especializados sobre protesta, que la describen como un fenómeno social que, para su adecuado análisis, debe ser situado en el contexto histórico y político en que acontece, determinando así una particular metodología que no aconseja su estudio a partir de teorías generales que intenten unificar sus elementos. Por otro lado, el derecho se aproxima a la protesta en el sentido inverso, en un afán unificador, subsumiendo a este fenómeno en categorías constitucionales preexistentes y dotándolo de contenido a partir de nociones jurídicas asentadas, todo con el objeto de presentar una descripción jurídica funcional su pretensión reguladora. Este particular modo de encuentro entre derecho y protesta presenta dificultades conceptuales y algunas tensiones teóricas que aún no han sido exploradas, pero cuyo análisis puede servir para identificar algunas fragilidades en las nociones tradicionales del constitucionalismo para abordar fenómenos políticos actuales, tales como la actividad política colectiva de la sociedad en el contexto de la deslegitimación de los sistemas representativos. Es por esto que el presente trabajo no tiene por finalidad solucionar un problema de relevancia jurídica, pues, como se

verá durante el desarrollo de esta investigación, la cuestión de la protesta en el derecho importa consecuencias que deben ser explicitadas antes de proponer eventuales soluciones.

Este trabajo tiene por objetivo principal exponer una tensión –que considero irreductible en el estado actual de la discusión- entre protesta social y constitucionalismo, y que está determinada por el encuentro de un fenómeno social que expresa el disenso político y un andamiaje jurídico que pretende configurar el consenso. Para lo anterior, se analizará de forma crítica el tratamiento que la protesta social ha tenido en el derecho, contraponiendo este tratamiento a algunas reflexiones provenientes de la sociología y la filosofía política contemporánea, en el siguiente modo:

En el primer capítulo se presentarán las ideas que servirán de derrotero para el desarrollo de la investigación y se apuntarán las principales nociones sobre la protesta presentes en la sociología, destacándose aproximaciones conceptuales como la teoría de la conflictividad y la teoría de la acción colectiva. A partir de esto, se revisará la dimensión política de la protesta, a fin de yuxtaponer sus características a algunas reflexiones provenientes de la filosofía política contemporánea, entre las que destacan el disenso, el conflicto y el antagonismo político. Por otro lado, se anotarán las reflexiones básicas sobre la protesta en el derecho, especialmente las ideas constitucionales indispensables para la comprensión de la doctrina del derecho a la protesta, tales como la noción de resistencia a la autoridad y las justificaciones jurídico-morales de la protesta social, como son las ideas de resistencia constitucional y de alienación legal. Por último, y con el objeto de contrastar estas ideas con las nociones asentadas en la teoría constitucional, se expondrá la cuestión del consenso político en el constitucionalismo a partir de autores contemporáneos y referentes en este debate.

En el segundo capítulo se revisará en detalle el tratamiento de la protesta en el derecho, comenzando por enunciar la disparidad de criterios en el debate jurídico, que se mueven desde su criminalización hasta su reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos y en la doctrina constitucional. Seguidamente, se analizarán las nociones jurídicas tradicionales afines a la protesta, tales como la resistencia y la desobediencia civil, se ofrecerá una lectura crítica de tales nociones y se destacará su insuficiencia para explicar la protesta social. Posteriormente, se presentarán las nociones relativas a la libertad de expresión como

soporte conceptual de la protesta en el derecho y se enunciarán las ideas troncales para la comprensión de la doctrina del derecho a la protesta.

En el tercer capítulo se analizará la tensión viva entre protesta y constitución, comenzando por identificar las dificultades en la elaboración de un derecho a la protesta, poniendo especial atención en las regulaciones judiciales de la protesta; la insuficiencia de la cláusula constitucional de libertad de expresión para dotar de contenido a la acción política colectiva; y las dificultades del lenguaje liberal de los derechos fundamentales para comprender esta herramienta de transformación política. A partir de lo anterior, se profundizará en dicha tensión, ofreciendo una lectura de la hegemonía constitucional frente a la movilización social.

En el cuarto y último capítulo, se analizarán, también de forma crítica, las ideas constitucionales relativas a la comprensión política de los sujetos a partir de la doctrina sobre la ciudadanía y los derechos políticos, con el objeto de interrogar al constitucionalismo en su capacidad para abordar las manifestaciones políticas actuales de la sociedad que se expresan al margen de la política institucionalizada, mediante el conflicto y la actividad contenciosa.

Resulta indispensable señalar que este trabajo es, ante todo, un ejercicio de duda; está guiado por una mirada suspicaz en torno a las ideas liberales y modernas que han coadyuvado el tratamiento constitucional de la protesta social, y que lejos de propender a la protección de esta, ellas encierran de forma solapada una pretensión disciplinaria sobre los sujetos, operando una clausura de posibilidades respecto de la protesta social y su capacidad transformadora.

## CAPÍTULO I. NOTAS PRELIMINARES SOBRE LA PROTESTA SOCIAL

*Hey sit down and listen and they'll tell you when you're wrong.  
Eradicate but vindicate as "progress" creeps along.  
Puritan work ethic maintains its subconscious edge  
As Old Glory maintains your consciousness*

*Bad Religion*

### 1. Enfoques teóricos en torno a la protesta social

Pensar en torno a la protesta social, desde la disciplina jurídica, implica una dificultad: la carencia de un aparato conceptual y teórico suficiente, producido por la omisión de la protesta como objeto de estudio propio del derecho. Podría argumentarse que esta omisión se debe a que la protesta se encuentra fuera de los márgenes disciplinarios del derecho y que, como tal, mal podría el derecho constitucional dedicar algunas líneas a su comprensión. Sin embargo, si se considera que es el derecho constitucional aquella rama del saber jurídico llamada a la reflexión sobre los vínculos entre lo jurídico y lo político, llama la atención, entonces, que se prefiera el estudio de otros objetos y elementos tradicionalmente ligados a la politología, tales como el contenido de la democracia o las formas de participación ciudadana y, por el contrario, que poco se haya dicho sobre la protesta, no obstante su notoria presencia en la historia de todas las sociedades políticas. A lo anterior podría agregarse la siguiente pregunta: si el derecho constitucional pretende estudiar las formas del poder político institucional, ¿por qué nada dice sobre las actitudes que ese poder institucional debería asumir frente a la protesta? Si la presencia de la protesta social en cualquier sistema político es un hecho notorio, no hay razón para que el derecho constitucional se abstenga de este ámbito de reflexión. En este sentido, como dijera Roberto Gargarella *“si algo es notable en la actualidad del constitucionalismo, ello es el modo en que esta disciplina se ha desentendido de reflexiones que le eran cruciales, lo que provoca que hoy tengamos dificultades para pensar sobre un fenómeno central para nuestra vida jurídica”* (Gargarella, 2007: 207).

Esta omisión no es azarosa, pues es propia de un aparato teórico que asume, en su base, una comprensión del fenómeno de *lo político* en términos *no conflictivistas*, que se traduce en asumir que la unidad del sistema político se encuentra garantizada por interacciones armoniosas entre los agentes políticos y por la vigencia de un sistema jurídico racional y justo, en el cual, la constitución cumple el rol ordenar y fijar un espacio deliberativo en el que, aparentemente, tendrían cabida todos los sectores de la sociedad, y estaría abierto a todos los puntos de vista. Ahora bien, la idea de una convivencia ordenada desde la premisa no conflictivista presenta un problema inicial: Qué hacer con las tensiones generadas por el enfrentamiento entre dos fenómenos opuestos: el consenso constitucional de la razón pública de nuestros días, por un lado, y la protesta como articulación de política conflictiva, por el otro. Un pensamiento intuitivo podría sugerir que si la constitución quiere permanecer, ordenar, disciplinar, ella no podría, entonces, asumir de forma honesta el espacio para un desarrollo teórico que busque hacer compatibles los valores del Estado Constitucional de Derecho -aportados, en buena parte, por el liberalismo político, tal como se verá más adelante- con la existencia de la protesta social y de sus distintas formas de emergencia, si se considera que a menudo irrumpe cuestionando las bases del sistema político.

En los capítulos siguientes se describirán aquellas tensiones entre protesta y constitución, desde la siguiente dicotomía conceptual: la constitución como instrumento de la política del consenso y la protesta como materialización del conflicto. Para lograr este objetivo deben enunciarse, como prolegómenos, algunos enfoques teóricos sobre la protesta que se encuentran presentes en la reflexión social, a fin de mostrar un camino que pueda orientar el examen de aquella tensión advertida.

### **1.1 La protesta social en la sociología**

La sociología es el campo disciplinario que mayores reflexiones ofrece en torno a la protesta social. La gran densidad teórica que se aprecia comienza por desarrollarse desde la década de 1960, tanto en la academia norteamericana, que reflexiona con ahínco a partir de los movimientos por los derechos civiles, como en Europa, donde el análisis se produce a partir del impacto de los movimientos estudiantiles, feministas, entre otros.

A partir de entonces, la protesta será analizada desde una gran diversidad de escuelas y corrientes de opinión sociológica, al punto que, al día de hoy, es posible encontrar un notorio nivel de divergencia teórica, que dificulta elaborar una teoría general o una lectura unitaria sobre esta materia. Ahora bien, a pesar de esta diversidad teórica, es posible recurrir al campo de la sociología histórica, que ha sistematizado los ámbitos de análisis sobre la protesta, ofreciendo una revisión que aglutine algunos elementos troncales.

Vale mencionar que la sociología histórica no es propiamente una corriente o escuela de pensamiento sociológico, sino más bien un intento por designar una convergencia de pensadores que presentan reflexiones caracterizadas por un cruce entre la sociología y otras ciencias sociales, entre ellas, la politología y la historia. Así, la sociología histórica observa la debilidad de un análisis *exclusivamente sociológico* y propone una disciplina *híbrida* entre saberes, que ayude a una comprensión holística de los procesos sociales y enriquezca el análisis sociológico mediante la integración de otros puntos de vista<sup>1</sup>. En el caso de la protesta, la sociología histórica contribuye a detectar patrones comunes presentes en los acontecimientos donde emerge, formulando una lectura general y ofreciendo una alternativa a la multiplicidad y divergencia de estudios sobre la protesta. Estos se caracterizan por un acercamiento metodológico que estudia el suceso de protesta de forma casuística y aislada, sin pretensiones de ofrecer elementos comunes o vínculos con otros sucesos de índole similar.

Para comenzar, conviene recurrir a Charles Tilly, sociólogo norteamericano especialista en estudios sobre acción colectiva y uno de los escritores más reconocidos en el campo de la sociología histórica. Tilly construye a la protesta a partir de la noción de *acción colectiva*, a la cual define como “*the extent of a contender’s joint action in pursuit of common ends; as a process, the joint action itself*” (Tilly, 1978: 55). Esta noción es la base para una reflexión más sofisticada sobre la protesta, pues provee del *minimo minimorum* para elaborar un concepto de protesta más contundente, en los términos que señala Rod Aya: “*Cualquier acción que la gente emprende para alcanzar metas comunes es acción colectiva. Cualquier*

---

<sup>1</sup> Para una revisión más completa consultar Badie, Tilly, Hermet et al (1992): “La sociología histórica. Un debate sobre sus métodos”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, Unesco, Vol. XLIV, N° 3. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000918/091850so.pdf>. Fecha última consulta: 10 de septiembre de 2016.



*acción colectiva que se emprende en contra de otra gente es confrontación. Y cualquier acción colectiva de confrontación que se emprende para remediar injusticias es protesta”* (Aya, 1995: 107).

El análisis de la sociología histórica permite detectar patrones y reproducción de comportamientos en la movilización social. Estas recurrencias han sido detectadas y clasificadas por Rod Aya, a partir de un análisis deductivo sobre la situación del agente de la protesta. De este modo, Aya observa que los factores involucrados en la protesta pueden ser categorizados en *intenciones, capacidades y oportunidades*, en los términos que a continuación se señalan:

En primer lugar, el criterio de las *intenciones* se refiere a las pretensiones en los fines de la protesta *“porque su intención es reparar daños específicos de los que se acusa a personas privadas o autoridades públicas, no solventar de un golpe todas sus frustraciones [de los protestantes] ni reconstruir radicalmente el Estado y la sociedad”* (Aya, 1995: 108). En este sentido, según advierte el autor, una recurrencia histórica en la protesta es que esta puede articularse para impugnar a las autoridades frente a ciertas desviaciones del sistema político que atentan negativamente contra todo o parte del cuerpo social. Algo que, como se verá más adelante, también encuentra correspondencia en ciertas reflexiones presentes en el derecho.

Así, la reflexión sobre las *intenciones* parece insertarse con mayor claridad en la cuestión sobre el *contrato social*, siendo este el paradigma discursivo en el cual la protesta emerge en circunstancias donde el sistema jurídico y político no responde a lo que se espera de este, y termina por negar derechos y marginar a cierta parte de la población. Incluso, según advierte Aya, la acción colectiva de protesta opera derechamente frente a *violaciones de los derechos* (Aya, 1995: 108) y, frente a estas violaciones, la protesta adopta modos diversos de articulación, sobre todo en torno a un elemento que resulta particularmente desafiante para el tratamiento jurídico: la violencia.

En segundo lugar, la cuestión sobre las *capacidades* dice relación con los diversos modos en que la protesta se presenta. Estos modos han sido clasificados por la doctrina siguiendo el concepto de *repertorios*:

*Los repertorios de acción colectiva son una forma de clasificación de la protesta en función de su contexto histórico. Se trata de una categoría desarrollada*

*fundamentalmente por Charles Tilly y Sidney Tarrow que diferencia entre un repertorio tradicional, caracterizado por formas de acción colectiva violentas, rígidas, locales y directas (los motines de subsistencia o la destrucción de maquinaria son ejemplos clásicos de este repertorio) y un repertorio nuevo, que nace en Europa con la consolidación Capitalismo industrial y la forma Estado. Las formas de acción colectiva del repertorio nuevo son, en general, menos violentas, más flexibles, indirectas y, sobretudo, estatal-nacionales. Ejemplos de formas de acción de este repertorio son la manifestación, la huelga o el propio movimiento social como acción colectiva sostenida en el tiempo (Iglesias, 2008: 35).*

Estos repertorios, según previene Rod Aya, se presentan como *conjuntos factibles de alternativas ya ensayadas* (1995: 110). Es decir, modos de articulación de la protesta que, en el tránsito histórico, se repiten una y otra vez. De este modo, en el caso de las protestas que emergen frente a violaciones del pacto social, es posible afirmar que estas tienen como protagonistas a ciudadanos ordinarios que reproducen formas de movilización ya vistas, tales como marchas, paros, tomas, cortes de ruta, entre otras.

Finalmente, el criterio de las *oportunidades* refiere a una dimensión más política de la protesta, es decir, de sus posibilidades de éxito o fracaso, según los niveles de apoyo que logre generar en torno a sí misma. Esta última cuestión da paso al estudio de los *movimientos sociales* como un tema distinguible de la protesta social, estudiados preferentemente en la sociología y la ciencia política. Atendiendo al objeto de la presente investigación, así como por motivos disciplinarios, el estudio de los movimientos sociales no será abordado en la presente tesis; sin perjuicio de lo anterior, la politicidad de la protesta social será abordada en el apartado destinado al estudio del *conflicto* y los modos de reacción del derecho frente a él.

## **1.2 La protesta en el derecho**

A diferencia de la sociología, en el campo del derecho se aprecia una escasez de contenidos en torno a la protesta; tal como se advirtiera en la introducción a este capítulo, el desarrollo teórico del constitucionalismo está caracterizado por una notoria omisión de este

fenómeno. Son pocas las constituciones que reconocen, de forma más o menos explícita, la posibilidad de los gobernados a protestar<sup>2</sup>.

Sin embargo, en el contexto latinoamericano destacan los trabajos de Roberto Gargarella, quien desde hace un poco más de una década se ha preocupado de abrir un nuevo campo de discusión en la teoría constitucional, introduciendo a la protesta social en el análisis y sugiriendo la posibilidad de construir un derecho constitucional a protestar. Para hacer esto posible, Gargarella sostiene la compatibilidad de la protesta con la vigencia de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Reconstruye la noción de *protesta* aislándola de otras categorías clásicas como la desobediencia civil, y justificando su legitimidad mediante una reconducción al núcleo teórico presente en los albores del constitucionalismo, apelando a la idea de *resistencia a la autoridad*<sup>3</sup>. En este punto, nuevamente, es posible apreciar la distancia entre el derecho y la sociología, pues si bien es manifiesta la densidad teórica en torno a la protesta en el campo sociológico, Gargarella opta por no recurrir a ella, buscando en la historia del constitucionalismo aquellas ideas que permiten justificar la protesta en la actualidad. Desde luego, la preferencia de Gargarella por esta tradición de pensamiento tiene un objetivo muy claro: hacer compatible un eventual derecho a la protesta con la teoría de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo: si la protesta puede ser inferida desde los elementos capitales del constitucionalismo, esta forma parte de la matriz teórica de los derechos fundamentales e integra el objeto de estudio del constitucionalismo.

De este modo, la protesta es tratada por Gargarella a partir de premisas que sitúan los derroteros de su análisis en los contextos en que la protesta aparece: en situaciones de *alienación legal*, esto es, circunstancias particulares que hacen legítimo el levantamiento de

---

<sup>2</sup> Un caso interesante puede advertirse en la constitución de Egipto de 2014, que luego de una serie de movilizaciones sociales de gran envergadura, en el contexto de lo que se ha llamado por la historiografía reciente “la primavera árabe”, se promulga un artículo que reconoce las formas de acción de protesta en el siguiente sentido: “Art. 73.- Citizens have the right to organize public meetings, marches, demonstrations and all forms of peaceful protest, while not carrying weapons of any type, upon providing notification as regulated by law.”

<sup>3</sup> La resistencia a la autoridad es un concepto político clásico que surge a propósito de las primeras meditaciones sobre la obediencia debida al poder del gobernante, cuando éste no respeta o derechamente atenta en contra de los mandatos religiosos; en ese caso, los individuos, en aras de procurar su salvación, tienen el derecho a resistirle en los modos posibles. Otra dimensión de este concepto apela al poder del cual el pueblo de dios es titular, y que le permite impugnar la legitimidad del monarca frente a situaciones manifiestas de injusticia. Al respecto puede consultarse la historia de la famosa frase *rex eris si rectae fascies, si non fascies, non eris*, acuñada por San Isidoro de Sevilla, autor de una de las primeras reflexiones sobre la tensión entre poder temporal y poder monárquico.

ciertos sectores de la población frente a las injusticias estructurales del sistema. Esta puede comprenderse como “*una situación donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad, sino que se presenta como un conjunto de normas ajenas a nuestro designio y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual ésta aparece sometida*” (2007: 205).

A partir de la premisa de la *alienación legal*, Gargarella reconoce ciertos episodios de protesta que ocurren en este contexto, a los cuales denomina *episodios de resistencia constitucional*, que pueden ser distinguidos por “*la presencia de violaciones del derecho positivo, que pueden asumir un carácter violento, destinadas a frustrar leyes, políticas, o decisiones del gobierno de turno*” (2007: 207). En este punto, se ocupa de distinguir la *resistencia constitucional* de las nociones contemporáneas de resistencia jurídica. Así, sostiene que, si bien las nociones de desobediencia civil y de objeción de conciencia tienen elementos semejantes a la resistencia constitucional, no pueden ser confundidas, ya que su origen es perfectamente distinguible en el derecho medieval, y se encontraría en la noción antigua de *resistencia a la autoridad*. Este antiguo concepto puede ser entendido como un conjunto de “*acciones normalmente de tipo violento, contrarias al derecho vigente y llevadas a cabo por sujetos que sienten que el orden legal trabaja en su contra*” (2007: 211).

A este respecto, Gargarella sostiene que las primeras meditaciones teóricas sobre la resistencia a la autoridad se encuentran en los teólogos medievales, que advierten la tensión entre poder político y poder religioso; así, recuerda el debate que dio origen a esta cuestión: cuando la obediencia debida al poder político entra en conflicto con la obediencia a los deberes religiosos, surge el dilema para los gobernados: ¿a quién debe obedecerse? De este modo, si se considera la influencia de los teóricos políticos medievales en el desarrollo de la teoría política moderna y su posterior impacto en los prolegómenos del *constitucionalismo clásico*, es razonable que Gargarella recurra a ella para construir su análisis. Después de todo, pensar la protesta desde los lugares comunes del constitucionalismo resulta más cercano que hacerlo desde matrices disciplinariamente distintas del derecho.

Por otro lado, en Chile, las discusiones jurídicas en torno a la protesta social son de reciente data. Casi todas ellas surgen a propósito de un análisis crítico del Decreto Supremo N° 1086, de 15 de septiembre de 1983, que regula el derecho de reunión. Sin embargo, destacan otros

análisis que reflexionan sobre la protesta en una clave distinta. Aquí es posible encontrar los aportes de Domingo Lovera, quien ha propuesto una lectura de la protesta social como un mecanismo de interpretación constitucional para la ciudadanía. Esta propuesta surge desde un análisis que entronca sus bases en la corriente del *constitucionalismo popular* que, en tanto tradición jurídica contemporánea, reacciona frente a fenómenos actuales en la teoría constitucional, que en este caso se concentran en los efectos adversos de la supremacía judicial en la interpretación constitucional.

Estos efectos pueden advertirse, entre otros, en el fenómeno de la elitización de intérpretes que, desde su posición institucional, se yerguen como intérpretes profesionales y oficiales, construyendo respecto de sí y del resto del cuerpo social, una *verdad oficial* sobre aquello que dice y no dice la constitución, desoyendo otras lecturas, igual de pertinentes, pero que no cuentan con una refrendación institucional validadora, como es el caso de los movimientos sociales. Esta práctica es incompatible con la idea de una constitución que regula las bases de la convivencia democrática. Así, todos los ciudadanos, en un pie de igualdad moral y en el marco del sistema democrático, deberían estar habilitados para interpretar o, incluso, cuestionar aquello que la constitución hace al configurar el poder político y que impacta en la vida de toda la sociedad. Sostiene que:

*Las cortes, entonces, cuando avanzan una interpretación constitucional deben hacerlo no en soledad, desde los despachos judiciales y pensándose como jueces y juezas guardianes finales y exclusivos de la Constitución que hablan en vez del pueblo; sino que, en cambio, como funcionarios que desarrollan sus funciones junto a la ciudadanía. Si no existe esta sintonía (responsiveness) entre ciudadanía y lectura judicial de la Constitución, entonces esta última corre el riesgo de perder su autoridad y, los jueces y juezas, aparecer como funcionarios que actúan de forma ilegítima y opresiva (Lovera, 2014: 10).*

Ahora bien, Lovera identifica las objeciones, que desde una lectura tradicional del constitucionalismo pudieren hacerse, tales como: *i.* que la protesta entorpece el normal funcionamiento de la democracia y *ii.* que la protesta genera alteración del orden público, dos cuestiones que parecen ser repugnadas por el derecho. Frente a esto, invita a considerar los notables avances en materia de derechos básicos que hoy forman parte de cualquier

sistema democrático y que sólo fueron conquistados por movilizaciones sociales. Además, frente al reclamo que cuestiona a la protesta por generar desorden, Lovera responde de la siguiente manera: “*la pregunta que nos falta responder es si acaso ese desorden no es consustancial a la democracia y, muchas veces, motor de transformaciones que terminan enriqueciendo, antes que menoscabando, nuestras decisiones colectivas*” (2014: 18).

Como puede observarse, la lectura de Lovera se suma a otras voces que, desde la academia jurídica, se han mostrado tolerantes al fenómeno de la protesta, desoyendo las recomendaciones de una tradición conservadora que opta por desplegar las herramientas del sistema penal a los movimientos sociales. Por el contrario, Lovera asume una posición parecida a la de Gargarella –la protesta como ejercicio de derechos- para proponer una relectura de la protesta y de su rol democratizador del sistema constitucional, mediante la apertura interpretativa del texto a la ciudadanía.

## **2. Conflictividad, disenso y antagonismo**

La cuestión sobre la *confrontación* es uno de los elementos indisponibles para cualquier estudio en torno a la protesta. Incluso, Rod Aya conceptualiza la protesta como una *acción colectiva de confrontación*. Pues bien, conviene comenzar entonces por examinar aquellas reflexiones -sociológicas y politológicas- que han servido para colmar de significado la cuestión de la confrontación presente en toda convivencia política y, desde luego, en toda protesta social.

### **2.1 Conflictividad**

La gran diversidad de estudios relevantes, en el campo de la sociología, en torno a la protesta, sugieren que una de sus cuestiones nucleares, sin perjuicio de los motivos que la provoquen y de los modos en que ésta se solucione, es la *materialización del conflicto*. Así, parece que un camino bien diseñado para este análisis debe comenzar por definir lo que se puede entender por *conflicto*. Antes de comenzar, vale la pena detenerse un momento y plantear una advertencia: la comprensión de la voz *conflicto* depende de la concepción relativa al orden social en que emerge. Así, en el campo de la sociología se reconocen dos

grandes teorías sobre el orden social<sup>4</sup>: la *teoría consensualista*, que puede ser entendida a partir del criterio que “*la organización de cualquier sistema social tiende a la autocompensación entre los actores y las fuerzas que articulan su estructura y su funcionamiento; de manera que el cambio social se desarrolla en el marco de la adaptación estructural mediante procesos de evolución. Los conflictos sociales son pues situaciones anómalas, fruto de una alteración en el discurso normal de la vida social, así que tenderán a ser explicados en términos espasmódicos y a minusvalorarse*” (Lorenzo, 2001: 18). La otra, denominada *teoría conflictualista*, plantea que “*la sociedad encierra dentro de sí una serie de contradicciones y objetivos colectivos contrapuestos que provocan confrontación de intereses. Por esta razón, el conflicto es inherente a cualquier dinámica social, es un imperativo estructural y un motor creativo –y fundamental- del cambio social*” (Lorenzo, 2001: 19).

Estas teorías sobre el orden social y el contenido político de la convivencia en la sociedad pueden enlazarse directamente con la *sociología política*; entre diversos tópicos, ofrece un análisis sobre la forma, contenido y explicación de los conflictos sociales y su desarrollo, con sus particularidades, recurrencias y novedades. Aquí, conviene detenerse y formular una segunda advertencia sobre el tema: para definir la noción de conflicto, además de indagar en el contenido de las teorías sobre el orden social, se debe volcar la vista a la denominada *teoría del conflicto*, también conocida como *teoría de la conflictividad*, cuyo campo disciplinario es la ya mencionada sociología política, y su objeto es el estudio del fenómeno del poder en una sociedad y cómo se relaciona con los conflictos sociales.

Un criterio compartido en la sociología política indica que el conflicto es *consustancial* a la convivencia social, lo que no significa que sea algo negativo o perjudicial: implica reconocer el dinamismo de la sociedad y la aparición de diferencias y desacuerdos en los distintos espacios de convivencia. En este sentido, lo pernicioso del conflicto estaría más bien vinculado a sus efectos y formas de solución antes que a su mera aparición. Con todo, la forma en que la noción de *conflicto* puede ser definida depende de la tradición a la cual se haga referencia.

---

<sup>4</sup> Además de la reflexión en la sociología, estas teorías presentan una dimensión politológica de gran envergadura que muestran formas para comprender el fenómeno de *lo político* y que, en el caso del derecho, se aprecia una recepción en ámbitos de la teoría constitucional.

En efecto, la teoría del conflicto en la sociología reconoce dos grandes vertientes que han nutrido su análisis, una que ha sido identificada como *marxista* y otra como *liberal*. Estas se diferencian en “*la forma en cómo enfocan el poder y las disidencias que comparten en torno a las diversas lecturas políticas que hacen sobre las contradicciones sociales*” (Silva, 2008: 30).

En la tradición marxista, la noción de conflicto arranca directamente desde la reflexión sobre el antagonismo de las clases sociales y la oposición dialéctica como motor de la historia. Para Marx la sociedad aglutina un conjunto de contradicciones disponibles para ser resueltas mediante la lucha entre *clases*. Desde luego, la oposición de clases se estructura a partir de la permanente tensión entre un grupo dominante, que controla los medios de producción, y un grupo subalterno, que se ve obligado a entregar su fuerza de trabajo para asegurar su subsistencia. Este acercamiento bruto al tema de las clases sociales merece, sin embargo, una aclaración que provea un análisis más actual y sofisticado que la premisa entregada. Así, como señala Fernando Muñoz: “*el análisis de las clases existentes debe ser realizado de manera circunscrita a un espacio productivo situado en un determinado período de tiempo; en esas circunstancias, la identificación de las clases que componen la estructura productiva de una sociedad es una tarea perfectamente realizable por el cientista social*” (2015: 23).

En este sentido, lo primero que podría enunciarse sobre el conflicto es que este siempre estará configurado a partir de la natural oposición de clases y la lucha respecto de sus intereses *clasistas*. Empero, resulta necesario reconocer que, a pesar del enorme influjo de la tradición marxista en las ciencias sociales, en especial en la sociología, la categoría tradicional de *clase social* ha sido criticada por ser tributaria de un discurso moderno, que apela a formas de concebir *lo político* a partir de universalidades: *clase, proletariado*, entre otras. La necesidad de esta mención radica en que en la actualidad, un análisis exclusivamente marxista clásico, no alcanza a dar cuenta de las particularidades de los conflictos sociales en los sistemas democráticos, los que se presentan en contextos políticos de multiculturalidad y pluralismo político, donde cada grupo parece sostener luchas particulares, según sus propias pretensiones y necesidades.

Por otra parte, la tradición liberal sobre la conflictividad sostiene que, si bien la sociedad puede ser comprendida a partir del concepto de clases, este constituye un criterio muy amplio



que no logra proveer elementos de análisis más detallados sobre el contenido del conflicto social. Además, esta tradición reacciona frente al binomio marxista burguesía/proletariado como expresión de la permanente oposición de clases, apuntando que no todo conflicto se articula de aquella manera y que hay, sin embargo, conflictos sociales que se presentan dentro de una misma clase (Silva, 2008: 31). Esta tradición, por tanto, desecha el uso de la categoría *clase* para preferir el uso de la categoría *grupo social*, en tanto que última permite un análisis por *niveles* del conflicto social (en cuanto a los roles y expectativas individuales y grupales), por cuanto observa que en un mismo grupo concurren particularidades que sitúan pretensiones y necesidades entre actores, lo que no resulta posible si se usa la categoría de *clase* que presenta a los sujetos como parte de un todo unitario, eclipsados todos por un mismo padecer y titulares todos de una misma aspiración<sup>5</sup>.

Ahora bien, no obstante la distancia epistemológica, ambas tradiciones presentan puntos de encuentro al reconocer la normal conflictividad de la sociedad y el rol del conflicto como motor del progreso social. Así, la constante transformación de las sociedades, la interacción -no siempre pacífica- de los distintos grupos sociales y los cambios en las estructuras institucionales, estarían determinadas, en gran parte, por la natural oposición y confrontación en los distintos espacios de la vida en común.

Luego de revisar las formas de concebir el orden social y a las vertientes dominantes en la teoría de la conflictividad, se puede responder a la inquietud planteada al inicio de este apartado y explicar lo que puede entenderse como un conflicto. En primer lugar, puede verse que en palabras de Silva García un conflicto es “*una consecuencia de un determinado estado de cosas. ¿De cuál estado? De una situación de divergencia social, es decir, de una relación contradictoria (disputa) que sostienen personas o grupos sociales separados al poseer intereses y/o valores diferentes*” (2008: 36).

Como puede observarse, tanto en las definiciones recogidas como en las tradiciones mencionadas, se presentan algunos verbos rectores que guían la comprensión del conflicto social y la forma en que se materializa a través de la protesta. Así, voces como *divergencia social, relación contradictoria entre grupos, disputa de intereses y desplazamiento de un*

---

<sup>5</sup> Para un acercamiento a esta tradición y a los niveles del conflicto ver: Rex, John (1985): “Microsociología del conflicto”, en *El conflicto social*. Siglo XXI de España Editores, Madrid, pp. 1-29.

*grupo por otro*, parecen sugerir que el conflicto, y su expresión en la protesta, presenta una significación política, caracterizada por un tipo de interacción *contenciosa*, presentada como “*la lucha abierta entre grupos sociales opuestos [que] tendrá un nivel ideológico-cultural, caracterizado por la valoración que se haga de la situación preexistente y, por extensión, de las expectativas de cada grupo, y otro nivel de acción social, concretado en los repertorios tácticos empleados, en las formas de acción colectiva, y en la tipología general de los conflictos sociales*” (Lorenzo, 2001: 12). En esta interacción contenciosa, táctica y estratégica, se presentan a menudo posiciones difíciles de conciliar que, en buena parte de los casos, no logran ser resueltas echando mano a formas *consensualistas* de la política que, lejos que apaciguar los conflictos, contribuyen a mantener viva la confrontación entre grupos al no reconocer las diferencias al interior de una comunidad, y al reconducir esos conflictos a los mecanismos institucionales de solución, lo que habitualmente deviene en una respuesta institucional oficial que deliberadamente omite las eventuales subsistencias de desacuerdo en torno al conflicto o a sus motivos<sup>6</sup>. A la luz de lo señalado precedentemente, es posible concluir que un conflicto social es “*un proceso de interacción contenciosa entre actores sociales que comparten orientaciones cognitivas, movilizados con distintos grados de organización y que actúan colectivamente de acuerdo con expectativas de mejora, de defensa de la situación preexistente o proponiendo un contraproyecto social*” (Lorenzo, 2001: 12).

## 2.2 Disenso político

Hasta ahora se ha dicho que la sociología ha mostrado que la cuestión del conflicto parece ser un elemento nuclear en todo proceso de acción de protesta. Ahora bien, también ha identificado que toda protesta incluye una *disputa de intereses* entre grupos o desde grupos; acá parece asomarse el cariz polémico que invita a pensar que la protesta es, como señalara Aya, la *política por otros medios*. Hasta acá la cuestión tiene una lectura un tanto evidente: política de salarios, luchas por los derechos sociales, movimientos

---

<sup>6</sup> Un ejemplo habitual de este fenómeno ocurre en las demandas territoriales de las comunidades indígenas frente a las empresas forestales, en estos casos, habitualmente, la alternativa de solución para las partes es un proceso de cautela de derechos fundamentales mediante una acción protección. Sin embargo, por la naturaleza de la acción de protección, de nada sirve para tratar el motivo principal que origina el conflicto, perviviendo el desacuerdo y la oposición.

antidiscriminación, demandas obreras, entre otras. Todas sugieren pensar que la protesta – suficientemente importante para ser registrada por la historia– es una disputa de intereses políticos sobre las condiciones de vida del ser humano en sociedad. Ahora bien, más allá de todo lo que parece evidente, esta notoriedad de los hechos no logra derribar el muro de contención que el derecho construye respecto de algunos fenómenos políticos y sociales.

Así pues, es bien sabido que la disciplina jurídica, en especial el derecho constitucional, establece fronteras sobre lo admisible y lo inadmisibile, sirviéndose de instituciones que tienen la función desplegar procesos políticos, los que contarán con la correspondiente refrendación del sistema legal, otorgando la correspondiente vinculación para todo el cuerpo social, en razón de la supremacía del texto constitucional<sup>7</sup>. Así, la deliberación parlamentaria, las audiencias públicas para el nombramiento de autoridades, los *amicus curiae* ante los tribunales de justicia y la legitimación activa de ciertas magistraturas ante la jurisdicción constitucional son una muestra de aquel campo de lo admisible políticamente, circunscribiendo la cuestión de *lo político* a ciertos vasos conductores institucionales, formalizados por el derecho y que gozan de ventajas de coerción que le otorga el sistema legal. Todo esto parece ajustarse de muy buena manera a eso que los politólogos han llamado *teoría del consenso*, cuya misión es circunscribir el ámbito de la política a ese espacio de interacción dialógica entre agentes racionales, cuya garantía de desarrollo y solución estaría determinada por la existencia de un *espacio público deliberativo*, capaz de soportar y conducir un diálogo racional que solucione diferencias, disputas y aspiraciones.

Sin embargo, esta lectura *habermasiana* sobre la política franquea un atolladero difícil de solucionar: la sociología ha mostrado que la protesta funciona como un vehículo de política contenciosa; además, considerando la falta de reconocimiento jurídico de la protesta como una actividad política válida para vincular decisiones de la autoridad, es necesario preguntarse ¿cómo pueden solucionarse aquellas disputas que la sociedad manifiesta por

---

<sup>7</sup> Un acercamiento a esta premisa puede encontrarse en: Guastini, Riccardo (2009): “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, pp. 49-74. En este punto, Guastini reconoce el impacto de la Constitución en las relaciones políticas cuando reconoce que “*las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política (de los órganos y de los actores) para justificar sus acciones y decisiones.*” Ahora bien, lo interesante de este autor es que al referirse al impacto de la Constitución en las interacciones políticas sólo menciona aquellas que se verifican en las instituciones del Estado; una muestra más del olvido de la teoría constitucional del fenómeno político por fuera de los márgenes del Estado.

canales no reconocidos por el derecho? ¿Se puede reducir la política únicamente a aquellas interacciones dentro de los márgenes de las instituciones del Estado Constitucional? La cuestión no es trivial, todo parece indicar que la disputa y el litigio político presente en la protesta quedaría en manos de la *voluntad institucional*, de modo que sólo el interés y sensibilidad (*responsiveness*) de la autoridad puede conducir las aspiraciones de un grupo a través de canales políticos institucionales, tales como la traducción de disputas sociales en proyectos de ley, por ejemplo.

Así, el notable influjo de los teóricos de la democracia deliberativa, el auge del neoconstitucionalismo y el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional como espacio de discusión política, han permeado la reflexión constitucional de un modo en que se ha preferido la política institucional, omitiendo completamente aquella política que se asoma por los márgenes del Estado y que inunda las relaciones de la base social, distante de los grandes foros públicos de discusión. Para tratar de lidiar con este diagnóstico, puede proponerse un punto de partida disidente de las grandes ideas hegemónicas sobre el Estado y el poder que han formado el pensamiento constitucional, pues es posible identificar en ellas un pensamiento circular, que busca reconducir la política al Estado y el poder a la gobernanza, de un modo en que la *política no-institucional* queda siempre fuera del tintero. Para esto sirve acudir a otro de los rasgos de la protesta que el derecho constitucional moderno no ha advertido: el disenso.

Un estudio adecuado sobre el disenso obliga a no caer en la tentación de contraponerlo, a modo de antonimia, a la noción de consenso, que se estudiará en un apartado separado. Por el contrario, se asumirá un acercamiento autónomo al disenso, que no aborde esta categoría conceptual como deudora de otras tradiciones, a fin de que sirva para entregar nuevas perspectivas sobre el fenómeno de lo político y cómo se vincula con el tema que se ha propuesto analizar.

El disenso es una cuestión que no tiene arraigo en el largo caminar del constitucionalismo – ni aun en sus vertientes actuales– y que se desarrolla en el contexto del pensamiento social contemporáneo, especialmente en aquella tradición que se conoce como *French Theory* o

*Théorie Française*<sup>8</sup>, conocida como la escuela responsable de construir un corpus teórico que busca interrogar a las grandes ideas de la modernidad y evidenciar cierta fragilidad del pensamiento político tradicional de los grandes relatos sobre el Estado y el ciudadano.

Así pues, por disenso se dice de aquella noción del pensamiento social que ofrece una mirada completamente distinta sobre las relaciones políticas, poniendo como eje central la existencia de diferencias –algunas notorias, otras sutiles– en todo proceso de interacción humana. La noción de disenso ha sido desarrollada especialmente por Jacques Rancière, quien llega a ella a través de estudios que buscaron impugnar el rol de la filosofía en la política, a fin de descubrir si su estudio es *verdaderamente filosófico* o, por el contrario, si sólo se desarrolla como una disciplina auxiliar para los agentes políticos, que ven en el trabajo filosófico un camino para enriquecer las categorías cristalizadas de Gobierno y Estado. Así, en trabajos como *En los bordes de lo político* (1990) y en *El desacuerdo. Política y filosofía* (1995), Rancière critica el rol de las grandes tradiciones de pensamiento que han cristalizado la reflexión política, cuestionando la verdadera existencia de un trabajo filosófico allí donde el ser humano es excluido de la discusión, relegado y preterido en beneficio de categorías políticas tradicionales, que no ofrecen ningún espacio para una interacción política basada en la diferencia.

*La filosofía no socorre a nadie y nadie le pide auxilio, aun cuando las reglas de convivencia de la demanda social hayan instituido la costumbre de que políticos, juristas, médicos o cualquier otra corporación, cuando se reúnen para reflexionar, invitan al filósofo como especialista de la reflexión en general. Para que la invitación produzca algún efecto de pensamiento, es preciso que el encuentro halle su punto de desacuerdo* (Rancière, 2007: 8).

---

<sup>8</sup> Una buena sistematización de esta tradición de pensamiento nos sugiere destacar seis pretensiones de la teoría francesa en su empresa filosófica: 1. La necesidad de finalizar con la oposición concepto/existencia; 2. Interrogar a la filosofía y situarla en la modernidad con el objeto de empaparla de cuestiones actuales, tales como: arte, cultura, sexualidad, poder, etc.; 3. Abandonar la separación filosofía del conocimiento/filosofía de la acción; 4. Situar a la filosofía en el escenario político sin reconducirla a las categorías tradicionales de la filosofía política; 5. Retomar la cuestión del sujeto en relación a la psicología y el psicoanálisis y; 6. Adoptar un nuevo estilo de producción y exposición filosófica, muy cercano a la literatura. Todo lo anterior puede encontrarse en: Badiou, Alain (2014): *La aventura de la filosofía francesa a partir de 1960*. LOM Ediciones, Santiago (Traducción de Irene Agoff).

Rancière despeja las dudas de este desacuerdo que, desde los ojos de la democracia deliberativa, bien podría leerse como una mera oposición de ideas o intereses, ofreciendo un concepto cuyos elementos parecen indicar que su acertada lectura estriba en la capacidad de advertir sus sutilezas, detalles y minucias:

*Por desacuerdo se entenderá un tipo determinado de situación de habla: aquella en que uno de los interlocutores entiende y a la vez no entiende lo que dice el otro. El desacuerdo no es el conflicto entre quien dice blanco y quien dice negro. Es el existente entre quien dice blanco y quien dice blanco pero no entiende lo mismo o no entiende que el otro dice lo mismo con el nombre de la blancura. La generalidad de la fórmula exige, naturalmente, algunas precisiones y obliga a algunas distinciones. El desacuerdo no es el desconocimiento. El concepto de desconocimiento supone que uno u otro de los interlocutores, o ambos –por el efecto de una simple ignorancia, de un disimulo concertado o de una ilusión constitutiva-, no saben lo que dicen o lo que dice el otro. Tampoco es el malentendido que descansa en la imprecisión de las palabras (...) Los casos de desacuerdo son aquellos en los que la discusión sobre qué quiere decir hablar constituye la racionalidad misma de la situación de habla (Rancière, 2007: 9).*

Esta reflexión no debe perderse de vista, pues si bien ella parece conducir a la ontología del lenguaje, también ofrece un punto de partida para extenderla sobre aspectos más polémicos y políticos que se enlazarán a continuación. Así pues, hecha la querrela filosófica de Rancière, la noción de desacuerdo será directamente incorporada en las categorías de la teoría política, afirmando que *sólo puede haber política allí donde hay desacuerdo*, allí donde la diferencia se presenta como un espacio para que los seres humanos reclamen significado a sus modos de convivir. Rancière desarrolla su argumentación reconduciendo el significado de lo político a las primeras ideas presentes en la filosofía clásica, especialmente a la noción presentada por Aristóteles en el libro de *La Política*, en la distinción entre los distintos tipos de mandatos políticos, circunscribiendo el *mandato político* a aquel que dice relación con la cuestión de *tener parte en el hecho de mandar y ser mandado*. De este modo, Rancière centra su atención en la categoría de *tener-parte* para afirmar que lo realmente importante de la política está en esta interacción específica, “*para interrogar sobre su sentido y las condiciones de su posibilidad*” (Rancière, 2006: 59).

Sin duda, el texto más significativo de Rancière para estos efectos es *Diez tesis sobre la política*, en el cual realiza un estudio que comienza desde una reflexión sobre los primeros conceptos de política hacia una inserción del disenso como modo de explicar el significado de la política en la actualidad. En aquel texto deconstruye las condiciones del ser y estar del sujeto político, separando los elementos que configuran la antigua noción de ciudadano:

*Si retomamos la definición aristotélica del ciudadano, hay un nombre de sujeto (politès) que se define por un tener-parte (metexis) en un modo de actuar (el del arkheîn) y del padecer que corresponde a este actuar (el arkhesthai). Si hay un propio de la política, se sostiene enteramente en esta relación que no es una relación de sujetos, sino una relación entre dos términos contradictorios por la cual se define a un sujeto. La política se desvanece, apenas se deshace ese nudo de un sujeto y una relación. Es lo que ocurre en todas las ficciones, especulativas o empiristas, que buscan el origen de la relación política en las propiedades de esos sujetos y las condiciones de su reunión (2006: 61).*

Rancière afirma que si lo realmente importante de la política está en ese *tener-parte*, es decir, en la posibilidad que los individuos reclamen participación en ese proceso de interacción específica, la política sólo puede ser entendida *por la existencia de un sujeto definido por su participación en los contrarios*, prescindiendo de las grandes discusiones del consenso que conciben el mandar y ser mandado como una cuestión vinculada a la *gobernanza entre iguales*. Si el *arkhè* es el contexto en que surge el *politès* (ciudadano), y habla de un estadio donde algunos ejercen efecto sobre otros y estos otros lo padecen, debe inferirse que el *arkhé* está caracterizado por una disposición específica de superioridad e inferioridad, de modo tal que, si la convivencia política aspira a ser libre, sólo puede haber política en la ruptura de la lógica del *arkhé* (Rancière, 2006: 63).

Ahora bien, la ruptura del *arkhé* no debe ser leída simplemente como la faz agonal de la política; no hay allí disputa del poder en términos tradicionales; no hay aspiraciones de estar arriba y que otros estén abajo. Hay, ante todo, una pretensión de explorar otros modos constitutivos de convivencia por fuera de las grandes teorías del poder que recortan las interacciones en formas dicotómicas de gobernante/gobernado. Así, Rancière vinculará la

propuesta de *la política como ruptura del arkhé*, a la posibilidad de oponer la política de la policía:

*¿Qué es lo político? se nos pregunta. Responderé brevemente: lo político es el encuentro de dos procesos heterogéneos. El primero es el del gobierno. Este consiste en organizar la reunión de los hombres en comunidad y su consentimiento, y descansa en la distribución jerárquica de lugares y funciones. A este proceso le daré el nombre de policía. El segundo es el de la igualdad. Este consiste en el juego de prácticas guiadas por la presuposición de la igualdad de cualquiera con cualquiera y de la preocupación por verificarla. El nombre más apropiado para designar este juego es emancipación (2006: 17).*

Y agrega Rancière: *“La policía no es una función social sino una constitución simbólica de lo social. La esencia de la policía no es la represión, ni siquiera el control sobre el vivo. Su esencia es un cierto reparto de lo sensible”* (2006: 70). Es en este punto donde lo enrevesado del pensamiento de Rancière se vuelve aún más patente al insertar la noción de *“el reparto de lo sensible”*, cuestión que desarrolla en los siguientes términos:

*Llamo reparto de lo sensible a ese sistema de evidencias sensibles que al mismo tiempo hace visible la existencia de un común y los recortes que allí definen los lugares y las partes respectivas. Un reparto de lo sensible fija entonces, al mismo tiempo, un común repartido y partes exclusivas. Esta repartición de partes y de lugares se funda en un reparto de espacios, de tiempos y de formas de actividad que determina la manera misma en que un común se ofrece a la participación y donde los unos y los otros tienen parte en ese reparto (2009: 9).*

La descripción del disenso en Rancière parece ser vaga y difusa, pero vale mencionar que es preciso recorrer estos caminos circundantes, pues confluirán hacia el final del argumento. Así, según se viene argumentando, para Rancière lo nuclear de la política se refiere *i.* al hecho de *tener-parte* que constituye al ciudadano y *ii.* que sólo puede haber política allí donde las condiciones de superioridad/inferioridad del *arkhé* puedan ser interrogadas. Es decir, para Rancière, el verdadero sujeto político es aquel que se encuentra definido por la posibilidad de reclamar participación en el proceso de interacción que lo constituye como tal. Así pues, haciendo la distinción entre política y policía, dice que es esta última la que se ocupa de



recortar los espacios de participación y que viene a franquear espacios de convivir, comunes en algunos casos, exclusivos en otros y hasta vedados para algunos en ciertas ocasiones. Nótese que Rancière utiliza el nombre de *policía* para referirse a ese fenómeno en donde la convivencia política y social se planifica minuciosamente: el rol de la policía es, precisamente, ordenar, disciplinar, forzar, castigar y mantener, algo muy parecido a lo que realiza el Estado a través de sus distintas instituciones y discursos oficiales.

Rancière dice que la *policía* se encarga de fijar ese *cierto reparto de lo sensible*, que no es otra cosa que “*la ley generalmente implícita que define las formas del tener-parte definiendo primero los modos perceptivos en los cuales se inscriben*” (2006: 70). Agrega que este reparto de lo sensible, entregado por la *policía*, está caracterizado por la ausencia de vacío y de suplemento, en que la sociedad se encuentra configurada por grupos dedicados a modos de hacer específicos, con lugares y ocupaciones que se avienen a esos modos de hacer. Esta división viene a constituir un todo mismo de la comunidad, siendo precisamente la ausencia de suplemento lo que opera para integrar en el *todo a los sin-parte*, al *demos*, a quienes la democracia debe su razón de existir: como advierte Rancière, una adecuada traducción del griego indica que el origen etimológico de la palabra democracia no simboliza el *gobierno del pueblo*, sino el *gobierno de los pobres*, quienes entregan la pretensión de igualdad en esta gobernanza de todos. Así,

*Lo que es identificado por la democracia con el todo de la comunidad es una parte vacía, suplementaria, que separa la comunidad de la suma de las partes del cuerpo social. Esta separación primera funda la política como acción de sujetos suplementarios que se inscriben como excedente con respecto a toda cuenta de las partes de la sociedad* (2006: 67).

De este modo, si la lógica de la política es la ruptura del *arkhé* y el reclamo de participación en el *tener-parte*, ella sólo puede hacer manifiesto un litigio que busque hacer-parte a los sin-parte, integrar aquello que fue borrado por el reparto de lo sensible del todo común y, en definitiva, “*hacer una intervención sobre lo visible y lo enunciable*” (Rancière, 2006: 71).

Aquí se comienzan a delinear los argumentos finales que decantarán en la reflexión sobre el disenso: Rancière señala, en la *octava tesis sobre la política*, que “*el trabajo esencial de la política es la configuración de su propio espacio. Es hacer ver el mundo de sus sujetos y sus*

operaciones. *La esencia de la política es la manifestación del disenso, como presencia de dos mundos en uno solo*” (2006: 71). Sugiere que lo sustantivo de la política consiste en hacer aparecer mundos incontados, formas de existir y actuar que aparecen invisibles frente a los grandes relatos de la modernidad; para esto no basta con *recalificar* los espacios existentes: es necesario abrir la posibilidad para que los sin-parte busquen construir estos otros espacios. Sugiere, además, que la política es disenso, donde

*El disenso no es la confrontación de intereses u opiniones. Es la manifestación de una separación de lo sensible consigo mismo. La manifestación política deja de ver lo que no tenía razones de ser visto, aloja un mundo en otro (...) Es la razón por la cual la política no puede identificarse con el modelo [habermasiano] de acción comunicativa. Ese modelo presupone socios ya constituidos como tales y formas discursivas del intercambio como implicando una comunidad del discurso, donde la coacción siempre es explicitable. Pero lo propio del disenso político es que los socios no están más constituidos que el objeto y la escena misma de la discusión. Aquel que hace ver que pertenece a un mundo común que el otro no ve, no puede estar premunido de la lógica implícita de ninguna pragmática de la comunicación (Rancière, 2006: 73)*

Como se puede ver, Rancière realiza un largo recorrido argumental para construir su noción de disenso, ofreciendo una comprensión distinta de la política, que hunde sus raíces en la existencia de conflictos, diferencias y desacuerdos, los que nada tienen que ver con la mera oposición de intenciones. Responde, en cambio, a la idea de una frontera en medio de la interacción política, que permite inventar nuevos mundos y miradas, antes que recalificar o renombrar los espacios ya existentes. Aquí, el disenso aparece como motor de la política, vinculado a la necesidad de hacer notar identidades contemporáneas y complejas de los grupos desaventajados: indígenas, infantes, minorías sexuales, grupos étnicos, entre otros que parecen no encajar en el *todo mismo de la comunidad* que Rancière critica, que claman por la invención de otros mundos donde los sin-parte pueden tener-parte.

Ahora bien, estas descripciones enrevesadas de la política en Rancière, proveen elementos analíticos para interrogar a la protesta social frente al derecho. Observa el agotamiento de la teoría de la acción comunicativa como forma de solucionar los conflictos políticos, en la

medida que la identidad de los agentes políticos no se presenta como un escenario dado, sino que una cuestión sometida a la contingencia propia de quienes sienten no tener-parte en el sistema político. Esta constatación permite argumentar sobre el rol que la protesta cumple para que el *demos*, los *sin-parte*, puedan sostener demandas específicas frente al derecho. Es más, si Rancière observa que las pretensiones del disenso no consisten en recalificar los espacios dados, sino en interrogar las lógicas del *arkhé*, no podría sostenerse que los protestantes siempre actúan en miras de reclamar un espacio en los canales institucionales y deliberativos del constitucionalismo, de manera que pueda hacer cumplir sus aspiraciones. Así, la protesta podría ser el vehículo de una política contenciosa que, intencionalmente, prescinda de los espacios políticos institucionales, impugnando el *reparto de lo sensible* que entrega el Estado Constitucional; que margina a importantes sectores de la población, tanto de la posibilidad de participar de la toma de decisiones, como de disfrutar las condiciones materiales de existencia garantizados en el texto constitucional.

### **2.3 Antagonismo**

Hasta ahora se ha hecho una revisión que explica a la protesta social a partir de las premisas de la conflictividad y del disenso político. Estas premisas han tenido por objeto mostrar que la política puede ser explicada desde reflexiones contemporáneas que presenten una alternativa a la explicación tradicional que el constitucionalismo ha asumido para su desarrollo. Sin embargo, esta revisión parece fallar en el nivel en que es presentada: siempre será posible explicar la conflictividad y el disenso desde la acción individual o grupal del protestante, pero de aquello no se sigue que toda acción conflictiva sea reflejo de un sistema que sólo puede ser explicado en esos términos. Pues bien, para lidiar con esta fragilidad se debe presentar un tercer componente sobre la protesta; un concepto que ayude a entender que fuera de la acción individual del sujeto político, existe un escenario en donde este se desenvuelve, terreno fértil para la protesta social: el antagonismo.

El antagonismo es una reflexión contemporánea sobre lo social y lo político que se debe, en gran medida, a la teórica belga Chantal Mouffe. Ella se ha destacado en la reflexión social por presentar una alternativa al liberalismo para la comprensión sobre la política contemporánea, que destaca las tensiones del sistema democrático deliberativo que, al no dar

cuenta de la inerradicable conflictividad de todo grupo humano, no ofrece ninguna alternativa para aquellos que quedan fuera del consenso racional *habermasiano*.

Mouffe comienza presentando una distinción indispensable para realizar su análisis: una clara demarcación de *la política* y *lo político*. Tomando la lección de Heidegger, señala que *la política* es una cuestión *óntica*, vinculada a la reflexión de la ciencia política, que se pregunta por las cuestiones políticas empíricas; mientras que *lo político* sería una cuestión *ontológica*, más próxima a la reflexión filosófica, que no se preocupa de examinar las prácticas de los agentes políticos, sino que busca interrogar *la esencia de lo político* (2011: 15). Así, mientras *la política* es el campo para pensar los modos y usos de la política convencional, *lo político* pretende reflexionar sobre los modos en que se constituye un grupo humano. Acá Mouffe ofrece un primer acercamiento: *lo político* es siempre susceptible de ser explicado a partir del *antagonismo*, es decir, desde un modo de convivir caracterizado por el conflicto inerradicable que surge a partir de la *diferencia* entre los individuos, la que puede explicarse a partir del binomio *amigo/enemigo*<sup>9</sup> (o adversarios, como sugiere Mouffe), que se encuentra presente en los procesos de interacción política entre los sujetos. Por otro lado, *la política* puede ser comprendida como “*el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad derivada de lo político*” (Mouffe, 2011: 16). Mouffe vincula esta segunda idea con la cuestión de la *hegemonía*, es decir, como un tipo de poder político que busca vertebrar un conjunto de prácticas tendientes a establecer un determinado orden político, jurídico y cultural en un contexto de contingencia. Estos dos conceptos, antagonismo y hegemonía, se presentan como una alternativa a la comprensión política liberal que, a juicio de Mouffe, yerra en la comprensión de *lo político*, pues sólo ofrece la noción del *consenso racional* como forma de solución de los desacuerdos políticos.

---

<sup>9</sup> El binomio amigo/enemigo es un recurso utilizado por Carl Schmitt en orden a interrogar la esencia de lo político; esta interrogación propone una formulación distinta del liberalismo, en el sentido que se ocupa de examinar el fenómeno de lo político sin preguntarse por *sustancias* u *objetos* y, en cambio, sugiere pensar lo político en términos *relacionales*, siempre estructurado a partir del conflicto. Para Schmitt la politicidad es una cuestión de actividad, de modo, que alcanza su punto más claro en el encuentro de sujetos que se reconocen como adversarios y que articulan prácticas a partir de dicho punto de partida. Al respecto ver: Kervégan, Jean-François (2007): *Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre especulación y positividad*. Escolar y Mayo Editores, Madrid (Traducción de Alejandro García Mayo).

Seguidamente, Mouffe dice que las tensiones producidas en los sistemas democráticos pueden explicarse, en lo medular, en la notable debilidad de las ideas del liberalismo político y de la teoría de la democracia deliberativa para explicar los fenómenos políticos en términos sustantivos<sup>10</sup>. Así, recogiendo algunas ideas del teórico alemán Carl Schmitt, uno de los principales críticos de la democracia liberal durante el siglo XX, afirma que el liberalismo es ciego a la politicidad misma, al asumir un enfoque individualista y racionalista, que le impide reconocer la naturaleza de las identidades colectivas (Mouffe, 2000: 60). A juicio de Mouffe, el liberalismo ofrece una comprensión de la política donde el individuo permanece como punto de referencia fundamental que lo asume como un continente de razonabilidad y titular de valores superiores al Estado, susceptibles de ser compartidos y relacionados con los de otros individuos en términos de armonía y no conflictividad. De este modo,

*El pensamiento liberal elude o ignora al Estado y a la política de un modo genuinamente sistemático, y en su lugar se mueve en el seno de una polaridad típica y recurrente entre dos esferas heterogéneas, las de ética y economía, espíritu y negocio, educación y propiedad. La desconfianza crítica frente al Estado y a la política se explican a partir de los principios de un sistema para el cual el individuo es y debe seguir siendo tanto terminus a quo como terminus ad quem (Schmitt, 2009: 98).*

Schmitt sospecha de una comprensión de lo político donde el individuo es el principio y el fin, sin poner atención a lo que escapa de la realidad del sujeto individualmente considerado. Así las cosas, si pudiera trazarse un denominador común entre las distintas tradiciones del pensamiento liberal, podría inferirse que el principal proyecto del liberalismo es la conquista y posterior aseguramiento de la libertad. Esta *libertad liberal* es concebida en términos eminentemente negativos, es decir, la libertad como ausencia de interferencias arbitrarias. Los liberales creen que la principal amenaza para una convivencia política es un individuo atado a voluntades externas arbitrarias, para lo cual ofrecen un discurso que opera del siguiente modo: dado que *i.* la libertad sólo puede concebirse como la ausencia de

---

<sup>10</sup> Mouffe sospecha del modo individual-racional que el liberalismo asume para acercarse a la política, pues advierte que las cuestiones sobre inclusión/exclusión, conflicto y antagonismo no alcanzan a ser mostradas por el pensamiento liberal que, al prescindir del enfoque relacional, no ofrece ninguna perspectiva sobre la política como un modo de interacción. Esto último es, a final de cuentas, lo verdaderamente sustantivo para Mouffe en la política.

interferencias externas en un sujeto, y que *ii.* en una sociedad, eventualmente, cualquier sujeto podría ser objeto de represiones e incidencias injustificadas sobre su ámbito de autonomía, entonces, lo mejor es que *iii.* la libertad de todos se encuentre limitada en una pequeña cuota a través interferencias razonables, donde cada uno tenga que soportar incidencias relativas y controladas en aras del interés general, entendido como el interés donde cada sujeto es libre individualmente. Como se ve, el principal proyecto del liberalismo –la búsqueda de la libertad– obliga a reconducir cualquier cuestión política relevante al ámbito del sujeto; mas siempre al sujeto individualmente considerado y, sólo en una dimensión secundaria, relacionado con otras libertades individuales. Así,

*Todo el pathos liberal se dirige contra la violencia y la falta de libertad. Toda constricción o amenaza a la libertad individual, por principio ilimitada, o a la propiedad privada o a la libre competencia, es “violencia” y por lo tanto eo ipso algo malo. Lo que este liberalismo deja en pie del Estado y de la política es únicamente el cometido de garantizar las condiciones de la libertad y de apartar cuanto pueda estorbarla (Schmitt, 2009: 99).*

Desde luego, el interés en estas páginas no es atacar la *libertad liberal*, respecto de la cual se guardan profundos desacuerdos, sino exhibir que a partir de ella se derivan algunos elementos que inciden en una comprensión de *lo político* que es incapaz de advertir las cuestiones políticas relevantes cuando se saca la atención del ámbito del sujeto como *terminus a quo/terminus ad quem*.

Mouffe advierte que en el seno del liberalismo se encuentra la noción de la racionalidad como elemento fundante de las decisiones políticas. En efecto, los liberales creen que tomando la máxima de la libertad como constructo inexpugnable de la convivencia política se pueden arribar a consensos racionales basados en esos valores universales y superiores al Estado. Ahora bien, los liberales también reconocen la existencia de un pluralismo que configura realidades distintas, más que en razón de limitaciones empíricas no se pueden adoptar en su totalidad, pero que *en su vinculación constituyen un conjunto armonioso y no conflictivo* (Mouffe, 2011: 17). Sin embargo, aquello que los liberales no reconocen es la inexorable imposibilidad de un consenso racional totalmente inclusivo y que la decisión sobre cuestiones

políticas es siempre una cuestión de *decidir sobre lo indecible*, en términos tales que siempre ha de quedar alguien fuera del consenso.

Lo que sugiere Mouffe, como una alternativa a la política entendida en condiciones de individualismo y consenso racional, es una dimensión del antagonismo que entienda que las cuestiones políticas pueden ser explicadas como el producto de la operación del binomio schmittiano *amigo/enemigo*, es decir, donde las identidades políticas colectivas se configuran a partir del reconocimiento de un *ellos* y un *nosotros*, el que surge a partir de la *diferencia*<sup>11</sup>  
<sup>12</sup>. Esta opera como una línea de demarcación entre grupos, donde toda identidad colectiva es *relacional*, sin que pueda existir un *nosotros* sin un *ellos*; esto es lo que se llama, en palabras de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, un *exterior constitutivo*.

Sin embargo, Mouffe reconoce que no es recomendable para la política democrática contemporánea, la aplicación del binomio *amigo/enemigo* sin que sea adaptado para las instituciones del sistema democrático, pues ello implica retroceder en la protección de las minorías, que sin duda es uno de los mayores logros de las democracias constitucionales en la actualidad. En su lugar, Mouffe propone el empleo del término *adversarios*, de modo que la conflictividad reconocida en el *antagonismo* pueda ser aceptada en su legitimidad, sin arriesgar o erosionar la vigencia de la asociación política, para lo cual ofrece pensar el antagonismo como un *agonismo*. Aquello implica pensar a *Schmitt contra Schmitt*, es decir, reconocer que el antagonismo no puede ser erradicado en una sociedad, pero que el desafío de un sistema democrático contemporáneo debe ser prevenir el escalamiento de expresiones políticas violentas e intolerantes basadas en la diferencia. Para cumplir este objetivo, Mouffe propone pensar una *democracia pluralista basada en un modelo adversarial*, que transforme el antagonismo en agonismo, o, en otras palabras, que ayude a entender

---

<sup>11</sup> Conviene volver a la noción de disenso en Rancière y vincular esta cuestión sobre la diferencia a partir de la distinción entre quienes han tenido parte en la política, coadyuvando a fijar un reparto de lo sensible; y el *demos*, los sin-parte, quienes quedan fuera del consenso habermasiano y que reclaman protagonismo en la reconstrucción y resignificación de los espacios vitales de la política.

<sup>12</sup> A su vez, la diferencia no debe ser leída como una nomenclatura que nos reconduce a la discriminación. Mouffe pone especial énfasis en destacar la importancia del sistema constitucional democrático en el avance del principio de tolerancia, que nos obliga a poner atención en los rasgos sospechosos para advertir los hechos y circunstancias que favorecen la injusticia estructural que sufren determinados grupos humanos. Así, en definitiva, la diferencia debe ser simplemente leída como una cuestión relacional, que opera como una franja de demarcación de identidades y pretensiones políticas distintas.

*Cómo puede domesticarse la dimensión antagónica, gracias al establecimiento de instituciones y prácticas a través de las cuales el antagonismo potencial puede desarrollarse de un modo agonista. (...) [Así] es menos probable que surjan conflictos antagónicos en tanto existan legítimos canales políticos agonistas para las voces en disenso (Mouffe, 2011: 28).*

Como puede observarse, la lectura de Mouffe no pretende arrasar con todas las vigas que sostienen la asociación política democrática, sino, más bien, perfeccionar el sistema constitucional a fin de permitir, a través de canales institucionales, la expresión de voces de desacuerdo, con el objeto que este pueda ser escuchado y tratado por la sociedad e impedir, de este modo, el escalamiento de disensos que pudieren resultar nocivos para la convivencia democrática.

### **3. Constitucionalismo y consenso**

La vigencia actual del paradigma del Estado Constitucional de Derecho ha reivindicado la importancia de cuestiones políticas que, durante la vigencia del Estado Legislativo de Derecho, verificado hasta la primera mitad del siglo XX, no tenían un rol protagónico en las discusiones de la teoría constitucional. Una de ellas es la cuestión de la democracia constitucional como arreglo jurídico y político más adecuado para enfrentar los desafíos de la convivencia social. De un tiempo a esta parte, la constitución ha dejado de ser un texto programático para los agentes políticos y se ha fortalecido como norma jurídica vinculante que irradia las estructuras institucionales. Ha sido comprendida y analizada en el contexto de la democracia y de los derechos humanos, cuestión que es fácilmente verificable si se hace una rápida lectura de los textos especializados.

Dentro de estas lecturas destacan los aportes de John Rawls, cuyos trabajos han tenido una gran difusión en los ámbitos de la teoría constitucional, y que han sido recogidos por autores como Jon Elster, Carlos Santiago Nino, Bruce Ackerman, entre otros. Rawls ha propuesto una comprensión de la política basada en lo que él denominó el *consenso traslapado*. Desde luego, esta cuestión no puede analizarse sin tomarse el debido tiempo en explicar otros aspectos de la obra de Rawls, indispensables para este análisis.



Rawls sostiene la idea de que una sociedad bien organizada es aquella que funciona sobre la base de la cooperación entre individuos que, a su vez, descansa en una comprensión *pública* de la justicia<sup>13</sup>, capaz de contener principios y valores generalmente compartidos y de informar instituciones sociales capaces de satisfacer estos principios. Para hacer esto posible, es necesario una comprensión política de la justicia, que sea “*independiente de cualquier doctrina comprensiva, de manera que pueda afirmarse sin la necesidad de suscribir a ninguna doctrina en particular y que pueda cuadrar con varias doctrinas al mismo tiempo*” (Mattarolo, 2011: 2).

Sobre la base de estas consideraciones, Rawls propone una distinción inicial entre *doctrinas comprensivas razonables* y una *razón pública de justicia*, señalando que las primeras corresponden a aquellas ideas que reconocen su origen en alguna tradición de pensamiento y que buscan pronunciarse sobre cuestiones políticas fundamentales, relativas a aspectos religiosos, filosóficos y morales; mientras que la segunda, a un conjunto de ideas fundamentales que se encuentran insertas en la cultura política de una sociedad democrática y que, a diferencia de las doctrinas razonables, son generalmente compartidas. Sucesivamente, como señala Mattarollo, es posible encontrar en la propuesta rawlsiana la idea de que los problemas políticos esenciales de una sociedad deben resolverse echando mano a la noción pública de la justicia, a través de un *consenso traslapado*, en virtud del cual, los individuos deben “*emplear los valores que razonablemente todos los ciudadanos aceptarían (...) De este modo, a la hora de debatir cuestiones fundamentales, quedan fuera los compromisos de cada ciudadano con su doctrina particular*” (Mattarollo, 2011: 3). A

---

<sup>13</sup> La noción de justicia en Rawls se construye, preferentemente, a partir de dos de sus más destacados textos: *Teoría de la Justicia* (1971) y *La Justicia como Equidad* (1958). En ellos propone una lectura de la justicia en términos morales y políticos, que se pregunta por la cuestión relativa a la cooperación social y su rol para configurar una sociedad ordenada y virtuosa. Rawls asume que una cuestión crucial para una sociedad justa es cómo distribuir los frutos (bienes y derechos) surgidos de la cooperación social, y cuáles son las cargas que deben soportar los individuos en orden a facilitar la estructura de una sociedad justa. En este punto, Rawls asume una posición contractualista para afirmar que el camino para lograr una sociedad justa debe comenzar desde una posición original (Estado de naturaleza) en donde cada quien ignora su posición social, clase y medios (lo denomina *velo de la ignorancia*), lo que forzaría al individuo a deliberar en términos imparciales para así arribar a decisiones objetivas y racionales. Ahora bien, como es imposible que los seres humanos se desliguen de sus posiciones sociales en la actualidad, Rawls sugiere que tras el velo de la ignorancia subyacen dos principios elementales que todo individuo estaría tentado en aceptar al momento de ordenar la sociedad, estos son: 1. Todo individuo debe ser titular de un derecho a las más amplias libertades básicas, compatible con las más amplias libertades de otros individuos y; 2. Las desigualdades económicas deben estructurarse y tolerarse siempre a partir de: 2.1. Que de ello derive un beneficio para los menos aventajados y; 2.2. Que los cargos y funciones disponibles en la sociedad deben ser accesibles siempre en términos de igualdad de oportunidades.

renglón seguido, en palabras del propio Rawls, diremos que esta *renuncia* de los ciudadanos a sus doctrinas comprensivas es ofrecida de un modo curioso, no como una derrota *ex ante* de las mismas a la hora de la decisión política, sino como una subsunción de ellas a los principios de la justicia política, mediante la noción del *deber de civilidad*:

*Y como el ejercicio del poder político debe ser por sí mismo legítimo, el ideal de la ciudadanía impone un deber moral (no legal) —el deber de la civilidad— para poder explicarse unos a otros, acerca de esas cuestiones fundamentales, cómo los principios y las políticas que preconizan y por las que votan pueden apoyarse en los valores políticos de la razón pública. (Rawls, 2006: 208)*

Es mediante el deber de civilidad que Rawls ofrece un acercamiento moral a la interacción política, junto con reconocerlo como una precondition necesaria para el ejercicio de la ciudadanía, que involucra el deber del sujeto de adaptar sus convicciones a la razón pública. Esta cuestión será criticada por Mouffe, quien acusa a la propuesta rawlsiana de *despolitizar* la interacción entre ciudadanos, mediante un acercamiento moralizante que termina por totalizar el fenómeno de la discusión pública.

Rawls asume que ninguna doctrina comprensiva, como concepción política, es adecuada para un sistema constitucional, ya que no logra entregar un basamento que justifique el tipo de asociación política presente en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Señala que la relación política, en el contexto del régimen constitucional, tiene dos características: 1. Supone una relación de personas dentro de la estructura básica de la sociedad, en la que se entra no por voluntad, sino por el mero hecho de nacer, y 2. Una forma política en que el poder político es siempre coercitivo, amparado en la facultad del gobierno de utilizar la fuerza en defensa de las leyes, sugiriendo además que “*la característica especial de la relación política [en el régimen constitucional] consiste en que el poder político es, en última instancia, el poder político público; esto es, el poder de los ciudadanos libres e iguales, en tanto que cuerpo político colectivo.*” (Rawls, 1995: 139).

Así, sobre la base de estas consideraciones, Rawls advierte que la noción pública de justicia parece abarcar al conjunto de comprensiones políticas en una sociedad, de manera que es posible que cada ciudadano pueda reclamar cabida en estas razones universalmente

compartidas. Ahora bien, lo propuesto genera una paradoja difícil de resolver: ¿Por qué los ciudadanos deben renunciar a sus convicciones individuales (doctrinas razonables) a la hora de tomar decisiones políticas? Para solucionar esta cuestión, y sirviéndose de la comprensión política de la justicia, Rawls introduce el concepto de *razón pública*, según la cual los ciudadanos, en tanto sujetos racionales y situados estos en un pie de igualdad, pueden razonablemente compartir y aceptar ideas comunes, puesto que se trata de valores, ideas y nociones insertas en el corazón de la cultura democrática; incluso, agrega que “*los valores de lo político son muy altos y, por tanto, no fácilmente superables: estos valores rigen el marco básico de la vida social –el fundamento de nuestra existencia- y especifican los términos fundamentales de la cooperación política y social*” (1995: 141). Ahora bien, junto con lo anterior, propone que la apelación a una razón pública deja en pie la vigencia de las doctrinas razonables de cada individuo, quienes para decidir sobre cuestiones políticas deben asumir el ya mencionado *deber moral de civilidad*, en virtud del cual, queda a su entera responsabilidad demostrar cómo sus convicciones individuales razonables pueden adecuarse y mostrarse compatibles con los valores compartidos de la razón pública, agregando que “*este deber también implica la disposición a escuchar a los demás y a actuar con mentalidad de imparcialidad, de apego a lo justo, al decidir cuándo han de hacer ajustes, razonablemente, para conciliar sus propios puntos de vista con los de sus conciudadanos*” (1995: 208).

De este modo, Rawls dibuja la posibilidad de una comprensión del fenómeno de lo político sobre la base del consenso, al cual le asigna dos características fundamentales: 1. Se trataría de un consenso que hace compatibles un conjunto de doctrinas razonables y; 2. Se construye sobre la base de una concepción política de la justicia que busca ser independiente de las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales. Como se ve, propone una yuxtaposición del consenso y la justicia política, en términos que esta última tiene la virtud de informar las instituciones políticas básicas de la sociedad con tres efectos: 1. La irradiación de los principios de la justicia política sobre la estructura básica de la sociedad política se produce con independencia de las convicciones de cada ciudadano; 2. Los principios de la justicia política son compatibles con el ejercicio del poder político en el contexto del orden constitucional y; 3. Los principios de la justicia política pueden ser compartidos y aceptados

por todos los ciudadanos libres e iguales en conformidad con una racionalidad humana común.

Así las cosas, Rawls propone que el aseguramiento de un *consenso traslapado* de doctrinas razonables sólo puede asegurarse si primero se alcanza un *consenso constitucional*; señala que la constitución, en una primera etapa, tiene la virtud satisfacer los principios liberales de la justicia política, los cuales son simplemente aceptados como principios constitucionales, que no alcanzan a fundar una comprensión más profunda de una concepción pública compartida (1995: 158). Señala que la constitución fija derechos políticos básicos y libertades, pero respecto de los cuales puede generarse un profundo desacuerdo sobre su alcance y contenido. Así, “*el consenso constitucional no es profundo, y tampoco es amplio; es estrecho en su alcance, pues no incluye la estructura básica, sino sólo los procedimientos del gobierno democrático*” (1995: 159).

Para superar esta cuestión, Rawls propone el avance progresivo de los principios liberales, mediante el acatamiento general de las instituciones que, a su turno, busquen realizar los principios de la justicia política. Así, citando a Hart, dirá que debe producirse un acatamiento a un *contenido mínimo de la ley natural*, de forma que los principios liberales de la justicia política puedan permear las instituciones básicas. Sucesivamente, propone que cuando estos principios liberales logran inundar la estructura de estas instituciones sociales básicas, se satisfacen tres requisitos de un *consenso constitucional estable*: 1. El gobierno constitucional tiene la virtud de desplegar los principios liberales de manera que éstos pueden fijar un contenido sobre los derechos y libertades básicas, asignándoles prioridad y quitándolos de la *agenda política* y del *cálculo de intereses*. Arguye que de no ser así, pueden revivirse antagonismos, perpetuando las profundas divisiones latentes en la sociedad; 2. Dado el contenido de los principios liberales, y su “*referencia exclusiva a cuestiones constitucionales acerca de los procedimientos políticos y libertades básicas, y a la disponibilidad de oportunidades y medios para estos propósitos*”, estos principios tienen la virtud de informar una clase de razón pública, que pueda construirse mediante formas de razonamiento y procedimientos disponibles para la generalidad de los ciudadanos, y; 3. “*Las instituciones políticas que incorporan principios liberales y la razón pública que se manifiesta al aplicarlos, tienden a alentar las virtudes de cooperación de la vida política: la virtud de la razonabilidad y el sentido de la imparcialidad, el juego limpio, el espíritu de compromiso y*

la disposición a dialogar con los demás” (1995: 162). De este modo, concluye señalando que

*En la primera etapa del consenso constitucional, los principios liberales de la justicia, inicialmente aceptados con renuencia como un modus vivendi y adoptados en la Constitución, tienden a cambiar las doctrinas comprensivas de los ciudadanos, de manera que pueden aceptar, al menos, los principios de una Constitución liberal. Estos principios garantizan ciertos derechos y libertades políticas básicas, y establecen procedimientos democráticos para moderar a los rivales políticos, así como para determinar las cuestiones de la política social. En esta medida, las doctrinas comprensivas de los ciudadanos son razonables, si es que no lo eran antes: el simple pluralismo se transforma en un pluralismo razonable, y así se logra el consenso constitucional (1995: 163).*

Como se puede observar, la propuesta rawlsiana parece encajar de buena manera con otras ideas que presentan a la democracia como un espacio compartido de interacción política entre individuos racionales y que asignan al derecho el rol de articulador fehaciente y legítimo de este espacio. En este sentido, la deliberación pública de Habermas unida a la razón pública de Rawls, parecen configurar un enfoque de la democracia procedimental, que invita a poner la atención en los canales y métodos para la toma de decisiones, dejando las reflexiones sustantivas filosóficas, morales y económicas a las doctrinas individuales de cada ciudadano que, según se espera, sean compatibles con estas razones públicas ínsitas en la cultura democrática, presentes en las instituciones políticas y sociales recogidas en la constitución.

Ahora bien, según lo que se ha venido expresando, es posible advertir dos inconvenientes en este tipo de política democrática: *i.* La fragilidad de la justicia política rawlsiana para la comprensión del fenómeno de lo político y *ii.* La radical incompatibilidad entre la interacción política consensual y la interacción política de protesta. Así, el primer inconveniente apunta a revisar la noción de la *justicia política*, no con la intención de detenerse en cuestiones propias de las teorías de la justicia, sino más bien para indagar su rol como basamento teórico para una determinada comprensión del fenómeno de *lo político*. Si bien Mouffe reconoce el

valor de los aportes de Rawls en mostrar *el lado más amable* del liberalismo político<sup>14</sup>, no esconde sus profundas diferencias en la forma en que el filósofo norteamericano presenta su teoría política. Mouffe acusa a Rawls de “*hacer filosofía política sin política*”, puesto que reconoce una gran fragilidad en el desarrollo de la idea de *lo político* presente en la obra de Rawls. Según Mouffe, la idea de lo político es reducida a la noción de *política de interés*, que es entendida como la mera persecución de intereses diferenciados entre los individuos, que serán regulados mediante *reglas neutrales y acordadas*, en donde la noción política de la justicia juega el rol de “*poner límites morales a la búsqueda del interés propio*” (1999: 75). Dirá que

*El problema reside en que desde el comienzo Rawls ha usado un modo de razonamiento específico del discurso moral cuyo efecto, al aplicarlo al campo de la política, es reducir este último a un proceso racional de negociación entre intereses privados con las limitaciones impuestas por la moral. De esta manera, simplemente desaparecen conflictos, antagonismos, relaciones de poder, formas de subordinación y de represión y nos encontramos ante una visión típicamente liberal de una pluralidad de intereses que se pueden regular sin necesidad de una instancia superior de decisión política en que se evacue la cuestión de la soberanía. (...) Pensar la política en términos de lenguaje moral, como hace Rawls, lleva necesariamente a descuidar el papel que desempeñan el conflicto, el poder y el interés (1999: 76).*

A este respecto, Mouffe traza una distinción entre un *diálogo moral* y un *diálogo político*. El primero corresponde a un diálogo personal, como una dimensión exclusiva del sujeto; mientras que el segundo corresponde a un diálogo abierto, que tiene lugar en una comunidad y que sólo puede verificarse a partir de la pluralidad de puntos de vista. Así, no parece idóneo trasladar una determinada concepción de un sujeto moral racional al conjunto de la sociedad y menos al sistema político. Además, señala la dificultad de concebir las ideas morales de la justicia política como articuladoras de las instituciones sociales como una cuestión dada

---

<sup>14</sup> Mouffe asigna este rótulo para reconocerle a Rawls la importancia de un liberalismo político que apunte a mostrar la necesidad de asegurar condiciones mínimas de existencia para los grupos humanos más desfavorecidos, mediante el aseguramiento de acceso de oportunidades y distribución de los recursos materiales disponibles.

simplemente en el marco del consenso constitucional. Mouffe vuelve a sus propuestas sobre el antagonismo para mostrar que Rawls yerra al ofrecer una dimensión de lo político que opera como un consenso de valores liberales que se afirman en la libertad e igualdad generales; señala que los espacios nucleares de la democracia moderna no están simplemente dados, y que ante todo corresponden a una construcción histórica determinada: *“Si la igualdad y la libertad son significadores básicos para nosotros es porque hemos sido contruidos como sujetos en una sociedad democrática cuyo régimen y tradición han puesto esos valores en el centro de la vida social”* (Mouffe, 1999: 80).

Mouffe dirá que el éxito de los principios de la justicia política que permitirían el consenso, dependerá de la construcción de una lucha hegemónica entre alternativas antagónicas en donde las ideas de la justicia política logren vencer. En este sentido, la idea de un consenso constitucional de derechos y libertades básicas será parte de la afirmación y estabilidad de un discurso político específico, a lo que agrega: *“Los discursos acerca de la justicia forman parte de esa lucha porque, al proponer interpretaciones conflictivas de los principios de libertad e igualdad, proporcionan fundamentos de legitimación a diferentes tipos de demandas, crean formas particulares de identificación y modelan las fuerzas políticas”* (Mouffe, 1999: 81).

Finalmente, el segundo inconveniente de la política del consenso, esta vez desde una aproximación más directa al tema de esta tesis, se presenta cuando se oponen los tipos de interacción política presentes en el consenso constitucional y en la protesta social. Como se ha advertido, las teorías de Rawls y Habermas –bastante difundidas en los debates de la teoría constitucional– no sólo configuran un paradigma totalizador del fenómeno de lo político basado en el acatamiento universal de valores liberales, sino además vuelven invisibles las manifestaciones políticas que operan por fuera de los márgenes de los procedimientos constitucionalmente establecidos, sobre todo cuando dichas manifestaciones políticas impugnan los cimientos del consenso constitucional. El resultado de esto es que, al contrario de lo que pretende el consenso constitucional –el cese de las divisiones latentes en la sociedad–, el sistema contribuye a mantener vivo el conflicto, al reducir el fenómeno de la interacción contenciosa al mero cálculo de intereses entre sujetos racionales, desconociendo el vasto registro hecho por la historia y la sociología política sobre la dimensión polémica de la protesta, la dimensión que la muestra como un vehículo que articula luchas y prácticas

contrahegemónicas sobre cuestiones políticas básicas, como el contenido de los derechos y el alcance de las libertades.



## CAPÍTULO II. LA PROTESTA SOCIAL EN EL DERECHO

*“Through counterintelligence it should be possible to pinpoint potential troublemakers and neutralize them before they exercise their potential for violence”*

*Memorandum del Director del FBI, John Edgar Hoover, al Agente Especial a Cargo del Programa de Contrainteligencia para “Grupos Negros Nacionalistas de Odio” en Albany, Nueva York (1968).*

### **1.- El tratamiento ambivalente. Entre criminalización y reconocimiento**

Tal como se ha advertido en las páginas anteriores, existe un cierto grado de dificultad a la hora de someter a la protesta social a un análisis jurídico. Esta dificultad puede verificarse si se observa la radical diferencia de criterios jurisprudenciales, doctrinarios y normativos presentes en el derecho en torno a este tema. Mientras algunos teóricos asumen la completa incompatibilidad de la protesta social con la vigencia de un orden jurídico, otros consideran que la protesta debe ser respetada, pues ella implica ejercicio de derechos humanos; otros, en cambio, admiten su compatibilidad con el derecho, pero sólo en cuanto esta puede ser asociada a otras categorías clásicas como la desobediencia civil o la objeción de conciencia. Así pues, se puede trazar una clasificación de posturas que se expresan en distintos ámbitos y niveles de tolerancia del derecho frente a la protesta, cuyas reflexiones llevan a distintas salidas en torno a este tema: 1. La criminalización de la protesta y, 2. El reconocimiento de la protesta.

## 1.1 La Criminalización de la Protesta Social

Puede decirse que la criminalización de la protesta se refiere al uso de herramientas persecutorias y punitivas del Estado, dirigidas a los individuos y/o grupos protagonistas de la manifestación, con el objeto de contrarrestar la irrupción de la protesta o perseguir responsabilidades ulteriores derivadas de conductas reñidas con el sistema jurídico. Este fenómeno se articula de diferentes formas y en distintos niveles, de tal modo que aún no hay una categoría suficientemente asentada y consensuada sobre el contenido de la criminalización. Sin embargo, existe un significado usualmente compartido sobre la criminalización de la protesta, que se refiere al uso de herramientas penales en contextos de movilización social. Así, un primer nivel de la criminalización opera en sede administrativa, donde los agentes del Estado encargados de velar por el orden y seguridad pública, usualmente las policías, están especialmente habilitados para controlar exhaustivamente a los protagonistas de la manifestación, ya sea a través actuaciones *ex ante* como el control de las identidades de los protestantes y de la revisión de sus ropajes; como también a través de medios represivos, mediante el uso de armas disuasivas en contra de los ciudadanos protagonistas de la manifestación<sup>15</sup>.

Ahora bien, lejos de la problemática policial en torno a la represión de los ciudadanos movilizados, en un segundo nivel, el problema más agudo de la criminalización de la protesta dice relación con el uso de los tipos penales para perseguir responsabilidades de los protestantes. Es recurrente observar que en la judicialización de los protestantes se observa la imputación de ciertos tipos penales relacionados con bienes jurídicos protegidos en los cuales prima el orden público y la seguridad interna, tales como: resistencia a la autoridad, extorsión contra la autoridad pública, incitación a la violencia, asociación ilícita, usurpación, perturbación de servicios públicos, entre otros<sup>16</sup>. Este nivel de criminalización opera mediante el ejercicio de la facultad del *ius puniendi*, escogiendo estratégicamente ciertos

---

<sup>15</sup>Aquello ha motivado la aprobación de instrumentos y estándares internacionales dirigidos a los agentes estatales encargados de velar por la seguridad pública, con el objeto de formular recomendaciones y estándares relativos al uso de la fuerza en contextos de protesta social. Para lo anterior puede verse: Comité Jurídico Interamericano de la OEA (2011): Guía para la regulación del uso de la fuerza y la protección de las personas en situaciones de violencia interna que no alcanzan el umbral de conflicto armado. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc\\_401\\_12\\_rev4.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_401_12_rev4.pdf). Fecha última consulta: 5 de junio de 2017.

<sup>16</sup>Todos ellos han sido observados por Roberto Gargarella a propósito del caso argentino. Para lo anterior puede consultarse: Gargarella, Roberto (2008): “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”, en *Derecho PUCP*, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 61, pp. 19 – 50.

tipos penales relacionados con atentados en contra de la autoridad y proponiendo interpretaciones laxas y abiertas con el objeto de abarcar conductas verificadas en contexto de manifestación social, aun cuando resulte evidente que dicha manifestación no busque una alteración subversiva del sistema político. Esto, en opinión de Zaffaroni, constituye un uso excesivo y no del todo justificado de la herramienta penal: *“Es lamentable que se pretenda rastrear los códigos penales y contravencionales para proceder a la pesca de tipos y a su elastización con el objeto de atrapar estas conductas, que pertenecen al ámbito del ejercicio de la libertad ciudadana”* (Zaffaroni, 2010: 7).

Ahora bien, la cuestión de la criminalización de la protesta no tiene un origen totalmente azaroso, desde luego, es un fenómeno que dice relación con los modos en que el Estado reacciona frente las conductas que, en contexto de movilización social, riñen con el ordenamiento jurídico y que pudieren constituir actos antijurídicos y reprochables. Esto suele ocurrir en contextos donde el tumulto propio de la protesta se presenta como un terreno fértil para la irrupción de conductas reñidas con la legalidad, tales como, cortes de circulación, toma de establecimientos, interrupción de servicios, entre otros.

Por otra parte, en opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos, la cuestión de la criminalización de la protesta social está relacionada con:

*Una percepción de las reivindicaciones ciudadanas como amenazas a la autoridad del Estado, con el consiguiente enfoque en contener y disuadir las protestas, ofreciendo una respuesta policial a un problema social. A su vez, se percibe el ejercicio de la protesta como contrapunto a la seguridad ciudadana – especialmente por la posibilidad que en el contexto de las manifestaciones se cometan actos delictivos que afecten la integridad física de las personas o a la propiedad pública y privada-; y por tanto, insisten en reportar actos de violencia –a menudo, aislados e inconexos- que han surgido en algunas protestas para justificar discursos populistas y políticas de “mano dura.”* (INDH, 2014: 12).

Desde luego, el derecho observa en la protesta un contexto especialmente incómodo, en que suelen tensionarse derechos de otras personas y bienes jurídicamente relevantes, generando la activación de mecanismos institucionales para la preservación de un *statu quo* que, se estima, debe ser mantenido. Para lidiar con esta incomodidad, Zaffaroni ha propuesto

distinguir entre distintos tipos de protesta, con el fin de identificar cual debe ser la respuesta adecuada del derecho penal frente a este fenómeno.

En primer lugar, Zaffaroni propone una distinción inicial entre *Protesta Institucional* y *Protesta No Institucional*. Sostiene que el derecho a protestar existe, y que este encuentra su fundamento en el amplio reconocimiento de los derechos de asociación, expresión, petición y manifestación, tanto en los sistemas constitucionales como en los tratados internacionales de derechos humanos. Conjuntamente, sostiene que en la medida que la protesta está reconocida como un derecho, aquello implica cuestionar la conveniencia en la aplicación del derecho penal, pues “*jamás un derecho constitucional e internacional ejercido regularmente puede configurar un ilícito*” (2010: 6). Para Zaffaroni, el Estado de Derecho cuenta con vías institucionales para ejercer el derecho a protestar, entre los que se cuentan: la manifestación pública, el reclamo por los medios masivos, la petición a las autoridades y las acciones judiciales. Pero advierte la falta de idoneidad de estos medios cuando se trata de reclamar la satisfacción de derechos sociales, económicos y culturales, es decir, ámbitos de protección jurídica donde el Estado debe desplegar conductas prestacionales, en su opinión, los medios institucionales se presentarían como vías poco oportunas si se requiere una satisfacción urgente de tales derechos.

Ahora bien, bajo este criterio, si se considera que el derecho a protestar existe, debe enseguida determinarse cómo debe reaccionar el derecho penal frente a protestas institucionales y aquellas que exceden las vías institucionales. Zaffaroni advierte, en primer lugar, que *la protesta institucional es siempre atípica*, pues por sí sola no configura ningún ilícito tipificado y susceptible de ser sancionado por la vía penal, precisamente porque, como ya se ha dicho, representa el ejercicio de un derecho. Por tanto, no puede haber ilícito allí donde hay ejercicio de un derecho, eliminando, entonces, el uso de la herramienta penal. Aun cuando reconoce que el derecho a la protesta debe ejercerse por vías institucionales, existen circunstancias en que estas vías son desbordadas, tornando a la protesta en *protesta no institucional*. Sin embargo, aquello no necesariamente justifica el uso del derecho penal, pues *la protesta no institucional no siempre es típica*, es decir, como bien advierte: “*la circunstancia de que se excedan los límites de la protesta institucional no convierte automáticamente en típica la conducta*” (2010: 7). Pueden existir ocasiones en que se configuren conductas antijurídicas, pero sólo una pequeña parte de ellas se encuentra

tipificada, y, en algunos casos, ellas sólo son reconocidas en calidad de faltas. Zaffaroni observa que es en este contexto en donde los tipos penales suelen *elastizarse* a fin de cubrir ilícitos propios de la protesta no institucional por quienes buscan su criminalización; aquello no resulta jurídicamente correcto, pues la interpretación de los tipos penales es siempre restrictiva y no se configura con la mera constatación de los elementos del tipo penal objetivo. Seguidamente, observa que en la protesta pueden concurrir en conductas típicas, como daños o lesiones, pero aún es posible preguntarse por su justificación, es decir, incluso cuando se verifique un tipo penal éste puede encontrarse amparado en una causa legítima que inhiba de su castigo. Tal es el caso de quien actúa por defensa propia o de terceros en contextos de represión violenta de la protesta social; Zaffaroni agrega que el estado de necesidad también podría ser una causa de justificación, si se considera que a menudo los protestantes que reclaman la insatisfacción o violación de derechos, se encuentran en contextos límite o de notoria vulnerabilidad, que hace legítimo la comisión del ilícito, pues es el único medio disponible para generar atención. Ahora bien, aquello también debe convivir con la exigencia que esos ilícitos cometidos en contextos de estado de necesidad sean ejecutados considerando procurar el menor daño posible en los bienes jurídicamente relevantes que encuentren en juego.

## **1.2 El Reconocimiento de la Protesta Social**

El segundo concepto relativo al tratamiento jurídico de la protesta, que será llamado reconocimiento, se presenta desde la vereda opuesta a la criminalización, y se refiere aquellas reflexiones jurídicas, tanto doctrinarias, jurisprudenciales y normativas, que asumen un acercamiento más pacífico en torno a este tema y ponen más énfasis en el ejercicio de derechos y menos en los efectos antijurídicos derivados de la protesta. En este sentido, como primer acercamiento, puede señalarse que el reconocimiento de la protesta es un tipo de tratamiento jurídico aportado principalmente por el derecho internacional de los derechos humanos y, más recientemente, por algunos sectores de la doctrina constitucional<sup>17</sup>, que

---

<sup>17</sup> Por todos ver: Gargarella, Roberto (2007): *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Ad Hoc, Buenos Aires.

reconocen en la protesta social el ejercicio de derechos y libertades de reunión, asociación, expresión y petición, internacionalmente reconocidos en los tratados de derechos humanos y consagrados en la mayoría de los sistemas constitucionales. Adicionalmente, este reconocimiento va acompañado por una serie de medidas coadyuvantes, tales como: fijación de *estándares humanitarios* de tratamiento de la protesta; recomendaciones particulares a los Estados en materia de libertad de expresión y otros derechos involucrados; recomendaciones dirigidas a los Estados en materia de trato para personas y medios de comunicación en contexto de movilización social; e informes especializados en materia de cumplimiento de estándares internacionales y protección de derechos humanos.

Para el reconocimiento de la protesta, la premisa mínima y necesaria es entender a la protesta social como un derecho humano que puede derivarse de la conjugación del derecho de reunión y de la libertad de expresión. Aquellos se encuentran reconocidos en buena parte de los tratados internacionales de derechos humanos (artículos 19 y 20, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 19 y 21, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 10 y 11, de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; artículos 13 y 15, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 9 y 11, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), como también reconocidos y garantizados, aunque con regulaciones estatales específicas, en la gran mayoría de los sistemas constitucionales del mundo. El gran arraigo que estos derechos básicos tienen en diversas partes del mundo han permitido que sean leídos como un componente básico y elemental para el funcionamiento de cualquier democracia, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de escutar a la autoridad públicamente y de reclamar públicamente violaciones a los derechos humanos<sup>18 19</sup>.

---

<sup>18</sup> Una descripción detallada de este tema puede encontrarse: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo V “Las Manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión”. En línea: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=662&IID=2>. Fecha de última consulta: 5 de junio de 2017.

<sup>19</sup> La misma opinión sostienen Pisarello y Asens cuando señalan que “*estos derechos no son derechos cualesquiera. Son derechos y libertades que deberían tener un papel preferente dentro del conjunto de derechos constitucionalmente reconocidos por su especial vínculo con el principio democrático. Esto les otorga un claro carácter conflictivo*” (Pisarello y Asens, 2014: 169) Ahora bien, es necesario recalcar que estos autores comprenden que la conflictividad de la protesta social se aprecia en las críticas que son levantadas y las eventuales molestias que puede acarrear; esto supone una comprensión disidente del pensamiento político contemporáneo y de la sociología, que entienden que la conflictividad es un modo particular de comprender el

Sin embargo, el reconocimiento de la protesta desde el derecho internacional no ha permitido el disfrute pleno de este derecho en las diversas protestas verificadas a lo largo del mundo. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que las libertades de expresión y reunión para los fines de la protesta deben estar sujetas a limitaciones, las que deben estar reguladas por el derecho interno a través de la vía legislativa, en aras a conservar valores que se estiman jurídicamente relevantes, entre los que se cuentan: el respeto de los derechos de las demás personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y moral pública, entre otros. Así, a través del establecimiento de estas limitaciones, la protesta social es modelada por la doctrina de los derechos humanos teniendo en cuenta el concepto de *manifestación pacífica*: constructo contemporáneo de los derechos humanos que se ha utilizado para justificar el ejercicio de derechos primarios expresivos en contextos de movilización social. Se estima pues, que la expresión y reunión deben estar sujetas a restricciones necesarias que aseguren una asociación pacífica de sujetos movilizados, de modo de no contrariar eventuales derechos y bienes jurídicos de terceros, eventualmente en pugna<sup>20</sup>. Ahora bien, sin perjuicio que el derecho internacional de los derechos humanos ha puesto énfasis en mostrar los efectos positivos que la protesta cumple respecto de un régimen democrático, también ha asumido la relevancia de los valores jurídicos que se han reclamado como violentados a la hora de criminalizar la protesta, lo que deja al derecho internacional en una posición incómoda: el derecho a protestar será protegido en la medida que la movilización cumpla con el estándar de la manifestación pacífica. Aquello trae problemas adicionales, pues si bien el derecho internacional de los derechos humanos ha propuesto comprender a la protesta a partir del binomio expresión/reunión, no ha desarrollado mayormente el contenido, significado o alcance del ejercicio de estos derechos en contextos

---

fenómeno político determinado por una disputa entre actores antagónicos, configurando así relaciones de poder que no logran ser mediadas con instrumentos de la democracia consensual.

<sup>20</sup> Al respecto ver: Comunicado conjunto del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y de expresión y relatora especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. R65/13: *“Un Estado puede imponer limitaciones razonables a las manifestaciones con el fin de asegurar el desarrollo pacífico de las mismas o dispersar aquellas que se tornan violentas, siempre que tales límites se encuentren regidos por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Además, la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas, y deben utilizarse las medidas más seguras y menos lesivas para los manifestantes. El uso de la fuerza en manifestaciones públicas debe ser excepcional y en circunstancias estrictamente necesarias conforme a los principios internacionalmente reconocidos”* (INDH, 2014: 179).

de protesta, en otras palabras: no ha entregado ninguna pista que permita distinguir en alguna medida la libertad de expresión ejercida individualmente en contexto de normalidad política, versus el ejercicio de libertad de expresión ejercida por un colectivo en contextos de movilización y conflictividad<sup>21</sup>. Así, parece asomarse la raigambre liberal de la teoría los derechos humanos que omite la politicidad de la acción política colectiva, reconduciendo toda cuestión relevante al ámbito de acción individual del sujeto titular de derechos humanos. Aquello no es baladí, pues si se considera que toda protesta se caracteriza por el desarrollo de una conducta colectiva de acción política, la respuesta que el derecho debe entregar no puede ser la homologación de la protesta a la categoría de la libertad de expresión individual. Por el contrario, la sociología política ha mostrado que la protesta encarna conductas y objetivos que desbordan la noción clásica de la expresión pública<sup>22</sup>, cuestión que ha permanecido omitida en el derecho.

---

<sup>21</sup> La relatoría especializada para la libertad de expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho una sistematización de las formas y dimensiones de los derechos expresivos, señalando que la libertad de expresión admite dos dimensiones, una individual y otra colectiva, siendo la primera el “*derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones*”, y la segunda “*consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información (informaciones e ideas de toda índole), a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada*” (2005: 6). Asimismo, ha señalado que la libertad de expresión tiene una relación estructural con la democracia, enfatizando que “*la formación de una opinión pública informada y conciente de sus derechos, el control ciudadano sobre la gestión pública y la exigencia de responsabilidad de los funcionarios estatales, no sería posible si este derecho no fuera garantizado*”, junto con lo anterior, ha afirmado que la libertad de expresión tiene una función instrumental como un “*mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos*” (2010:6). Fuera de esta caracterización a grandes rasgos, las reflexiones especializadas en derechos humanos no se pronuncian sobre las particularidades distintivas de la libertad de expresión en contextos de conflicto social, como tampoco sobre sus vínculos en formas *alegales* de acción política, existe, más bien, un marcado intento de vincular una libertad colectiva de expresión -construida doctrinariamente- con los mecanismos de participación democrática en el contexto del Estado Constitucional de Derecho. Por eso, a la hora de formular reflexiones politológicas vinculadas a la resistencia política, la libertad de expresión expuesta por la doctrina de los derechos humanos no provee de conceptos o ideas que ayuden a entender la tensión subyacente entre libertades políticas y libertades juridificadas. Para una revisión más acuciosa sobre este punto consultar: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010): Relatoría Especial para la Libertad de expresión. Una agenda hemisférica para la protección de la libertad de expresión*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/agenda%20hemisf%C3%A9rica%20espa%C3%B1ol%20final%20con%20portada.pdf>. Fecha última consulta: 5 de junio de 2017.

<sup>22</sup> A este respecto cabe señalar lo que Scribano ha denominado como la *densidad significativa de las acciones colectivas*: “*En las protestas los sujetos invierten en el colectivo una serie de expectativas y anhelos con sentido subjetivo que se redefinen y resignifican de acuerdo al estado del campo conflictual y que se expresan a través de los recursos expresivos de la manifestación particular en la que entran en juego. Así el significado de la acción colectiva supone una trama densa de significaciones donde la acción, su forma y los recursos utilizados devienen en una acción que da para pensar. Acción, discurso y sentido se anudan en una epifanía de lo que se dice en referencia a lo que se ha querido decir, lo que no se ha podido decir y lo que aún falta por decir*” (2003: 89). Sumado a lo dicho por Scribano, resulta problemático, entonces, que la comprensión jurídica de un



## **2. Debates jurídicos en torno a la protesta**

La radical indeterminación de este objeto frente al derecho se ha podido constatar en el vaivén producido entre el reconocimiento y la criminalización. Mientras los instrumentos internacionales se han preocupado, aunque con las dificultades ya anunciadas, de promover la protección de la manifestación pública, otros han optado derechamente por negar toda posibilidad de reconocimiento y protección de la protesta ante el derecho, optando por tratarla mediante el uso de la herramienta penal o sencillamente reduciéndola a las categorías clásicas de resistencia política, como son la desobediencia o la objeción de conciencia. En las páginas siguientes se revisarán los debates más importantes en torno a este tema, para finalmente proponer una clasificación que ayude a ordenar las distintas posiciones en torno a la protesta en el terreno de la discusión jurídica.

### **2.1 Resistencia, desobediencia civil y otras nociones clásicas**

Cuando hablamos de articulación de prácticas de disidencia política es natural preguntarse por los debates tradicionales que han acompañado el desarrollo del constitucionalismo. Ya desde sus albores, el derecho constitucional invoca principios generales de resistencia a la autoridad y de autogobierno, lo que supone reconocer el cuño revolucionario y conflictivista de toda constitución, aunque luego, en un momento post revolucionario, el conflicto sea higienizado y la aspiración de autogobierno sea reconducida al paradigma estatal, negándose todo espacio y posibilidad de rebelarse contra el *statu quo* en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho. Así pues, surge la necesidad de identificar esas invocaciones de resistencia jurídico-política a fin de trazar similitudes y diferencias con el fenómeno de la protesta social en nuestros días.

---

fenómeno tan complejo como la protesta social tenga por objeto encapsularla en una categoría prefigurada, la libertad de expresión en espacios públicos, sin considerar que al hacerlo se le exige a la protesta el cumplimiento de requisitos que muchas veces nada tienen que ver con el contexto conflictual en donde la protesta se desenvuelve, como por ejemplo la fidelidad al derecho o el pacifismo de sus formas.

### ***2.1.1 La desobediencia civil en el debate constitucional***

La desobediencia civil ocupa un lugar central en los debates de la teoría política moderna, ella puede observarse en las primeras meditaciones sobre resistencia a la autoridad, que cuestionaban el deber de obediencia de los gobernados frente al gobierno, cuando se estimaba que este había infringido derechos o había desplegado conductas de dudosa justicia para el colectivo o para un grupo. Si bien las nociones de resistencia y desobediencia tienden a cruzarse en algunos momentos, lo que provoca eventuales confusiones conceptuales, es a partir de la obra *Sobre la Desobediencia Civil* (1848), de Henry Thoreau, que la cuestión sobre la política del desobediente comienza a tomar forma. En aquella obra, Thoreau aboga por el legítimo derecho a los ciudadanos a desobedecer las políticas y leyes, como una forma de hacer visible la injusticia de las decisiones estatales. Dicha obra surge del cuestionamiento de Thoreau de negarse a pagar impuestos que en aquel momento servían para financiar la guerra de Estados Unidos en contra de México, la cual estimaba injusta, negándose a colaborar con el país agresor. De ahí en adelante, la cuestión de la desobediencia civil estará especialmente presente en los movimientos por los derechos civiles, como una *forma no violenta* de reclamar violaciones generales a los principios de justicia.

Ahora bien, a diferencia de la protesta, la filosofía política y el derecho se han ocupado de construir exigencias y características a la desobediencia civil, a fin de hacerla compatible con la vigencia de un Estado de Derecho. Así, en primer lugar, recurriendo a una definición muy divulgada sobre la materia, la desobediencia civil puede entenderse como “*un acto público, no violento y hecho en conciencia, contrario a la ley y habitualmente realizado con la intención de producir un cambio en las políticas o en las leyes del gobierno*” (Rawls, 2011: 332). A lo anterior puede agregarse que, si bien la desobediencia civil implica un acto antijurídico, este se ejecuta con la aceptación implícita de la legitimidad del derecho, por lo que el desobediente acepta someterse a las consecuencias jurídicas que se deriven de su conducta. En definitiva, todo acto de desobediencia civil puede sistematizarse en el modo que propone Aguilera Portales:

*Es un acto público y un acto político consciente, que utiliza el método no violento, contrario a la ley y con el propósito de cambiar una ley o programa de gobierno. Dicho acto ha de estar dirigido a cosas muy concretas de injusticia*

*manifiesta, donde se hayan agotado todas las posibilidades legales. Y otro requisito indispensable es que la desobediencia esté moralmente fundamentada, aunque supone una violación de las normas jurídicas concretas, sin poner en cuestión la obediencia al ordenamiento jurídico en su conjunto. Y requiere también que el desobediente admita las consecuencias que acarrea la violación de la norma jurídica* (Aguilera, 2006: 100).

Adicionalmente, como postula Aguilera, la desobediencia civil no es una mera evasión a la ley, de modo que ella no constituye un fraude legal o una *desobediencia criminal* (2006: 101). Así, parece que lo principal detrás de la desobediencia es la invocación a principios de moralidad que justifican la disidencia de los gobernados frente al gobierno, sin que aquello represente un acto atentatorio en contra del sistema jurídico o del orden estatal. En este sentido, la definición presentada por Aguilera está en la misma línea de los pensadores liberales que mayores estudios le han dedicado a la desobediencia civil, como es el caso de Dworkin, Habermas y Rawls. Ellos proponen, aunque con desacuerdos menores, un lugar central para la desobediencia civil en el constitucionalismo, destacando su rol como estabilizador del sistema constitucional democrático:

*La desobediencia civil (lo mismo que la objeción de conciencia) es uno de los recursos estabilizadores del sistema constitucional, aunque sea, por definición, un recurso ilegal. Junto con acciones tales como elecciones libres y regulares, y un poder judicial independiente, facultado para interpretar la constitución (no necesariamente la escrita), la desobediencia civil, utilizada con la debida moderación y sano juicio, ayuda a mantener y reforzar las instituciones justas. El rechazar la injusticia dentro de los límites de fidelidad a la ley sirve para evitar las divergencias con la justicia, y para corregirlas cuando se produzcan. Una disposición general a participar en la desobediencia civil justificada introduce cierta estabilidad en una sociedad bien ordenada, o al menos en una sociedad casi justa* (Rawls, 2011: 348).

Dworkin estudia la desobediencia civil a partir de la categoría de la *objeción de conciencia*. Él pregunta cuál debe ser la respuesta que el gobierno debe dar a quien desobedece las leyes;

advierte que en torno a este tema hay dos posturas claras: 1. quienes consideran a la desobediencia consciente como un mero desacato a la ley, de modo que no cabe argüir ningún tipo de reconocimiento, protección o justificación a estos actos, y, 2. quienes piensan que la desobediencia al derecho puede estar moralmente justificada, pero que en ningún caso puede estar jurídicamente justificada, lo que permite inferir que la ley ha de cumplirse (Mejía, 2003: 80). Ahora bien, para Dworkin estas propuestas son insuficientes, ya que no solucionan el atolladero que supone la objeción moral al derecho. Argumenta la fragilidad de la premisa según la cual la desobediencia al derecho no debe permitirse porque atenta en contra del mantenimiento de la sociedad; en efecto, cotidianamente se dan casos en que los desobedientes no son perseguidos ni castigados y de ello no se sigue el derrumbe de la sociedad<sup>23</sup>.

Dworkin advierte que lo sustantivo detrás de este dilema es el carácter mismo de la ley y las consecuencias de su interpretación, especialmente en los casos en que la ley es dudosa y pudiere representar una afectación en su faz interior. Para lidiar con este problema, ofrece tres propuestas para determinar en qué casos estaría justificado desobedecer al derecho, ante una ley dudosa: 1. el ciudadano siempre debe pensar lo peor y suponer que no está habilitado para desobedecer el derecho, aun cuando piense que la autoridad se equivoca; 2. el ciudadano puede seguir su propio juicio, si estima que puede defender más fácilmente la postura que lo habilita a desobedecer al derecho en relación a aquella postura que lo obliga a obedecer el derecho. Sin embargo, sólo puede seguir su juicio hasta que una institución decida lo contrario, y; 3. el ciudadano siempre puede seguir su propio juicio, incluso luego de una decisión institucional que le indique lo contrario (Dworkin, 1989: 310).

Dworkin contesta estas tres propuestas señalando que la primera no es adecuada; no debe esperarse que el ciudadano suponga siempre lo peor, pues, al existir incerteza respecto de una ley es posible vislumbrar una colisión entre *principios jurídicos* y *directrices políticas*, de modo que el problema no resulta fácil de resolver. Si se acepta esta respuesta, por ejemplo, para problemas constitucionales, se pierde el mecanismo para impugnar el derecho por motivos morales y los ciudadanos se enfrentarían a un derecho cada vez más restrictivo y sus

---

<sup>23</sup> Dworkin expone, a modo de ejemplo, la facultad de los fiscales en Estados Unidos que les permite discernir discrecionalmente si perseguirán o no penalmente a un sujeto infractor o desobediente a la ley.

libertades se verían afectadas. Por otra parte, tampoco debe aceptarse la segunda premisa, pues las decisiones institucionales no son infalibles, de modo que aquel ciudadano que luego de seguir su propio juicio cambia su conducta a fin de respetar una decisión institucional incorrecta, se arriesga a sufrir un agravio irreparable de hacer aquello que su conciencia les prohíbe. Por último, Dworkin advierte que la tercera premisa es la más adecuada, por cuanto “*constituye la enumeración más equitativa de cuál es el deber social de un hombre en nuestra comunidad*” (1989: 315). Señala que cuando una ley es incierta no es dable entender que aquel ciudadano que sigue propio juicio incurra en una conducta injusta. En ciertos casos, el ciudadano podrá seguir su propio juicio al verse estimulado frente a un dilema moral, por tanto lo que cabe es que el gobierno lo proteja y alivie su situación, siempre que pueda hacerlo sin causar daño a otros. Aquello no significa que deba garantizarle la inmunidad, pues el gobierno no puede adoptar la norma de inhibirse de enjuiciar a todo objetor de conciencia. La consecuencia, entonces, es que “*cuando las razones para enjuiciar son relativamente débiles, la senda de la equidad pasa por la tolerancia*” (Mejía, 2003: 81).

Como se ve, el enfoque de Dworkin asume que la desobediencia civil puede ser leída a partir de los dilemas morales que envuelve la objeción de conciencia; sin embargo, aquello no implica tensionar el derecho frente a la desobediencia. En efecto, existe en todo momento la premisa de la validez general del derecho y la aceptación de su coercibilidad; tan sólo se pide que, en determinados casos, el derecho y sus operadores renuncien a castigar al objetor/desobediente.

En la misma línea que Dworkin, pero desde una perspectiva más cercana a la teoría de la democracia, Habermas asume la desobediencia civil como un instrumento para la formación de voluntad política en aras a perfeccionar el sistema democrático, y distingue entre *desobediencia revolucionaria* y *desobediencia civil*; señala que la primera no es admisible en el contexto del Estado democrático de Derecho, y que sólo resultan útiles aquellas luchas parciales que van perfeccionando el sistema. Adicionalmente, propone que si bien la desobediencia civil se encuentra fuera del proceso institucional de formación de voluntad política, ella apela a los mismos principios constitucionales que sirven para justificar el estado de derecho. Ahora bien, si la apelación a estos principios pudiere indicar la justificación moral de la desobediencia civil, de aquello no se sigue que esta desobediencia se encuentre justificada jurídicamente, pues aquello implica una contradicción. Como

alternativa, Habermas propone reconocer la importancia de la desobediencia civil como un mecanismo para la política democrática, especialmente en lo referido a la defensa de los derechos fundamentales y de su rol como herramienta de participación política de los ciudadanos.

*Dado que el derecho y la política se encuentran en una adaptación y revisión permanentes, lo que aparece como desobediencia prima facie puede resultar después el preanuncio de correcciones e innovaciones de gran importancia. En estos casos, la violación civil de los preceptos son experimentos moralmente justificados, sin los cuales una república viva no puede conservar su capacidad de innovación ni la creencia de sus ciudadanos en su legitimidad. Cuando la Constitución representativa fracasa ante retos que afectan a los intereses de todos los ciudadanos, el pueblo puede resucitar los derechos originarios del soberano bajo la forma de los ciudadanos, incluso de los ciudadanos singulares. En última instancia, el Estado democrático de derecho depende de este defensor de la legitimidad (Habermas, 1997: 61).*

Si bien Rawls, Dworkin y Habermas han contribuido a colmar un debate específico de la teoría constitucional, erigiéndose como los principales autores sobre estudios de desobediencia civil, aquello no implica que sus reflexiones estén exentas de críticas. En efecto, ellos han sido criticados por asumir un acercamiento sobre la desobediencia que no tensiona la hegemonía del Estado Constitucional; existe, más bien, un intento por acercar los actos de desobediencia a la matriz liberal de la teoría constitucional que exige a la desobediencia el cumplimiento de los requisitos antes reseñados, especialmente: la aceptación general de obligatoriedad del derecho, la publicidad del acto desobediente y la no violencia como rasgo indispensable para la resistencia política. Todo lo anterior ha motivado una perspicaz crítica de Robin Celikates en torno a lo que denomina *el paradigma liberal de la desobediencia civil*, construido mayormente por los tres autores antes mencionados. Arguye que las exigencias delineadas por los filósofos políticos liberales sobre la desobediencia –publicidad del acto, conciencia del acto desobediente, no violencia y fidelidad al derecho– han provocado interpretaciones que reducen las posibilidades reflexivas a dos ámbitos: 1. quienes piensan la desobediencia civil como un chantaje político y, 2. quienes piensan la desobediencia civil como apelación a principios morales aplicables a los

poderes públicos. Según Celikates, de aquello resulta una total omisión del componente de resistencia política de la desobediencia, que propone denominar como *desobediencia política o democrática*.

En primer lugar, cuestiona la exigencia de la desobediencia como un *acto público*, señala que tanto en Rawls como en Habermas existe la pretensión de justificar la necesidad de la publicidad de la desobediencia no desde los intereses del desobediente, sino en función de los intereses de la autoridad, quien es, precisamente, el destinatario de la resistencia. Esto produce que, tanto el gobierno como sus aparatos, estén al corriente de la desobediencia, a fin de que pueda ser controlada mediante el uso de la violencia estatal si fuese necesario. Celikates arguye que hay actos de manifestación que se sostienen precisamente sobre el desconocimiento de la autoridad y de las consecuencias derivadas de la presión política que aquello pueda generar, como es el caso de los cortes de ruta. Celikates cuestiona, entonces, que si la publicidad es una *conditio sine qua non* del acto de desobediencia, todas estas protestas quedarían fuera de la categoría de desobediencia civil, aun cuando se encontraran justificadas en razón de las circunstancias concretas del grupo desobediente.

En segundo lugar, el paradigma liberal se ha encargado de definir a la desobediencia a partir de la categoría de *acto consciente*, esto es, como un acto bien meditado y ponderado, donde el desobediente tiene pleno convencimiento de lo desobedecido y cuál es la afectación específica en su faz individual, así como también de la justificación moral de sus actos de desobediencia. Celikates intenta desmontar esta premisa señalando que no toda manifestación puede supeditarse a estas exigencias; hay veces que la protesta es llevada a cabo por motivos puramente estratégicos o bajo la intención de que ciertas posiciones radicales sean visibilizadas en el debate público. En relación a este punto, Celikates acusa a Rawls de asumir la postura *NIMBY (Not in my back yard)*, según la cual usualmente los ciudadanos se oponen a los proyectos que pueden generar externalidades negativas sólo si estas son percibidas por ellos directamente o, en otras palabras, la usual conducta de oponerse a un proyecto o una medida injusta cuando ella nos afecta directamente, pero renunciando a la oposición cuando la medida afecta a otros. Esta postura también recibe la denominación castellana de *SPAN (Sí, pero aquí no)*.

*Rawls seems to focus on conscientious civil disobedience in order to cope with what in the discussion about the allocation of social bads has come to be called de NIMBY problem: the empirically widespread “not in my yard” variety of civil disobedience where people protest, for example, against a new highway or toxic waste dump being built in their quiet and peaceful neighborhood. Again, however, Rawls’s focus turns out to be too narrow in excluding these forms of civil disobedience—however difficult their justification might turn out to be— from the very definition (Celikates, 2016: 38).*

En tercer lugar, la cuestión de la *fidelidad al derecho* que va envuelta en la descripción liberal de la desobediencia civil genera algunas tensiones: la idea que la desobediencia civil para contar como tal debe mantener una aceptación general del sistema jurídico lleva implícita una consecuencia no explicitada por la caracterización tradicional, y es que, en última instancia, la aceptación del derecho implica la aceptación del sistema en su conjunto. Acá vuelve a aparecer una de las discusiones más recurrentes en teoría del derecho: si es posible trazar una línea de separación radical entre política y derecho. Pues bien, para Celikates, aun cuando los teóricos de la desobediencia no se pronuncian sobre este punto aquello no se puede eludir. ¿En qué medida los desobedientes que muestran fidelidad al derecho muestran también fidelidad al sistema político en su conjunto? ¿Existe genuina aceptación del derecho en el acto de protesta? A su juicio, la exigencia de la fidelidad al derecho es una herramienta discursiva que se utiliza para separar la desobediencia de otras formas más radicales de protesta, aunque esas otras formas no hayan sido totalmente estudiadas para ser escamoteadas por la discusión académica. Entonces, para Celikates, la cuestión se traduce en cómo puede definirse el sistema, y que grado de fidelidad se puede guardar a ese sistema descrito. Para lidiar con ese inconveniente, sin desechar la categoría de desobediencia civil, Robin Celikates propone redefinir la desobediencia del siguiente modo:

*In the face of these problems, it seems appropriate to define civil disobedience in a way that is less normatively loaded and therefore less restrictive, as an intentionally unlawful and principled collective act of protest (in contrast to both legal protest and “ordinary” criminal offenses or “unmotivated” rioting), with which citizens—in the broad sense that goes beyond those recognized as citizens*



*by a particular state—pursue the political aim of changing specific laws, policies or institution (in contrast to conscientious objection, which is protected in some states as a fundamental right and does not seek such change). This somewhat minimalist definition deliberately leaves open whether civil disobedience is public, nonviolent, conscientious, appealing to the majority’s sense of justice, and restricted to transforming the system within its existing limits. Whether an act of disobedience should exhibit these further features involves substantial normative issues that cannot be resolved on the level of definition. Although civil disobedience has to be distinguished from both legal opposition on the one side and full-scale revolutionary revolt on the other, the boundaries between these varieties of political action are politically contested in practice and cannot be drawn as easily as liberal theory suggests. Not least for this reason, the question of definition should not be mixed up with the question of justification (and perhaps that of strategy as well) (2016: 39).*

En este sentido, la descripción de Robin Celikates sobre la desobediencia ofrece perspectivas para ampliar la mirada rawlsiana sobre el rol que esta cumple en una sociedad democrática; de acuerdo a lo ya apuntado, para Rawls la desobediencia trae estabilidad en una sociedad bien ordenada, ya que cumple la función de perfeccionar las instituciones. Sin embargo, Celikates recoge las reflexiones de pensadores como Hannah Arendt o Etienne Balibar, y apunta a poner atención en los efectos extra institucionales de la protesta y asumir su rol desde una perspectiva democrática radical:

*From such a more radically democratic perspective we can also describe the role of civil disobedience in more general terms as the “dramatizing of the tension between the poles of positive law and existing democratic processes and institutions on the one hand, and the idea of democracy as self-government on the other, which is not exhausted by established law and the institutional status quo (2016: 40).*

Así, según apunta Celikates, mientras la perspectiva liberal de la desobediencia civil mayormente es descrita como una forma de protesta individual de derechos frente al gobierno o a decisiones políticas respaldadas por el principio de mayoría, una perspectiva radical sobre

la desobediencia, por el contrario, no fija su atención en la desobediencia en términos de una limitación a la soberanía popular, sino que prefiere una mirada sobre la desobediencia como una expresión de práctica democrática colectiva de autodeterminación que actúa como un contrapeso dinamizador de las tendencias rígidas propias de las institucionales estatales que intentan absorber el poder constituyente de los sujetos (2016: 41). Para él, esta perspectiva sobre la desobediencia habilita a los ciudadanos a adoptar formas extra institucionales o contra institucionales de participación política cuando los canales institucionales de participación están cerrados o limitados, acercándose de este modo a pensadores como Roberto Gargarella, que también postulan el valor de la protesta social desde una perspectiva que considere las necesidades de los grupos desaventajados.

En consecuencia, la reflexión de Celikates apunta a comprender a la desobediencia civil como un *acto colectivo de contestación política*, que tiene la virtud de articular un poder horizontal de sujetos movilizados para hacer frente al poder vertical de las instituciones:

*Rather than as a defensive act of individual rights bearers, civil disobedience thus emerges as an essentially collective and political practice of contestation— as a form of struggle in which the vertical form of state authority is confronted with the horizontal power of the association of citizens or the governed, the “low-intensity representative democratic institutions and modern constitutional formations” with the “participatory or high-intensity democratic forms of democracy and self-determination (2016: 41).*

### **2.1.2 La Resistencia**

“La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Así declama el artículo segundo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Tal es la importancia de la idea de resistir a la autoridad que esta categoría política se encuentra inserta en el corazón del constitucionalismo y ha acompañado su devenir durante largos siglos; ya durante la primera mitad del siglo XIX, en que los movimientos juntistas en América Latina comienzan a emerger en todo el continente

proclamando la máxima de resistir a la opresión de la metrópoli; hasta nuestros días, donde el movimiento de los indignados del 15-M, ocupó las principales plazas de España, mostrando su malestar por la crisis del Estado de bienestar y por la corrupción de sus representantes, llegando incluso a organizar plataformas políticas para resistir los desahucios habitacionales por deudas hipotecarias<sup>24</sup>. Son diversos los ejemplos que pueden recogerse en el tránsito histórico para mostrar un elemento común: una acción política colectiva de resistencia a un gobierno que se estima, en alguna medida, opresor.

Ahora bien, ¿cómo puede entenderse que una categoría eminentemente contenciosa, la resistencia a la autoridad, se encuentre ínsita en una tradición teórica, el constitucionalismo, que hunde sus raíces en la idea del consenso político? Mucho podría escribirse si se hace una revisión acuciosa de la literatura especializada; por lo pronto, puede decirse que la idea de resistir es consustancial al desarrollo de la ciencia política desde sus albores, entre otras cosas, debido a la influencia de obras como el tratado *Vindiciae contra Tyrannos*, de 1579, traducido como *La defensa contra los Tiranos*, y que reflexiona sobre los límites del poder soberano (del monarca) y cuál debe ser la respuesta de los súbditos frente a un gobernante injusto. Como bien apunta Roberto Gargarella, la cuestión de la resistencia política puede rastrearse hasta el medioevo, cuando “*tales reflexiones cobraron especial significado a partir de la ruptura de la unidad religiosa europea, los sucesivos enfrentamientos entre católicos romanos y protestantes reformistas, y sobre todo, la consiguiente posibilidad que los deberes religiosos entraran en tensión profunda con los deberes de obediencia hacia el poder político (...) ¿A quién debemos obedecer, se preguntaban, si la autoridad política, eventualmente, deja de coincidir con la autoridad religiosa?*” (Gargarella, 2007: 212).

A partir de ese antecedente, en los tiempos venideros, la cuestión de la resistencia seguirá ocupando un lugar crucial en el desarrollo de los sistemas constitucionales.

*La idea de resistencia tendió a aparecer junto con la referida al carácter inalienable de ciertos derechos básicos; la idea de que la autoridad era legítima en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados; y aquella*

---

<sup>24</sup> Una revisión detallada de las recientes protestas del movimiento 15-M acaecidas en España puede encontrarse en: Errejón, Íñigo (2015): “We The People El 15-M”, en *ACME: An International Journal for Critical Geographies*, Vol. 14, Nº 1, Internacional, pp. 124-156.

*que decía que el primer deber de todo gobierno era el de proteger los derechos inalienables de las personas. En dicho contexto se afirmaba que el pueblo podía legítimamente resistir y finalmente derrocar al gobierno de turno en caso de que este último no fuera consecuente con el respeto de aquellos derechos básicos (Gargarella, 2005: 17).*

Las constituciones burguesas de los siglos XVIII y siguientes, todas ellas hijas del ejercicio constituyente, nacen con un rasgo atávico: la idea de un colectivo libre y organizado que decide otorgarse una constitución que funde un arreglo social-institucional específico para organizar la convivencia en común. Es el cuño revolucionario de toda constitución; lo constituyente que prescinde de lo constituido; el caos que da origen al orden; la clausura de la vorágine del conflicto social y su reemplazo por un orden civilizatorio que domestica las acciones y neutraliza las aspiraciones de subversión, evitando una *vuelta atrás*. No es de extrañarse, entonces, que las primeras declaraciones y ensayos que reconocen esa matriz conflictiva y resistente, al mismo tiempo que reconocen ese conflicto inicial fundante, también pretenden borrarlo definitivamente, en aras de una estabilidad que le dé vigor al orden jurídico-constitucional. ¿Cómo es esto posible? Pues se trata de una operación compleja y con un sinnúmero de posibilidades, podría señalarse que el constitucionalismo experimenta, sobre todo con la entrada de su tradición liberal, un decantamiento en formas políticas que reducen la idea de resistir al ámbito del sujeto, privatizando el conflicto y depositando la responsabilidad de estos actos en la noción del sujeto de derecho, descartando toda posibilidad de una resistencia colectiva, pues se estima que es el orden político-constitucional la mejor garantía de las libertades y derechos, y que por consiguiente, no cabe la posibilidad de oponerse a él.

Toda formación de voluntad política debe ser dispuesta por la ley y toda posibilidad de cambio del sistema debe desenvolverse por los canales instituidos, sujeto a las limitaciones impuestas por el orden constitucional. Es de este modo, mediante la privatización del conflicto, que las nociones de desobedecer y objetar encuentran sentido en las aportaciones de los teóricos liberales que, si bien le dan cabida al acto de oponerse, también le depositan una pesada carga de requisitos (acto individual, no violencia, aceptación del derecho, publicidad, entre otros) para que esta resistencia tenga algún mínimo de atención. ¿Y qué

ocurre con esa resistencia y rebeldía colectiva originaria que dio lugar a las constituciones? Aquella idea de resistencia colectiva es unida rápidamente a la idea de la *tiranía*; pero no como una posibilidad efectiva y jurídicamente habilitada, sino más bien como una idea romántica, ella pasa a ocupar un lugar en preámbulos y articulados constitucionales que recuerdan la vieja amenaza del orden tiránico y ensalzan el triunfo constitucional como la solución definitiva<sup>25</sup>. Esta operación discursiva no deja de ser interesante, pues lo que se hace es mirar hacia atrás y nombrar al enemigo original, el monarca absoluto, tirano y opresor por antonomasia, quien fue el principal objetivo a derrotar en las revoluciones burguesas constitucionales. Es el propio constitucionalismo diciendo: los mismos motivos que me originaron son lo que me mantienen vivo. ¿Pero qué hay de lo realmente sustantivo que produce resistencia política en nuestros días? La marginación, la negación de derechos, la quiebra del Estado de Bienestar, la violencia institucional y el olvido de los colectivos postergados. Todo ello debe solucionarse mediante las formas legales de formación de decisiones políticas, y si el colectivo postergado quiere resistir, debe hacerlo a través de las formas jurídicas establecidas, aunque, con bien se sabe, han sido poco los momentos en que los individuos postergados han llegado a las instituciones del Estado para cambiar en alguna medida sus destinos.

Como puede verse, la premisa de la tiranía como chispa detonante de la constitución, quedó registrada en un sinnúmero de constituciones que hasta el día de hoy mantienen el mismo criterio:

Constitución de la República Árabe de Egipto de 2014:

*“PREÁMBULO. Estamos redactando una constitución que cierra la puerta a cualquier corrupción o tiranía, cura las heridas del pasado desde el tiempo del viejo Campesino Elocuente hasta las víctimas de la negligencia y los mártires de nuestro tiempo y alivia a nuestro pueblo de las injusticias que ha sufrido durante mucho tiempo”*

---

<sup>25</sup> Sobre la cuestión del monarca absoluto en la génesis del constitucionalismo revisar: Pisarello, Gerardo (2012): “El constitucionalismo de los modernos: entre revolución democrática y repliegue elitista”, en *Un largo temidor. Historia y críticas del constitucionalismo antidemocrático*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, pp. 52-58.

Constitución de Libia de 2011:

*“PREÁMBULO. Con el objetivo de establecer una sociedad de ciudadanía, justicia, igualdad, progreso, desarrollo y prosperidad en la cual no haya espacio para el despotismo, represión, tiranía, explotación y poder individual, el Consejo Nacional Transicional ha decidido promulgar esta Declaración Constitucional como una base para el ejercicio del poder en el período transicional hasta la adopción de una Constitución permanente, por referendo popular general.”*

Constitución de Timor Oriental de 2002:

*“PREÁMBULO. (...) Solemnemente reafirmando su determinación de combatir todas las formas de tiranía, opresión, dominación y segregación social, cultural o religiosa, defender la independencia, respetar y garantizar los derechos humanos y los derechos fundamentales de los ciudadanos, asegurar el principio de separación de poderes en la organización del Estado (...)”*

Estos preámbulos contemporáneos ensalzan la victoria constitucional que supuso el cambio de esquema político de la modernidad, en donde el monarca se ve desplazado y constreñido, y el cuerpo político se erige como el único titular de la soberanía como potencia legitimadora del nuevo orden social:

*Lo que de verdad produce la afirmación de la constitución estatal es, en pocas palabras, la soberanía del Estado, que hace impensable la soberanía de cualquier sujeto político fuera de la constitución, sea el monarca o el mismo pueblo, que sólo en el Estado y en su constitución encuentra orden y forma y, por ello, capacidad de existir en el plano constitucional. La constitución estatal opone la soberanía del Estado, no sólo a los antiguos derechos estamentales, sino también al mismo monarca que en ella encuentra la disciplina de sus prerrogativas, y al mismo pueblo al que se sustrae de esa manera el poder constituyente y, con él, la cualidad de sujeto soberano originario de cuya voluntad depende la misma constitución (Fioravanti, 2011: 137).*

Recientemente, la antigua idea de resistir ha sido enriquecida con elementos de la teoría democrática; se ha reconocido la posibilidad de resistir cuando las condiciones materiales de

vida de los ciudadanos no son suficientes para que puedan subsistir dignamente, es decir, ya no sólo se resiste frente al gobierno que reprime derechos y libertades básicas, el tirano, sino también es posible resistir al gobierno democrático que mantiene en condiciones de vulnerabilidad a una parte de la sociedad, mediante la insatisfacción de estándares socioeconómicos de vida, comúnmente expresado en la disminución, restricción o denegación de derechos sociales, como también en la incomunicación institucional respecto de estos grupos, dejándolos *sin voz* frente al proceso político formal.

Este tipo de resistencia se ha visto particularmente enriquecida a partir del desarrollo de las teorías antidiscriminación como también de las corrientes del constitucionalismo popular, que denuncian los efectos adversos experimentados en los sistemas políticos de países donde se observa la elitización de los operadores del sistema constitucional en desmedro de las grandes masas preteridas de la toma de decisiones. Esta nueva resistencia ha sido bautizada por Roberto Gargarella como *resistencia constitucional*, y se refiere a “*violaciones del derecho positivo, que pueden asumir un carácter violento, destinadas a frustrar leyes, políticas, o decisiones del gobierno de turno*” (2007: 207). Como se ve, su definición mantiene muchas similitudes con las nociones tradicionales de la desobediencia civil, sin embargo, advierte Gargarella, la diferencia central estaría en que, tratándose de la resistencia constitucional, “*existe un grado de reflexión y autoconsciencia mucho menor que el que suele asociarse con la desobediencia civil; y además ellas suelen acompañarse de actos de violencia que resultan ajenos a la desobediencia civil*” (2007: 209).

Más allá de las digresiones conceptuales, lo importante de esta categoría es lo referido a su justificación frente al derecho que, como ya fue enunciado en el capítulo anterior, encuentra su piedra de toque en la noción de *alienación legal*, es decir, “*una situación en donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad sino que se presenta como un conjunto de normas ajenas a nuestro designio y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual ésta aparece sometida*” (2007: 205). Así, mediante este recurso, Gargarella interroga directamente al sistema legal que produce sujetos postergados y se pregunta qué es razonable esperar de estos sujetos que se ven agredidos por la ley y que eventualmente pudieren resistirle.

*Parece injusto tratar todas las violaciones al derecho como propias de sujetos que quieren tomar ventaja de los esfuerzos de otros. Más bien, es dable esperar que muchas de tales violaciones representen reacciones comprensibles y atendibles producidas por ciertos grupos frente a un derecho que los ignora o margina indebidamente. En tales casos, aquel énfasis en la aplicación inflexible del derecho no resulta sino un acto de extraordinario dogmatismo -una pura injusticia- que termina de poner al derecho cabeza abajo. En lugar de rescatar, entonces, a aquellos que son víctimas del derecho, se pretende asegurar que se les impongan normas destinadas a maltratarlos –normas en cuya creación y modificación tales sujetos no han tenido parte, como debieron haberla tenido en tanto miembros de una comunidad que pretende situar a todos en un pie de igualdad (2007: 206).*

Ahora bien, sin perjuicio de la nueva mirada ofrecida por Gargarella, la tesis sobre la resistencia constitucional encuentra su primer obstáculo: en un sistema como el derecho, sostenido sobre reglas y criterios de competencias para determinar, legitimaciones activas para proceder y autoridad interpretativa para dar significado a la ley, la cuestión sobre *quién*, *cuándo* y *cómo* se determina una situación de alienación legal se vuelve un punto crucial. Acá es posible observar algún grado de fragilidad, puesto que si bien el autor trata de hacer compatible con el sistema constitucional la idea de resistir al derecho en razón de condiciones materiales de existencia, la salida que propone está fuera del sistema constitucional, pues recurre a las meditaciones de Locke para señalar que *el pueblo debe ser la única Corte de Apelación*, es decir, quien en última instancia debe determinar si se vive una situación de alienación legal es el grupo que la sufre:

*Así, para el filósofo inglés, las decisiones sobre la resistencia al gobierno no podían estar sino en manos de la propia ciudadanía: nadie más que ella merecía decidir acerca de la gravedad de los conflictos en juego. La propia mayoría debía decidir acerca de su suerte colectiva, del mismo modo en que cada individuo particular tenía el derecho de decidir acerca de su suerte en casos particulares (2007: 222).*



La solución de Gargarella no deja de ser incómoda, pues si bien es importante reconocer la autonomía del pueblo para reflexionar y decidir sobre sus propios asuntos, lo realmente importante en aquellas situaciones de *carencia extrema* es el grado efectivo de incidencia, en el sistema constitucional, de quienes sufren alienación. Es decir, más allá de las justificaciones dadas al colectivo como titular de la protesta, debe avanzarse en imaginar posibilidades concretas para que este pueblo ponga en marcha al sistema legal en aras de solucionar sus carencias, como podría ser el reconocimiento constitucional de mecanismos democráticos directos que, sin abandonar el principio de representación, puedan activar formas de decisión política por ellos mismos, como podría ser, por ejemplo, mediante mecanismos de iniciativa popular de ley, consulta vinculante, entre otros.

Todo lo anterior permite que Gargarella se pregunte por los grados de tolerancia que el sistema jurídico debe tener respecto de la resistencia constitucional del alienado legalmente, dicho de otra forma: ¿cuáles resistencias deben considerarse aceptables y cuáles no? (2005: 37). Para lidiar con esto, el autor propone distinguir entre dos tipos de resistencia, una que denomina *resistencia pasiva o no cooperación*, y otra denomina *resistencia activa o confrontación*. La resistencia pasiva se refiere a la posibilidad de los gobernados de omitir conductas prescritas por el Estado, mientras que la resistencia activa supone la posibilidad de desafiar prohibiciones legales. Para el autor, estas formas de resistencia deben considerarse *prima facie* como admisibles, pues “*los oprimidos deben considerarse moralmente libres de desobedecer aquellas órdenes que causan o fortalecen su situación de opresión*” (2005: 38). Hasta acá la descripción de Gargarella guarda notables similitudes con la noción tradicional de desobediencia civil, sin embargo, para ser fiel a su propia línea argumental, se ve obligado a lidiar con el nudo más polémico de un acto político de resistencia: la compatibilidad de este con el orden jurídico. En este punto, al igual que los pensadores tradicionales de la desobediencia civil, y como lo hará más tarde con el derecho a la protesta social, el autor propone una serie de requisitos políticos y morales que deben cumplirse para que la resistencia sea considerada frente al derecho: 1. *Causalidad*: la idea según la cual una situación de alienación legal es producida por un orden jurídico que trabaja en contra de ciertas personas, debería ser siempre un tema abierto al debate, es decir, pueden existir motivos ajenos al Estado por los cuales las personas puedan sufrir desventajas, de modo que la alienación legal debería estar sujeta a una presunción refutable; 2. *Mutuo*

*respeto*: tomando la idea de Rawls, propone un deber moral según el cual los sujetos subalternos, expuestos a vulneraciones, no deben actuar con plena libertad a la hora de ejercer actos de resistencia, pues existen *deberes naturales de la humanidad* que mandan a guardar respeto y reciprocidad; 3. *Vínculo o nexa*: sólo debe resistirse a aquel espacio del orden jurídico que produce alienación legal, de modo que cualquier otra resistencia no relacionada no puede admitirse como legítima; y, 4. *Proporcionalidad*: la resistencia debe ser lo menos dañina posible, o, como señala el autor: “*la desgracia que envuelve a los más desaventajados no debe llevarles a imponer sacrificios innecesarios sobre el resto de la comunidad. Sus desafíos al derecho deben ser, en tal sentido, tan poco costosos como sea posible*” (2005: 41).

Desde luego, la idea de resistencia introducida por Gargarella merece un análisis que desborda las modestas intenciones de este trabajo, sin embargo, por lo pronto, deben exponerse algunas interrogantes sobre la matriz política desde la cual habla Gargarella, en un primer punto, llama la atención como, mediante la idea de la presunción refutable, el autor propone separar los efectos de la superestructura estatal de las condiciones de desventaja de algunos colectivos, de modo que el Estado pasa a ocupar una posición alternativa de *responsabilidad/irresponsabilidad* en las injusticias estructurales; en un segundo lugar, los deberes de *mutuo respeto* y de *proporcionalidad* se ofrecen como limitaciones *a priori* para los agentes morales, quienes no tienen luz verde para sus actuaciones, debiendo siempre mantener un deber moral de auto restricción en su protesta. Entonces, lo que cabe preguntarse es: ¿cuál es el máximo permisible para un acto de resistencia? ¿Qué es lo que significa *hacer el menor daño posible*? Lo expuesto acá por Gargarella es paradójico, pues pareciera proponer una resistencia al derecho tímida, casi testimonial, lo que se aleja de los procesos radicales de movilización social y a los cuales se debe la conquista de ciertos derechos básicos. Nótese, por ejemplo, las numerosas Huelgas Generales llevadas a cabo a lo largo de la historia y en diversos países, como puede intuirse, y es cosa de revisar someramente la historiografía, ellas afectaron directa o indirectamente a buena parte de la población, pero es sólo a la presión que estas lograron generar que hoy tenemos prerrogativas tan elementales como la jornada laboral o el salario mínimo. En este sentido, ¿qué perspectivas emancipatorias e igualitarias se pueden esperar de las resistencias sujetas *ex ante* a requisitos, deberes morales y estándares jurídicos?

## **2.2 Derechos y libertades constitucionales de expresión y de reunión en la configuración de la protesta social**

De lo dicho hasta ahora puede desprenderse que en torno al fenómeno de la protesta social concurren un sinnúmero de factores, muchos de los cuales no han sido cabalmente tratados en el derecho. Así, las cuestiones como el conflicto, la política extra institucional, la violencia y la acción contenciosa suelen ser tratadas como cuestiones metajurídicas, más cercanas al ámbito de la teoría política, y bastante lejanas de las discusiones tradicionales del debate constitucional. A pesar de esto, cierto sector de la academia constitucional<sup>26</sup> ha recibido a la protesta social ignorando esta multiplicidad de factores y tratando de encapsularla en categorías jurídicas predeterminadas con el fin de explicar a la protesta social como un derecho que encuentra su justificación en el binomio *libertad de expresión/derecho de reunión*; se ha dicho que toda protesta es ejercicio de derechos fundamentales, preferentemente de derechos expresivos, de un colectivo que se reúne para manifestar descontento o para escrutar a la autoridad, y que dado que la legitimidad de los poderes públicos descansa sobre el consenso de los gobernados, éstos estarían habilitados para cuestionar a las autoridades en todo momento. Aquello resulta difícil de refutar, pues es efectivo que la piedra angular de toda democracia se erige sobre la soberanía popular, y que es esta misma soberanía la que justifica la existencia de instituciones democráticas, ergo, no habría razón para pensar lo contrario.

Sin embargo, en lo que a la protesta se refiere, el nudo gordiano del problema no reside ahí, sino más bien en las posibilidades de explicar de forma idónea y satisfactoria a la protesta social a partir de la libertad de expresión; si se decide significar a la protesta a partir de esta categoría debería explicarse cuál es el contenido efectivo de su expresividad; cuál es la diferencia de una libertad de expresión ejercida en contexto de movilización social respecto de aquella ejercida cotidianamente, y, ante todo, cómo puede el derecho expresivo de protesta relacionarse con otros derechos sin que la protesta arriesgue ser reducida a una mera descripción jurídica con tal de hacerla compatible con el Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>26</sup> Por todos, véase Lovera (2016) y Gargarella (2007).

Lo primero que debería señalarse es que a primera vista la cuestión sobre la libertad de expresión suele aparecer en los estudios sobre la protesta al punto en que ha devenido en un lugar común a todos ellos. Es evidente el lugar que esta ocupa en la movilización social en la medida que es, por antonomasia, la herramienta más notoria de quien protesta. Pues bien, a pesar de esto, cabe preguntarse qué rol juega la libertad de expresión en la protesta: ¿puede entenderse como la fundamentación ontológica de la protesta social, o su carácter es más bien adjetivo, actuando como un vehículo para desplegar una cuestión política más profunda que escapa del mero derecho expresivo? Esto no es un intento por torcer una doctrina asentada sobre la materia, sino más bien interrogar al debate constitucional progresista e invitarlo a justificar mejor sus propios argumentos pues, como se dirá en las siguientes páginas, la protesta social desborda al ejercicio de un derecho fundamental, siendo un fenómeno bastante más complejo.

Si hay algo común en las lecturas halagüeñas sobre la protesta como derecho, es la idea de higienizarla del *conflicto antagónico* y situarla en el terreno del *espacio público deliberativo* (Fiss, 2010: 58), donde la libertad de expresión de ideas y pensamientos sería la herramienta más idónea. El fondo del argumento consiste en que protestar, antes de resistir y confrontar, es ante todo expresar, y que expresar en el contexto del sistema democrático tiene un cariz eminentemente político:

*La primera enmienda protege el derecho de los individuos de participar en el debate público –de expresar sus puntos de vista libremente- con el fin de mantener y fortalecer el poder de autodeterminación colectiva. La expresión contribuye a la democracia y en razón de esta relación instrumental, la primera adquiere un tinte claramente político (Fiss, 2010: 28).*

Hasta aquí parece una idea difícil de refutar y hasta una cuestión evidente: la sola idea de participar en un debate público habla de una actividad política. No podría ser de otro modo. Lo crucial, entonces, es volver a Mouffe y preguntarse cuál es la idea de *lo político* que reside en una afirmación como esta, o, dicho de forma más directa: ¿cuál es ese contenido específico de la expresividad política de quien protesta, que tiene sus propias características y la diferencia de otras conductas expresivas? Desde ya debe adelantarse que esta es una pregunta

sin respuesta en la doctrina, puesto que se ha preferido analizar el tema desde la cuestión de la argumentación judicial y no desde la fundamentación ontológica de la protesta. Así, de la pluma de Gargarella, se ha afirmado que los jueces no suelen entregar buenos argumentos a la hora de resolver conflictos que emergen en contextos de movilización social, fallando sostenidamente en contra de quienes protestan y prefiriendo otros valores constitucionales en juego, como el orden público, la propiedad pública y privada o a la libre circulación de las personas. Gargarella arguye que si la protesta involucra la libertad de expresión debería entregarse motivos según los cuales ha de desestimarse la protección del derecho expresivo en favor de otro derecho:

*Nos encontramos frente a dos derechos que reclaman el mismo espacio, pelean por el mismo lugar, que sólo uno de ellos puede preservar. Alguno de los dos va a perder. Por algún lado vamos a sangrar, por algún lado vamos a sufrir* (Gargarella, 2015: 24).

El autor propone, como solución para este dilema de jerarquización de derechos, la invocación a un *núcleo central de la constitución*:

*Mi sugerencia al respecto –y esta es una sugerencia amparada por mucha jurisprudencia- es que el último derecho que retirar, o sea, el que hay que proteger, es el que está más cerca del nervio democrático de la Constitución. Con esto quiero decir que, si hay decenas de derechos en juego, como puede ocurrir en un corte de ruta, tenemos que hacer el máximo esfuerzo por preservar hasta el final aquellos derechos que estén más cerca del núcleo central de la Constitución. ¿Y cuáles serían? Según entiendo, ese núcleo duro tiene que ver con las reglas básicas del juego democrático. Creo que allí ocupan un lugar más que central derechos como los vinculados a la libre expresión* (Gargarella, 2015: 25).

Adicionalmente, y siguiendo en este orden de ideas, el autor sostiene que *el valor especial de la expresión* es la posibilidad de efectuar críticas al poder (Gargarella, 2015: 26), para lo cual cita la muy famosa jurisprudencia de *New York Times Company v. Sullivan*, que sentó las bases de la doctrina de la *real malicia*, en virtud de la cual, la libre expresión debe

protegerse aun cuando las ideas expresadas involucren falsedades e insultos en contra de la autoridad, con la única excepción de no autorizar expresiones injuriosas que se realizan a sabiendas de su falsedad. Todo lo anterior, en criterio de la Corte Suprema de los Estados Unidos, encuentra su justificación en el rol más elemental de la libre expresión: el derecho de criticar al poder, lo que permite balancear la asimetría entre gobernantes y gobernados. Siguiendo esta doctrina, Gargarella sostiene que

*Necesitamos garantizar(nos) de forma permanente la posibilidad de objetar las acciones del gobierno, de mostrar sus flancos débiles, de reclamar y exigir que cambie su rumbo, que tome ciertas, que deje de llevar adelante ciertas acciones (2015: 27).*

Pues bien, sin perjuicio que Gargarella realiza una adecuada caracterización del debate de la libre expresión en los Estados Unidos, resultaría prudente preguntarse en qué medida casos como *New York Times v. Sullivan* franquean una idónea explicación de la protesta social frente al derecho. Valdría la pena mirar un poco más detenidamente en los hechos conocidos por la Suprema Corte para advertir que la cuestión sobre la movilización social en este caso tiene una importancia residual. Lo importante para la Suprema Corte y aquello sobre lo cual razonó latamente, es la emergencia de un conflicto entre particulares, L.B. Sullivan, por un lado, que reclamaba ser lesionado en su derecho a la honra al ser identificado por el periódico *New York Times* como el responsable del arresto de Martin Luther King Jr., como parte de una operación política maquinada con el fin de destruir los esfuerzos de Luther para alentar a los afrodescendientes a sufragar; y, por el otro, *New York Times Company*, que defendía su derecho a realizar publicaciones de esa naturaleza en razón de la libertad de prensa, como parte del contenido esencial de la Primera Enmienda.

Si se revisa esta sentencia críticamente, puede decirse que la potencia de *New York Times v. Sullivan* como doctrina determinante para comprender la movilización social no es sino la misma que tiene una colisión *honra/expresión* entre particulares en un sistema judicial de precedentes; si bien se fija una vinculación entre libre expresión y democracia, no hay mucho que decir en torno a la acción política colectiva de protesta social en los términos que ha sido descrita por la sociología, pues el fallo no hace referencia a aquello. De modo que, ¿puede la

doctrina de este caso informar las ideas más profundas sobre la protesta? Sí, siempre y cuando entendamos que protestar es sólo una cuestión individual y expresiva... pero olvidemos la dimensión colectiva detrás de un conflicto político.

### **2.3 El derecho fundamental a la protesta social**

En la literatura especializada el derecho a protestar ha sido tratado a modo de respuesta, es decir, más que ofrecer un análisis dogmático de categorías, clasificaciones y conceptos, como pudiere ocurrir a propósito de otros derechos fundamentales, la protesta se ha presentado como una alternativa a las lecturas conservadoras que tienden a demonizar las expresiones populares. Por tanto, no cabe presentar aquí una descripción *tradicional* sobre este derecho, sino más bien sintetizar sus elementos más importantes, muchos de los cuales ya se han venido anticipando.

Pues bien, la doctrina constitucional ha ofrecido una lectura de la protesta en el mismo sentido de otras lecturas también progresistas, como es el caso del derecho internacional de los derechos humanos. Estos dos discursos, el constitucional y el de los derechos humanos, han comprendido que protestar implica el ejercicio de derechos básicos que, como ya se ha dicho, son el derecho a reunirse libremente sin permiso previo y sin armas, y la libertad de expresar ideas y pensamientos. Este binomio *expresión/reunión* ha servido para ofrecer una mirada sobre la protesta que la haga compatible con las formas comunes de pensar lo jurídico, es decir, formas liberales e individuales. En efecto, si se presenta un argumento en clave de derechos, que recoja principios muy elementales para pensar el derecho, es más fácil sentirse persuadido y evitar las viejas lecturas enemigas de la protesta. Así pues, para Gargarella, una de las cuestiones principales para pensar la protesta se refiere al *valor especial de la libertad de expresión*:

*Corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda estructura democrática. (...) 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 (2007: 26).*

Ahora bien, lo que diferencia a Gargarella de otras lecturas afines, es la vinculación que hace entre libertad de expresión y *grupos desaventajados*. Defiende que, dadas las condiciones de desigualdad estructural, la libertad de expresión tiene una especial importancia tratándose de colectivos que han permanecido preteridos en la toma de decisiones estatales; la protesta sería un vehículo no sólo disponible, sino el único que estos grupos tienen para poder canalizar sus reclamos. Adicionalmente, propone un enfoque sobre la responsabilidad que pesa sobre los órganos del Estado respecto de la protección de estas minorías:

*En sociedades como la nuestra [se refiere a la Argentina], organizadas en torno al principio mayoritario, la vida política –las decisiones públicas en definitiva– también tienden a girar en torno a las preferencias de las mayorías, por lo que algún poder debe velar por los derechos de quienes no acostumbran a integrar esa coalición valiosa (2007: 114).*

Y agrega desde la doctrina:

*Por eso mismo, algunos de estos autores cualifican su enfoque sobre la cuestión, para concentrarse en la situación de las minorías marginadas y aisladas del resto, minorías sobre las que existen extendidos prejuicios. Dichos grupos son los que más riesgos tienen de sufrir acoso de las mayorías. Partícipe de este enfoque, Ronald Dworkin rechaza la posibilidad de asociar la idea de democracia con el mero respeto de la regla mayoritaria. Dicha actitud, sugiere, representaría una simple defensa de una noción (que él denomina) “estadística” de la democracia, es decir, una preocupada sólo por los grandes números. Frente a dicho criterio, Dworkin defiende (lo que denomina) una concepción “constitucional” de la democracia, que ve en ella un sistema que procura honrar tanto los derechos de las mayorías como los derechos de las minorías y en el cual los jueces se orienten fundamentalmente en esta última dirección (2007: 114).*



Así, Gargarella propone una concepción desde el *constitucionalismo igualitario*, en donde la posición de las minorías tenga un papel fundamental a la hora de tomar decisiones, especialmente decisiones judiciales. Pues, en razón de la cláusula de igual protección en Norteamérica y el avance del principio de no discriminación en América Latina, puede afirmarse que el constitucionalismo no es un aparato inerte y adormecido, sino que asume compromisos con aquellos individuos de la sociedad cuyos derechos peligran constantemente y se encuentran en menores niveles de satisfacción. Como se ve, Gargarella se aleja por un momento del derecho internacional de los derechos humanos, que rehúsa adoptar esta posición, y explica a la protesta a partir del binomio expresión/reunión, en donde esta cumple la función de escrutar a la autoridad, pero sin hacer distinción entre colectivos desaventajados y mayorías democráticas<sup>27</sup>.

Gargarella refuerza la idea de la protesta como libertad de expresión al revitalizar la doctrina norteamericana del *Foro Público*, fijada en las sentencias de 1939, *Hague v. CIO* y *Schneider v. State*, en las cuales la Suprema Corte de los Estados Unidos de América razonó entendiendo que si la libertad de expresión es el valor rector detrás de las manifestaciones públicas, el lugar idóneo para que la sociedad se manifieste son las calles, parques y plazas, al ser los espacios que tradicionalmente se han utilizado para el debate y la reunión pública:

*Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to*

---

<sup>27</sup> El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha propuesto tímidamente la vinculación de los grupos desaventajados con la libertad de expresión, pero sin pronunciarse sobre las condiciones de injusticia estructural que configuran la situación de desventaja. Al respecto puede verse: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010): Relatoría Especial para la Libertad de expresión. Una agenda hemisférica para la protección de la libertad de expresión. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/agenda%20hemisf%C3%A9rica%20espa%C3%B1ol%20fina%20con%20portada.pdf>. Fecha última consulta: 5 de junio de 2017.

*the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied* (Hague v. Comittee for Industrial Organization, 1939).

Si la manifestación social es ejercicio de libertad de expresión en el contexto del foro público, ¿cómo puede ser conciliada con otros valores igualmente importantes como la libre circulación de las personas o el orden público, que pudieren verse avasallados por los desórdenes? Para lidiar con esto, la Corte Suprema de los Estados Unidos fijó el criterio del *tiempo, lugar y modo*, en virtud del cual sostuvo que era admisible que los gobiernos efectuasen regulaciones y restricciones al ejercicio de la libertad de expresión en el foro público, con el objeto de prevenir daños o efectos negativos de la reunión; a juicio de la Corte, la protesta debía cumplir con exigencias relativas al modo, al lugar y al tiempo en que esta se expresaba y se llevaba a cabo, de modo que hacer compatible la idea de un foro público abierto y la manifestación social como vehículo de la libertad de expresión:

*Subject to such reasonable regulation, however, peaceful demonstrations in public places are protected by the First Amendment. Of course, where demonstrations turn violent, they lose their protected quality as expression under the First Amendment. The nature of a place, "the pattern of its normal activities, dictate the kinds of regulations of time, place, and manner that are reasonable." Although a silent vigil may not unduly interfere with a public library, -Brown v. Louisiana, 383 U. S. 131 (1966)-, making a speech in the reading room almost certainly would. That same speech should be perfectly appropriate in a park. The crucial question is whether the manner of expression is basically incompatible with the normal activity of a particular place at a particular time. Our cases make clear that, in assessing the reasonableness of a regulation, we must weigh heavily the fact that communication is involved; the regulation must be narrowly tailored to further the State's legitimate interest* (Grayned v. City of Rockford, 1972).

Llegado a este punto, la protesta se presenta como una derivación de la libertad de expresión, que recibe una regulación específica de tiempo, lugar y modo para así resguardar otros valores constitucionalmente relevantes y que ella pudiera poner en riesgo.

## CAPÍTULO III. LA TENSA RELACIÓN ENTRE PROTESTA Y DERECHO

*La actitud típica liberal es algo diferente: su fórmula es «1789 sin 1793». En resumen, lo que desearían los liberales sensibles es una revolución descafeinada, que huelga lo menos posible a revolución.*

Slavoj Žižek.

Luego de haber repasado las discusiones jurídicas vinculadas a la protesta social, relevando la reciente doctrina que propone a la protesta como un derecho, corresponde ahora centrar el análisis entre aquellas tensiones que considero irreductibles entre el discurso del derecho, especialmente, del derecho constitucional, y el fenómeno de la protesta social. En este sentido, la crítica a la protesta como derecho no será presentada contraponiendo lecturas aparentemente opuestas entre autores que, sin embargo, pudieran compartir una matriz discursiva común. Dado que esta discusión se encuentra aún en una etapa preliminar, y en la cual la doctrina se ha ocupado del plano de la fundamentación teórica del derecho a la protesta, la crítica se expondrá también en el plano teórico, mostrando las tensiones que no logran ser resueltas por un discurso jurídico que, al tiempo que da importancia del derecho a protestar, también le otorga amplias facultades a la autoridad para condicionar el resultado de la protesta.

### **1. Dificultades en la elaboración de un derecho a la protesta social**

#### **1.1 Las regulaciones neutrales de la protesta social**

Uno de los dispositivos más destacables de la propuesta de Gargarella, mediante el cual sugiere una compatibilidad de la protesta con el derecho, es el rescate de la *doctrina del tiempo, lugar y modo*, o, *time, place and manner restrictions*. La premisa de la protesta como derecho supone someterla al estándar similar al de otros derechos y, desde luego, examinar cómo un eventual derecho a la protesta puede ser moderado a fin de que su ejercicio no

perturbe derechos de otras personas o valores relevantes jurídicamente. Así, en su texto “*Un diálogo sobre la protesta social y la ley*”, Gargarella rescata la doctrina del tiempo, lugar y modo para retrucar a quienes muestran quejas sobre la forma en que los manifestantes llevan a cabo sus protestas y exigen que estas sean moderadas y razonables<sup>28</sup>; en definitiva, que no perturben los intereses de terceros (Gargarella, 2008: 36). Esta doctrina, asentada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, se ha desarrollado a partir de casos en donde se han presentado conflictos que involucran la colisión de la cláusula de la libertad de expresión, reconocida en la primera enmienda de la Constitución norteamericana, que señala:

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances* (Congreso de los Estados Unidos, 1791).

La Suprema Corte ha determinado que la manifestación social no es sino un derecho expresivo, compatible con la categoría de la libertad de expresión individual y protegida bajo la garantía de la primera enmienda. Para hacer esto posible, ha desarrollado la *doctrina del foro público*, que supone afirmar que la manifestación social no puede ser la materialización de un derecho expresivo individual ilimitado y que debe supeditarse a las regulaciones específicas que tienen los espacios públicos. En este sentido, ha reconocido la facultad de la Administración para establecer regulaciones específicas en torno a la protesta, autorizando al gobierno para exigir a las protestantes condiciones en cuanto al tiempo en que se realiza la

---

<sup>28</sup> Si bien la cuestión de la violencia es un elemento de constante referencia en la reflexión jurídica sobre la protesta social, es necesario señalar que no se aprecia un estudio detallado sobre esta; por el contrario, se la asume como un fenómeno negativo bajo cualquier circunstancia. Aquello es, desde luego, una patente debilidad analítica, pues, a pesar de que el derecho la conciba como ilegítima a todo evento, la sociología ha sido enfática en señalar que la violencia es un fenómeno que no admite ser englobado en una única concepción. Por el contrario, resulta una necesidad estudiarla a partir de los contextos históricos, y, sobre todo, según el tipo de actividad en que esta es utilizada. En este orden de ideas, no es lo mismo decir Golpe de Estado que decir huelga; rebelión que asesinato. Cualquier intención de unificar la violencia a partir de una consideración negativa incondicionada resulta no sólo un sinsentido, sino además una debilidad teórica insalvable. Ahora bien, como advierte González Calleja, el pensamiento jurídico “*examina a la violencia en relación a los criterios normativos vigentes dentro de un grupo social concreto, basados en los valores y creencias asumidos como propios por la mayoría de la comunidad en un momento histórico determinado*”, y es por ello que en el pensamiento jurídico “*la asimilación de violencia con el caos, la anarquía, el desorden, la transgresión, la irracionalidad y la ausencia de normas o de formas sociales ha sido aceptada en ocasiones de manera excesivamente conformista por los estudiosos del fenómeno*” (2017: 37-40)

protesta, a los lugares escogidos para realizarla y a los modos en que esta protesta política se expresa.

Si bien no hay acuerdo al origen de esta doctrina, el caso *Hague v. CIO* ha sido identificado como la punta de lanza a la hora de referirse a la libertad de expresión como protesta social. (O'Neill, 1999: 418). Dicho caso enfrentó a Frank Hague, alcalde de New Jersey durante 1939, con *Committee for Industrial Organization, CIO*, integrada por sindicatos de trabajadores industriales. Hague dictó una ordenanza que prohibía a los trabajadores reunirse en espacios públicos y distribuir panfletos vinculados a su organización. El caso fue conocido por la Suprema Corte de distrito y posteriormente por la Suprema Corte, que falló a favor de los trabajadores, determinando que la ordenanza vulneraba la primera enmienda y el derecho de reunión (*Hague v. CIO*, 1939).

A partir de *Hague v. CIO*, la Suprema Corte resolvió diversos casos en donde colisionaban la libertad de expresión de los ciudadanos con las potestades de la autoridad para mantener el orden público, delineándose una doctrina que es conocida al día de hoy como *time, place and manner restrictions*. Dicho cuerpo de ideas viene a reconocer que la autoridad está facultada para establecer limitaciones a la protesta, entendida esta como materialización de la libertad de expresión, distinguiendo el grado e intensidad de las restricciones admisibles según el lugar en que se desarrolla la manifestación.

Los principios básicos de esta doctrina señalan la idea que la protesta como libertad de expresión debe ser unida a la noción del *public fora*, es decir, los foros públicos que son utilizados para manifestarse y del tipo de propiedad que recae sobre estos foros públicos. Desde luego, una de las cuestiones a menudo omitidas en las lecturas actuales sobre la protesta social, es que la Suprema Corte viene a autorizar las restricciones a la protesta no sólo puesto que reconoce que la libertad de expresión no puede ser ilimitada, sino también en razón de la especial consideración que tiene respecto del impacto de la protesta en aquellos lugares elegidos para dicha actividad, cuestión que pone en relieve la tensión que supone la relación *protesta/propiedad*. Así, la Suprema Corte propuso una distinción tripartita de foros públicos.

En primer lugar, reconoció la existencia de foros públicos o *traditional public fora*, que son sitios tradicionalmente identificados como lugares de reunión y en que se han llevado a cabo mítines para la divulgación de ideas y de expresión en general. Estos foros públicos son espacios tradicionales como plazas, aceras o parques. Lo importante es que la Suprema Corte los ha reconocido como los espacios usuales de reunión y expresión para quienes no tienen acceso a otros canales de expresión y, junto con esto, ha determinado que los gobiernos federales no pueden cerrar estos espacios, pero que pueden establecer regulaciones razonables para su uso: "*may be regulated only via content-neutral time, place, and manner restrictions.*" (O'Neill, 1999: 420). Estas regulaciones neutrales de tiempo, lugar y modo son sometidas al *judicial scrutiny* considerando que, para ser aprobadas judicialmente, deben estar

*Justified without reference to the content of the regulated speech; narrowly tailored to serve a significant governmental interest; and must leave open ample alternative channels for communication of the information*" (Ward v. World Against Racism, 1989).

Estas restricciones usualmente reciben el *scrutiny* más riguroso, toda vez que lo que está en juego, a juicio de la Suprema Corte, es la cláusula de la libertad de expresión de la primera enmienda. Así, en el caso de los foros públicos tradicionales, para que la regulación de tiempo, lugar y modo supere el control judicial esta debe ser neutral, lo que significa que debe ser aplicada equitativamente a todas las expresiones por igual y no puede ser aplicada discrecionalmente a un grupo y a otro no. Además, las restricciones deben servir a un interés gubernamental significativo y, por último, debe dejar abiertos otros canales de comunicación e información.

En los foros públicos limitados o *designated public fora*, las facultades del gobierno para regular son más amplias, pues se trata de lugares que, al mismo tiempo de ser de uso público, han sido dispuestos por el Estado para servir preferentemente a otros fines, tales como los juzgados. Se trata pues, de espacios donde confluyen tanto la libertad de expresión individual y otros fines tan relevantes como ésta. Lo interesante es que la Suprema Corte también ha

entendido que estos lugares pueden ser foros públicos en la medida que la autoridad *los abra* para tal efecto:

*Are places that the government has opened for expressive activity by part or all of the public* (Capitol Square Review and Advisory Bd. vs. Pinette, 1995).

Aquello debería interrogar sobre la razonabilidad de comprender los foros públicos según la voluntad de la autoridad: ¿qué sentido tiene que una protesta, a menudo dirigida en contra de la autoridad, se encuentre supeditada a la voluntad de esta para *abrir lugares a los protestantes*?

Finalmente, en el caso de los foros no-públicos o *Non public fora*, las facultades de regulación son más amplias aún, pues se trata de lugares que existen, en su mayoría, para fines distintos de la libertad de expresión individual. Así, en el caso *Clark v. Community for Creative Non Violence*, la Suprema Corte confirmó una regulación estatal que prohibía acampar en parques nacionales como una forma de expresión que pretendía simbolizar la situación de las personas sin hogar. La regulación federal tenía por objeto proteger el medio ambiente, pues se estimaba que el ejercicio expresivo de los manifestantes a través de sus *campings* producía daños en el parque, de modo que la Suprema Corte estimó que los manifestantes podían ejercer su libertad de expresión en otros lugares, sin que aquello fuese una limitación arbitraria de la libertad de expresión (*Clark v. Community for Creative Non Violence*, 1984).

La doctrina del tiempo, lugar y modo se ha mantenido con buena salud en el debate norteamericano, debido a la importancia sideral de la cláusula de la libertad de expresión en su tradición constitucional (Fiss, 2010: 76). Muchos son los autores que han enfatizado la importancia que ha tenido la cláusula de la libertad de expresión en la historia de los Estados Unidos. Ha sido uno de los principios que han inspirado el desarrollo de un debate público robusto en grandes áreas, que hasta el día de hoy se mantiene como uno de los pilares del sistema constitucional norteamericano. Gargarella recurre a esta gran influencia de la primera enmienda para su propuesta de la protesta social como un derecho; ahora bien, este uso del derecho comparado no es algo simple, especialmente desde la perspectiva metodológica, pues la concepción norteamericana de la libertad de expresión se ha construido en base a la propia historia de dicho país, que desde luego presenta grandes diferencias de los países de



Latinoamérica. El hecho que los sistemas constitucionales latinoamericanos reconozcan la libertad de expresión, no parece ser una causal suficiente para trasladar una comprensión norteamericana de la protesta social para estas realidades contingentes: se pueden tener genuinas dudas respecto de si las instituciones Latinoamericanas actuarían de la misma forma que las estadounidenses frente al conflicto social.

Ahora bien, si se abandona la concepción expresiva de la protesta, y se observan los puntos nodales de la acción colectiva de protesta social descrita por la sociología, podrá advertirse que, generalmente, la protesta se articula al margen de las posibilidades que el sistema institucional entrega y, al mismo tiempo, prescinde de las categorías prefiguradas por el derecho. Ella pretende ser una acción con una finalidad política que se desenvuelve estratégicamente presionando a la autoridad con el objeto de alcanzar su cometido.

*El cambio social, la creación-recreación del lazo social, no necesita ni articulación-centralización ni unificación. Más aún, el cambio social emancipatorio va a contrapelo del tipo de articulación que se propone desde el Estado-academia-partidos (Zibechi, 2007: 161).*

Es en este punto donde la doctrina de tiempo, lugar y modo entra aún más en tensión: si la protesta social se articula en contra de la autoridad, ¿cómo podría aceptarse que sea esa propia autoridad que fije no sólo los límites de la protesta, sino también las maneras en que esta debe expresarse? Desde luego, a esta interrogante podría responderse arguyendo que la doctrina del tiempo, lugar y modo tiene por objeto juzgar la proporcionalidad de las restricciones dispuestas por la autoridad más que las limitaciones impuestas a los protestantes. Sin embargo, por razonables que sean las limitaciones, existe un conflicto de difícil resolución si se acepta que la autoridad puede regular, aunque sea del modo menos intrusivo, una protesta dirigida precisamente en contra de ella. Lo que hay, entonces, es una cuestión de teoría política más sustantiva: el doble compromiso en el corazón del constitucionalismo que reconoce, por un lado, el ideal de autodeterminación colectiva y de resistencia a la autoridad como tradiciones vivas en el ideario constitucional, y, por otro, el interés de servir a la estabilidad de la autoridad como único camino posible de organización política.

Ahora bien, si sólo cabe reconocer a la protesta como libertad de expresión, aquello debería implicar dos cuestiones: 1. si la protesta es libertad de expresión, la autoridad no debería sentirse presionada o incómoda por el ejercicio de ella y, 2. al mismo tiempo, los manifestantes tampoco deberían sentirse agraviados por restricciones a su protesta si para ellos quedan abiertos otros canales para que puedan expresar sus consignas. Como se ve, el discurso constitucional, fiel a este doble compromiso, ofrece una salida en que ambas partes deberían sentirse ganadoras: una parte mantiene el orden y la otra parte puede expresarse. Puede advertirse en esta salida, una solución ficticia que contribuye a mantener viva la tensión entre protesta y constitución, pues no es del todo cierto que los ciudadanos se conformen sólo con expresarse. Sin embargo, si se avanza en comprender a la protesta como una forma desintitucionalizada de política, que pretende articular una práctica de resistencia contrahegemónica frente a las injusticias estructurales sostenidas, entre otros pilares, por el sistema constitucional, podrá advertirse que la categoría de la libertad de expresión resulta insuficiente para explicar este fenómeno social. En otras palabras, lo crucial del acto de protesta no es expresar, sino incomodar, y no a los conciudadanos, sino a la autoridad. Aquello puede observarse si se analizan las tácticas disruptivas de protesta, cuya finalidad es presionar a la autoridad con el objeto que se vea obligada a tomar decisiones (Lorenzo Cadarso, 2001: 167).

Si se examinan las protestas sociales de los últimos años en Chile que han revitalizado el debate público y han forzado a la autoridad a hacerse cargo de medidas urgentes, podrá verse que buena parte de ellas han sido acciones radicales y contenciosas, que difícilmente gozarían de la protección semejante a la primera enmienda, tales como tomas de escuelas y universidades, huelgas de hambre en recintos penitenciarios, paralización de servicios públicos, entre otras. Así, en el año 2006, cuando se llevó a cabo la denominada *Revolución Pingüina*, las formas más usuales de acción fueron sucesivas protestas estudiantiles, mediante *paros* y *tomas* de escuelas públicas y privadas; tal fue el impacto de dichas protestas que causaron la salida del Ministro de Educación de la época y motivaron el inicio de un álgido debate sobre el sistema de educación que se extiende hasta nuestros días. En este sentido, cabría preguntarse *i.* sobre el impacto y efectividad de aquellas protestas si hubiesen estado sujetas y controladas a las regulaciones de tiempo, lugar y modo, y *ii.* si hubiese sido protegida una libertad de expresión que se materializa en una toma de un establecimiento

educacional durante cinco meses, o en sucesivas marchas semanales en horario punta en el centro de las ciudades. Desde luego, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos ya había dado respuesta a esta interrogante en el caso *Cox v. Louisiana*:

*Nor could one, contrary to traffic regulations, insist upon a street meeting in the middle of Times Square at the rush hour as a form of freedom of speech or assembly (Cox vs. Louisiana, 1965).*

En otro caso más reciente, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió un conflicto suscitado entre la Municipalidad de Santiago y un grupo de apoderados del Instituto Nacional, quienes interpusieron una acción de protección con el objeto de impugnar un protocolo de movilización acordado entre un grupo de estudiantes movilizados y la autoridad de la comuna de Santiago, cuyo objeto era fijar reglas y criterios para la protesta estudiantil, en lo relativo al desarrollo de paros y tomas como forma de protesta. La Corte de Santiago acogió el recurso, razonando sobre los límites de la libertad de expresión:

*En un Estado de Derecho como el que rige en nuestro país la libertad de expresión está garantizada, pero como todo derecho tiene límites, resultando obvio que en uso de ella no se puede imponer medidas de fuerza sino que debe canalizarse por otros medios en ejercicio de esa y otras garantías que el orden institucional permite; así en ejercicio de la libertad de reunión los estudiantes pueden organizar marchas y jornadas de reflexión, en uso del derecho de opinión hacer declaraciones públicas, en ejercicio del derecho de petición formular demandas estudiantiles a la autoridad, etc., pero nunca recurrir a actos de fuerza que no pueden tener lugar en una sociedad democrática que se precie de tal (Llaguel Figueroa Carlos y otros con Ilustre Municipalidad de Santiago y otros, 2014).*

Sin perjuicio de todas las objeciones que podrían hacerse a la forma como la Corte de Apelaciones de Santiago comprende la libertad de expresión, es necesario hacer notar que ella, al tiempo que repugna la toma como forma de protesta, también ofrece canales alternativos y propone formas y modos para el ejercicio de la libertad de expresión. Así, resulta paradójico que, en uno de los fallos más conservadores del último tiempo, se recoja

la doctrina más progresista del debate constitucional sobre la protesta, como es la doctrina del tiempo, lugar y modo. Más aún, si se examina de cerca este caso, podemos ver como el motivo del conflicto es precisamente la existencia de lo que pretende ser una *regulación neutral de la protesta*, como lo es un protocolo entre la autoridad y los estudiantes que fija criterios para el desarrollo de la protesta estudiantil. Lo paradójico, entonces, es que una *regulación neutral de la protesta* modelada desde la sede jurisdiccional ofreció mayores perspectivas para la neutralización del conflicto que garantías para los sujetos movilizados.

Si se piensa de un modo más suspicaz, puede advertirse que la doctrina de la regulación neutral de la protesta, que ha sido defendida como una herramienta para la protección de la protesta, opera al mismo tiempo como un instrumento efectivo para neutralización de la misma, al repugnar las formas más intensas de movilización, sustrayéndoles el reconocimiento y dejando sólo aquellas que se desenvuelven a través de medios más moderados frente a la autoridad.

Sería útil preguntarse, entonces, cuál es la efectividad de una protesta que siempre se desenvuelve de forma moderada con la finalidad de ser compatible con el estándar jurídico de las regulaciones de tiempo, lugar y modo; dicho de otra forma, si los modos, tiempos y lugares de la protesta no logran *incomodar* a la autoridad, ¿tendría la protesta la capacidad suficiente para alcanzar la satisfacción de necesidades sociales que se estiman urgentes y que dependen, precisamente, de la voluntad política del gobernante?

Si la concepción norteamericana de la libertad de expresión fuese trasladada a este país, y las formas locales de protesta quedasen sometidas a estándares judiciales o regulaciones administrativas, hay buenas razones para pensar que la protesta se transformaría en un ejercicio testimonial, cuyo uso sólo serviría para vehicular la libertad de expresión y confiar en el *responsiveness* de la autoridad.

Lo anterior ya ha sido advertido en la sociología del conflicto mediante el estudio de las *tácticas disruptivas*, que reflexiona sobre la utilidad y beneficio que representa, para los sujetos movilizados, el respeto a los marcos legales e institucionales fijados por la autoridad:

*Los últimos estudios sobre las estrategias de lucha de los movimientos sociales, centrados en el periodo contemporáneo, han demostrado cómo el empleo de tácticas disruptivas, provocadoras, que renuncian a seguir los cauces legales o éticamente establecidos resultan beneficiosas a menudo para el movimiento, entre otras, por las siguientes razones:*

- a. La existencia de un ala radical dentro del movimiento, que ejecuta este tipo de tácticas, mejora la imagen de los sectores moderados del mismo y fomenta actitudes negociadoras de las autoridades hacia ellos. Se produce, además, un desplazamiento general de las bases del conflicto hasta punto que, en origen, hubiesen sido considerados como radicales incluso por sectores mayoritarios del movimiento.*
- b. Las formas de lucha ilegales focalizan la atención de las autoridades, de la opinión pública y de los medios de comunicación hacia la movilización, obligando a las autoridades a tomar decisiones al respecto e introduciendo los problemas que han provocado la movilización entre los asuntos de debate público. Evidentemente, éste es más un fenómeno contemporáneo que un concepto susceptible de aplicarse de manera generalizada (Lorenzo Cadarso, 2001: 166).*

A mayor abundamiento sobre las tácticas disruptivas y su relación la violencia, conviene tener presente lo señalado por González Calleja cuando afirma que esta última es relacional, en el sentido que busca forzar la modificación de un comportamiento; *“la violencia es un modo de interlocución que, a veces, resulta ser la única alternativa posible ante la oclusión de otros medios menos destructivos de relación mutua”* (2017: 34).

La realidad y formas de protesta latinoamericanas no pueden ser fácilmente homologadas a la historia política de los Estados Unidos y sus formas jurídicas. Desde 1803, el sistema de *judicial review* norteamericano permite, a cualquier persona, reclamar la inconstitucionalidad de una ley, lo que en un sistema judicial de precedentes dota a las sentencias de una importancia política mucho mayor que en el sistema chileno, en donde las sentencias, además de tener ordinariamente efectos *inter partes*, no son vinculantes para otros tribunales ni para

futuras decisiones. Las movilizaciones de protesta en Estados Unidos a menudo han sido acompañadas por acciones judiciales que han permitido derogar leyes que producen los efectos que Gargarella señala como propios de la *alienación legal*. En Chile, por el contrario, aquello no es posible, puesto que la derogación de una ley vigente no es resorte de la jurisdicción constitucional, salvo en casos muy excepcionales. Es decir, esos canales de participación utilizados por la jurisprudencia y doctrina norteamericana para defender la idea de la protesta supeditada al derecho, no existen en este país. De este modo, cualquier posibilidad de una *protesta juridificada* sería funcional a los efectos de la incomunicación institucional que ha sido denunciada por Gargarella, en la medida que, al desbordar los estándares de la protesta regulada, los grupos vulnerables serían rápidamente acallados.

Seguidamente, es necesario preguntarse sobre la legitimación jurídica para definir las regulaciones de tiempo, lugar y modo. ¿Quién define cuál es el lugar, modo y tiempo correcto para la protesta? Nuevamente la interrogante presenta dos salidas opuestas, pues la autoridad querrá siempre una protesta que no genere problemas y pueda ser rápidamente controlada; por otro lado, los grupos movilizados querrían formas y acciones de protesta que puedan hacer frente al control estatal y que mejor sirvan para presionar a la autoridad, tales como las tácticas disruptivas a las que se hizo referencia.

Adicionalmente, si se sigue la premisa norteamericana de que la autoridad administrativa puede imponer medidas para limitar la libertad de expresión tratándose en el marco de una protesta, debe considerarse la constitucionalidad de una regulación de esa naturaleza, que podría llegar a configurar una *censura previa*, incompatible con el mandato constitucional del artículo 19 N° 12. Ahora bien, en términos teóricos, la idea de que la protesta sea modelada por la autoridad, no se aviene al hecho de que, a menudo, la protesta se dirige precisamente en contra de la autoridad. La única forma de que cobre sentido es, como ya se señaló, que la protesta sea una forma de libertad de expresión que no incomode a la autoridad y que los protestantes acepten que, únicamente, su derecho a protestar es meramente expresivo.

Aunque la propuesta de Gargarella es pionera en una comprensión afable sobre el fenómeno social de la protesta, esta también tensiona la propia garantía de la movilización social. En

efecto, la doctrina del tiempo, lugar y modo, que Gargarella rescata de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, introduce un problema hasta ahora no advertido: aun cuando se proponga la comprensión de la protesta a partir del lenguaje de los derechos y, en particular, de sus límites, el efecto es perjudicial para la protesta social, puesto que la sola idea de una protesta sujeta, supeditada o eventualmente juzgada conforme a algún estándar jurídico, es una *protesta juridificada* y, por tanto, susceptible de ser neutralizada por la autoridad facultada para la aplicación del derecho.

En este sentido, cabría preguntarse de qué forma la doctrina del tiempo, lugar y modo puede ser presentada en la configuración del derecho a la protesta social. Frente a esta interrogante hay, a lo menos, tres posibilidades: 1. como una herramienta de decisión judicial, en términos similares de *Hague v. CIO*, es decir, que juzgue la proporcionalidad de las regulaciones estatales a la protesta; 2. como un eventual criterio de regulación normativa que le entregue contenido al derecho a protestar y, en particular, que proponga limitaciones al derecho a protestar; y 3. como una herramienta para juzgar una especie de deber correlativo del derecho a protestar, por el cual quienes se articulan para manifestarse deben hacerlo siempre respetando los límites impuestos por el derecho.

## **1.2 La resistencia a la juridificación**

Si bien es patente la gran diversidad de formas y expresiones de protesta social a lo largo de la historia, puede reconocerse que un denominador común en ellas es la idea de la *desinstitucionalización de sus formas*, es decir, puede reconocerse como protesta en tanto actúa con libertad de la institucionalidad estatal y jurídica. Esto ha sido así puesto que las formas institucionales a menudo implican restricciones y condicionan resultados, todo ello, radicalmente opuesto a la propia elasticidad y diversidad de movilizaciones que caracterizan a la protesta. Por esto, cabe preguntarse si la misma herramienta que ha servido para mostrar la cara *más tolerante* del derecho frente a la protesta social (la doctrina del tiempo, lugar y modo) no es también la más útil para su juridificación. Se advierten, entonces, dos caras de una misma moneda: el derecho a protestar como parte del andamiaje constitucional, por un lado, y la protesta juridificada y neutralizada por este mismo andamiaje, por el otro.

Esta contradicción presenta un inconveniente difícil de resolver, al evidenciar las justificaciones políticas más profundas de la protesta social: ¿qué es lo que se hace cuando se protesta? ¿puede la sociedad sentirse políticamente motivada de la misma forma cuando protesta que cuando se participa de un procedimiento administrativo? La doctrina constitucional más reciente invita a pensar el derecho a la protesta tanto desde la participación ciudadana, en una comprensión democrática amplia, como desde el *responsiveness* de la autoridad<sup>29</sup>. Sin embargo, la protesta social reclama ser algo distinto, que no se desenvuelve mediante plazos, requisitos y legitimaciones activas; ella encarna, en cierta forma, lo que Horacio González denominaba la *resistencia al derecho*. La protesta es protesta, precisamente porque se resiste a las categorías jurídicas que higienizan lo político y que fijan fronteras entre lo aceptable y lo inaceptable. La emergencia de un afán regulador de la protesta, entonces, puede explicarse de la siguiente forma:

*Puede invocarse el derecho como la raíz misma de la civilización si se entiende ésta como la conjura del acto sin nombre. El derecho pone los nombres cabales; no los nombres que surgen de la dubitación de los hablantes cotidianos (...) En verdad, la trama del derecho siempre está a la espera de un hecho que puede ser atraído a modo de caso singular, subsumido con estricta inmediatez. Esta inmediatez revela que todo acto existencial ordinario goza de una libertad rústica relativa o inconsciente hasta que pueda entrar en la malla del derecho (González, 2005: 117).*

González reconoce que la emergencia de categorías jurídicas para nombrar los actos humanos, permite al sistema jurídico *darles vida* a estos fenómenos, no en el sentido de nutrirlos u oxigenarlos, sino en el sentido de afirmar que antes del derecho el acto sólo aparece como incierto o nebuloso. Así, se afirma que una institución *ha nacido a la vida del derecho* cuando un fenómeno social adquiere la importancia suficiente para ser nombrado y regulado por el derecho. Algo similar ocurre con la protesta social, antes de las reflexiones que proponen reconocerla como un derecho, ella era vista como un acto nebuloso, del que a

---

<sup>29</sup> Lovera en este punto afirma que: “En las avenidas políticas existe la posibilidad de considerar las propuestas de la ciudadanía (una y otra vez) “desde cero”, lo que es crucial para reclamos de grupos marginados que quieren llamar la atención sobre sus demandas desoídas.” (2014: 26)



veces se sospechaba hasta insurrección. Hoy, en cambio, la protesta se propone como un fenómeno no sólo compatible con el constitucionalismo, sino que compartiendo sus principios políticos elementales. Este acercamiento al constitucionalismo, producido por la reflexión *que la nombra como derecho*, tiene una consecuencia inevitable: la restricción de sus posibilidades y el condicionamiento de sus resultados según el criterio del tiempo, lugar y modo, como un criterio jurídico de regulación de un derecho fundamental. Aquello invita a pensar, entonces, si acaso la protesta en tanto acción *no institucional*, junto a las finalidades políticas específicas que persigue, pretende resistirse a la categorización jurídica de los actos políticos tan propia de nuestras democracias liberales contemporáneas; aquello que González propone como resistir al derecho:

*Cuando surge la necesidad de resistir a esa red de palabras normalizadas, aun admitiendo que permiten la utopía del vivir común, encontramos el sentimiento de resistencia al derecho. La verdadera opresión (2005: 120).*

Todo aquello, sumado a la adopción de patrones disruptivos por los movimientos sociales, mediante los cuales intencionadamente se rechaza el cauce legal, permite inferir que la resistencia a la juridificación no sólo es algo aspirado por los grupos en conflicto, sino totalmente necesario para los fines de la movilización.

### **1.3 Lo individual y lo colectivo en el derecho a la protesta**

Uno de los campos en que el discurso liberal ha devenido en hegemónico es el de los derechos fundamentales. En la actualidad es un hecho notorio que las discusiones más sofisticadas en teoría de los derechos constitucionales recogen una diversidad de reflexiones morales y políticas de cuño liberal; ello no sólo puede constatarse en la literatura especializada, sino también en los órganos oficiales, mediante sentencias y declaraciones que reafirman esta matriz política como la única posible para la democracia actual. Aquello, sin embargo, no es del todo feliz, ya que esta reflexión hegemónica ha puesto énfasis en lo individual a la hora de pensar el discurso de los derechos, lo que para el caso de la protesta, presenta algunos inconvenientes.

El basamento teórico más contundente del derecho a la protesta social ha sido proporcionado por el rescate de la libertad de expresión norteamericana. Este rescate reafirma la dimensión individual del ejercicio expresivo como parte del núcleo central de la tesis del derecho a protestar, prescindiendo de la dimensión colectiva que envuelve toda protesta. Aquello puede inferirse del total abandono del derecho de reunión como parte del discurso del derecho a protestar, a pesar de que este sea constantemente mencionado como uno de los elementos que integran el binomio del derecho a la protesta; la razón de este abandono puede explicarse, en parte, por la dificultad del liberalismo de comprender lo *relacional asociativo*<sup>30</sup> que implican las acciones de protesta, donde los patrones compartidos y las decisiones colectivas no han formado parte de la reflexión liberal, reconduciendo todo lo políticamente relevante al ámbito individual del sujeto titular de derechos. Así, la protesta social en la doctrina norteamericana, no es más que suma de individuos titulares de derechos, sin ninguna consideración sobre los lazos y responsabilidades comunes, sin reparar en orgánicas construidas mancomunadamente y, desde luego, olvidando que la finalidad de la protesta se verifica colectivamente<sup>31</sup>. Aquello ha llevado a autores afines a la comprensión norteamericana a afirmar que la protesta puede merecer un trato afable al mismo tiempo que es posible separar sujetos de ella para castigarlos individualmente:

*El reproche particular a quien comete un delito específico (acto de violencia contra el empleador, la agresión a un transeúnte) no debe convertirse –como suele ocurrir en nuestro derecho- en una excusa para socavar el ejercicio del*

---

<sup>30</sup> A este respecto remitirse a lo expresado en el primer capítulo de esta tesis, en lo relativo a la lectura de Chantal Mouffe sobre la construcción de política de antagonismos basada en el reconocimiento de un exterior constitutivo, es decir, en la formación de identidades políticas adversariales que sólo pueden reconocerse como tal en la medida que se distinguen de un opositor.

<sup>31</sup> Lo colectivo involucrado en la finalidad de la protesta puede advertirse desde su composición social hasta sus objetivos y demandas involucradas. Es necesario señalar que toda protesta social es un acto colectivo en la medida que permite un espacio en que el grupo movilizado puede reflexionar sobre su realidad y el contexto en que está inmerso, esto puede observarse en formas usuales de movilización como las jornadas de reflexión al interior de establecimientos educacionales o asambleas de estudiantes o trabajadores que deliberan mancomunadamente, propendiendo a la horizontalidad en la reflexión política. Como señala Lorenzo Cadarso, a propósito de la hipótesis que sostiene en el desarrollo de un movimiento social, lo táctico predomina por sobre lo ideológico, existe un proceso que explica “*que todo conflicto, su dinámica y la movilización social que implica, provoca una reinterpretación de la realidad social y de las ideas políticas preexistentes en tono contencioso, generando o inventando su propio marco interpretativo de la realidad y su particular autoidentificación ética e ideológica. Al ser el conflicto un proceso dinámico, las percepciones del grupo tienden a evolucionar y, en su caso, a diversificarse según el grado y la forma del compromiso de cada sector con el movimiento*” (2001: 148)

*derecho constitucional principal entonces en juego (la huelga, la protesta)*  
(Gargarella, 2007: 56)

A pesar de las buenas intenciones de este liberalismo progresista, aquella reflexión no puede presentarse sin estar situada en la facticidad de toda protesta, lejos de la comprensión norteamericana, la protesta no suele ser la mera suma espontánea de individuos, ella ha sido descrita como una acción colectiva con orgánica y patrones de movilización que dependen, precisamente, de lo colectivo. La correlación de fuerzas de toda protesta es aquello que permite generar un poder suficiente para alcanzar las metas comunes, y ello no depende necesariamente de las decisiones individuales, sino más bien de las decisiones compartidas propias de la estrategia común. Aquello ha sido relevado mediante la distinción de *grupos comunitarios* y *grupos asociativos* a la hora de estudiar el conflicto social, en los términos que lo presenta Lorenzo Cadarso:

*Los grupos comunitarios se caracterizan por la existencia de lazos de sociabilidad de tipo emotivo y entre ellos, sin descartar la existencia de intereses compartidos, priman como elementos aglutinadores sentimientos tales como las relaciones afectivas, la confianza mutua, etc. El ejemplo más acabado de grupo comunitario sería la familia o, en general, los grupos conformados por relaciones familiares o de dependencia clientelar.”*

*“Los grupos asociativos son aquellos en los que prima la coincidencia de intereses, bien por compartir determinados referentes ideológicos –un partido político o una religión, por ejemplo- o simples aficiones –los hinchas de un equipo de fútbol, por ejemplo-, bien por pertenecer a un mismo grupo de status o socioprofesional –un sindicato, por ejemplo- (2001: 128).*

Así, parece que la propuesta de Gargarella de tratar individualmente a cada protestante de ser jurídicamente responsable, se acerca a autores que proponen estudiar la elección racional de cada individuo en el momento del conflicto. En esta teoría, la cuestión individual es la unidad básica para analizar el conflicto, ya que lo crucial son los intereses personales de cada sujeto y las decisiones conscientemente asumidas por ellos. Sin embargo, a pesar de los intereses individuales que puedan motivar a un sujeto a involucrarse en una protesta, aquello queda

eclipsado por la idea que las movilizaciones de protesta se articulan en torno a *repertorios de ejercicio colectivo*, cuya utilidad responde esencialmente a la idea de individuos organizados y no meramente aglutinados.

*Estos repertorios tácticos de acción colectiva hacen una serie importante de contribuciones al éxito de la movilización y a su eficacia táctica de cara a interactuar con las autoridades u otros grupos:*

- 1. Su dinámica es perfectamente conocida por los actores del conflicto, por los participantes en la acción colectiva y por las autoridades u oponentes del movimiento, lo cual permite una correcta interpretación de su desarrollo, evitando respuestas desproporcionadas, basadas en malentendidos, que provocarían violencias innecesarias.*
- 2. Facilitan la organización de los actos de protesta a grupos carentes de sistemas disciplinarios rígidos o sin experiencia en acciones similares y a grandes organizaciones que promueven actos multitudinarios.*
- 3. El hecho de que sean prácticas conocidas y ya expresadas les otorga, en cierta medida al menos, una sanción ética positiva –incluso, diversos niveles de tolerancia por las autoridades- y ofrecen a los particulares un alto grado de seguridad personal al reducirse la incertidumbre que toda protesta pública genera.*
- 4. Remiten –o pueden hacerlo-, a un nivel emotivo, a toda una serie de recuerdos más o menos mitificados por la memoria histórica del grupo acerca de acciones similares anteriores. (Lorenzo, 2001: 162)*

La idea de la separación individual del manifestante en aras de la persecución de responsabilidad jurídica propuesta por Gargarella, desconoce que la composición de los grupos movilizados a menudo presentan jerarquías internas o, a lo menos, ciertos grados de consenso y legitimidad en torno a uno o varios individuos que, en razón de su identidad o las responsabilidades que encarnan respecto del colectivo movilizado, pudieren representar la mayor de las importancias para la protesta. En otras palabras, si estos individuos fueren separados no hay forma en que la protesta no se vea afectada; véase que una vez más la

propuesta jurídica progresista es tentadora *-castigar al violento, respaldar al pacífico-*, pero también acarrea una consecuencia política hasta el momento no admitida. Del mismo modo que los dirigentes sindicales gozan de un fuero que permite balancear las relaciones de poder del empleador, precisamente en razón de su rol de representación de los trabajadores frente a la empresa, en la protesta también se presentan jerarquías internas y responsabilidades en relación al colectivo movilizado, de modo que la idea de tratar a todos los protestantes separadamente no sólo implica una comprensión desmedidamente individual sobre los movimientos sociales, sino una debilidad del derecho para relacionarse con el fenómeno de la protesta social.

Esta debilidad bien puede explicarse a partir de los conceptos más elementales del constitucionalismo y del discurso de los derechos. La propuesta del derecho a protestar parece estar construida sobre dos niveles: uno que podría identificarse como *las razones para protestar*, y el otro, que podría mencionarse como *el concepto jurídico del acto de protesta*. En el primer caso, Gargarella parece aludir a consideraciones que ponen énfasis en *lo colectivo*, tales como: la situación de injusticia estructural que padecen ciertos grupos, la incomunicación institucional de esos grupos en la toma de decisiones y los escasos canales de difusión de información para dichos grupos. En suma, se habla de razones para protestar sobre la idea de una necesidad compartida por un conjunto de individuos para solucionar sus padecimientos, y que no ha sido posible obtener mediante los canales de participación política formal.

*Lo que importa, en definitiva, es que los grupos más desaventajados puedan tornar visibles sus demandas, de forma de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas* (Gargarella, 2015: 35).

En cambio, en el segundo nivel, a la hora de protestar la noción colectiva se modifica y se reafirma la dimensión individual para la comprensión jurídica del acto de protesta, al identificarse la libertad de expresión individual de la primera enmienda como el núcleo del derecho, como ya se ha dicho. Estos dos niveles, el colectivo y el individual, tienden a cruzarse en una vinculación que no parece encajar del todo, en donde a veces la colectividad es leída como la mera agrupación de individuos para los fines de la protesta, y en otros, lo

colectivo es el parangón para juzgar la neutralidad de las regulaciones de la protesta, como por ejemplo el estándar de que las regulaciones de la protesta deben ser aplicadas uniformemente a todos los *grupos*.

Así, la cuestión *individual/colectiva* en el núcleo del derecho a la protesta parece generar una confusión que opera en la idea misma de un derecho subjetivo a protestar. Pues, siguiendo Cruz Parceró, bien podrían acá mencionarse las cuestiones *ético-filosóficas* y las *jurídico-dogmáticas* que están presentes en todo derecho subjetivo. Respecto a las primeras se ha puesto énfasis en argüir a favor de las razones colectivas para un derecho a la protesta, pero en cuanto a las segundas se ha delimitado jurisprudencialmente un derecho con conceptos y discursos propios de la titularidad y ejercicio individual del derecho. Lo que está por verse, entonces, es si puede avanzarse en el diseño de un derecho a protestar ejercido asociativa y colectivamente, y si ello implica modificar la doctrina de la libertad expresiva individual, al mostrarse esta insuficiente para significar una actividad que reclama ser más que el mero aglutinamiento de individuos.

La teoría constitucional se ha desarrollado durante largos años sobre la premisa de que los derechos fundamentales pueden ser comprendidos a partir de la estructura de un derecho subjetivo. Bajo esta categoría un sujeto está facultado jurídicamente para requerir de otro una determinada conducta, de modo tal que dicha conducta constituye el contenido del derecho del sujeto titular. Así, es dable comprender que la misma estructura lógica se siga cuando se trata de la provisión de un derecho constitucional como podría ser el acceso a la información pública, en virtud de cual, el *sujeto A*, el ciudadano, puede requerir del *sujeto B*, el Estado, que se comporte en el *modo C*, entregando los antecedentes e informaciones que obren en su poder cuando sean requeridos. Esto plantea una dificultad mayor en lo referido a la protesta: si la sociología política ha mostrado que las protestas se desenvuelven con particularidades que las hacen únicas y totalmente distinguibles entre sí, ¿cómo podrían ellas ser encapsuladas en una única forma jurídica, el derecho subjetivo, para operar frente al derecho? ¿Quién sería el titular del derecho a la protesta? ¿Quién es el destinatario? ¿Cuál es el contenido del derecho a protestar? Nótese que si se acepta la descripción de la protesta como libertad de expresión estas interrogantes pueden ser rápidamente contestadas: el ciudadano sería el titular, el destinatario sería el Estado, que no podría establecer restricciones arbitrarias a la

expresión, y el contenido sería la descripción formal de la libertad de expresión individual que ha hecho la doctrina.

¿Parece ser esto un significado idóneo? Desde luego que las protestas no se ejercen siempre por los mismos sujetos, no se dirigen siempre contra el mismo destinatario y no persiguen siempre la misma finalidad. Se trata pues, de una actividad que difícilmente podría encapsularse en la descripción formal de la libertad de expresión que el liberalismo jurídico ha propuesto. Salvo que, como ya se ha prevenido, el derecho acepte a la protesta como una categoría jurídica que constituye una mera derivación de la libertad expresiva. Nótese que estas preguntas se vuelven más complejas cuando se trata un derecho subjetivo ejercido de forma colectiva. Aquello no implica tratar de forzar un concepto, sino acercar la idea de un derecho subjetivo a los términos en que los estudios especializados ya analizados han caracterizado a la protesta: como una actividad política que se ejerce mancomunadamente por un conjunto de individuos, siguiendo repertorios estratégicos de movilización política.

Se ha dicho que los derechos subjetivos son ejercidos individualmente, es decir, por individuos, aquello implica excluir de la premisa una titularidad o ejercicio por otra entidad o forma jurídica, aunque hay autores que aceptan el ejercicio de estos derechos por personas ficticias, como podrían ser corporaciones o asociaciones. Así, como señala Cruz Parceró:

*Para la gran mayoría de los teóricos liberales, el único titular de derechos es el individuo y, por tanto, todo tipo de derechos es individual. El problema que se presenta si se adopta esta posición es el explicar entonces la adscripción de derechos a entidades como las corporaciones, universidades, empresas, sindicatos y todo tipo de asociaciones incluido el Estado. La respuesta que han dado los teóricos del Derecho consiste en recurrir a una serie de teorías que distinguen entre personas físicas y personas jurídicas o morales. En estas teorías, los grupos, sociedades, comunidades, etc., son vistos como una persona individual (2007: 110).*

En el caso de la protesta sería difícil imaginar que un colectivo movilizado pueda asumir la forma de una persona ficticia de derecho, puesto que la emergencia de estos grupos es distinta a la manera en que surgen normalmente las personas jurídicas, las que se constituyen frente

a la autoridad en virtud de la ley y se toma conocimiento de su estructura, composición y objeto. Por el contrario, en el caso de los movimientos sociales, “*no se trata de actores que pretendan tener una presencia permanente en el sistema, ni participar directamente en el proceso electoral o en administrar por su cuenta el poder político*” (Mujica, 2014:115).

Es tal el grado de abstracción verificada en la reunión del colectivo que autores como Judith Butler han planteado la reunión de individuos en protesta como una actividad performativa que simboliza directamente la idea de un cuerpo político escindido de las estructuras políticas formales, que se expresa como una muestra de la sociedad política soberana que valida las instituciones y, desde luego, al derecho.

*Se desprende de tal noción que los cuerpos reunidos para afirmar su existencia plural están ya autodesignándose y ejercitando la soberanía popular, prestando o retirando su apoyo, declarando su independencia de los regímenes cuya legitimidad depende de ello. El performativo se encuentra así fuera del poder electoral al mismo tiempo que funciona como su legitimación* (Butler, 2014: 47).

La cuestión de lo colectivo involucrado en el derecho a la protesta también podría pensarse a propósito del objeto del derecho, y si los bienes jurídicos involucrados en este derecho son *colectivizables*. Al respecto Cruz Parceró, tomando la reflexión de Joshep Raz, entrega algunas pautas:

*Un derecho colectivo existe cuando se dan las siguientes tres condiciones. Primera, existe porque un aspecto del interés de los seres humanos justifica sostener que alguna(s) persona(s) esté(n) sujeta(s) a un deber. Segunda, los intereses en cuestión son los intereses de los individuos en tanto miembros de un grupo en un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve a sus intereses como miembros del grupo. Tercera, el interés de ningún miembro del grupo en el bien público es suficiente por sí mismo para justificar mantener que otra persona esté sujeta a un deber* (2007: 114).

La propuesta de Raz resulta muy difícil de ser aplicada al derecho a protestar, toda vez que las cuestiones de conflictividad y las formas contenciosas de movilización no se han



presentado por el discurso constitucional como formas *admisibles* del ejercicio del derecho a la protesta. Sumado a lo anterior, la idea del *interés de un individuo en un grupo respecto de un bien público*, tal como es descrito, es una cuestión que, en el caso de la protesta social, resulta variable, toda vez que en una protesta pueden confluír una diversidad de grupos e intereses que hagan difícil su unificación en un único grupo e interés. Además, la noción de *bien público*, tratándose de la protesta, es un concepto aún más difícil, pues si se atiende a los estudios especializados la protesta podría perseguir los mismos *bienes* que la política institucional, y que podrían ser la profundización democrática, la satisfacción de una necesidad social urgente o el intento de balancear un poder desbordado. En suma, la protesta social, en tanto actividad política de grupos sociales transitorios, se presenta como un ejercicio colectivo muy distinto al que realiza, por ejemplo, un grupo étnico que reclama de un Estado el reconocimiento oficial de sus símbolos identitarios o la garantía de intervenir, mediante un derecho colectivo a la consulta indígena, en políticas públicas que pudieran afectarles.

Podría argüirse que la construcción jurisprudencial de la protesta social ha tenido a la vista que la expresión verificada en los *foros públicos* podría ser ese bien público colectivo al que Raz hace referencia, pero aquello es del todo insuficiente si se observa la diversidad de fenómenos de protesta y las pretensiones de los colectivos movilizados en cada una de ellas, en donde el uso del espacio público no es una finalidad, sino una necesidad sobre espacios que permitan la visibilización del acto de protesta. En último término debe llegarse en algún momento a reconocer que muchas veces los modos y fines de la protesta social pretenden la impugnación a la autoridad como parte de la lucha reivindicativa<sup>32</sup>. Aquello, desde luego, escapa cualquier consideración propia de la teoría del derecho sobre la identidad y límites de un objeto en un derecho subjetivo.

---

<sup>32</sup> Aquello no sólo puede verse sólo mediante las prácticas disruptivas, sino como la característica constitutiva de ciertas protestas sociales que se levantan, precisamente, buscando impugnar a los gobernantes, tratando generar climas y situaciones políticas que tiendan a debilitar a la autoridad frente a la sociedad. Ejemplos de protesta de este tipo son variados, entre ellos: las Jornadas de Protesta Nacional en contra la dictadura de Augusto Pinochet, entre 1982 a 1986, en Chile; el Cacerolazo de 2001, con el lema “¡Qué se vayan todos!”, en Argentina; la protesta nacional Boliviana del año 2012, en contra del gobierno de Evo Morales; las protestas del Movimiento de los Indignados del año 2011, en Madrid.

#### **1.4 Libertad de expresión como significado de la protesta: ¿un concepto suficiente?**

Es un hecho notorio que cuando se habla de protesta también se habla de libertad de expresión, aquello es, en cierta medida, una vinculación adecuada. Sería tremendamente ingenuo y argumentativamente deficiente decir que protestar no implica una manifestación de la libertad de expresión. En efecto, toda protesta social se articula en los modos expresivos más diversos, desde formas tan típicas como la exclamación consignas políticas hasta algunas más contemporáneas, como las representaciones performativas. Es notoria la presencia del ejercicio expresivo en una movilización, de modo que no cabe posibilidad de omitir esto ni menos de disminuir su importancia. Sin embargo, durante los últimos años, la libertad de expresión ha sido la explicación exclusiva y excluyente a la hora de justificar el derecho a la protesta, aquello ha producido que la doctrina al respecto se haya uniformado al punto de que la única cuestión relevante sea el rol de la libertad de expresión en los sistemas democráticos y su eventual potencia como una actividad política, dejando fuera otras reflexiones igual de importantes.

*Creo que muchos de los que nos hemos pronunciado en relación con la cuestión de la protesta, hemos terminado por “fechitizar” la idea de la protesta social, en pos de resaltar su importancia, y así el valor de asegurar para ella una protección especial. Tanto énfasis hemos puesto en esta defensa de los reclamos de quienes querían presentar sus críticas en público, que hemos terminado por olvidarnos, muchas veces, de lo más importante. Esto es, que quienes protestan no lo hacen, meramente, buscando reivindicar sus derechos civiles (p. ej., la libertad de expresión), sino, fundamentalmente, porque padecen graves violaciones en relación con sus derechos sociales (...) Me refiero a olvidos que abarcan la sustancia de los reclamos presentados por quienes protestan, sus angustias y sufrimientos, o el tipo de injusticias que padecen a partir de las acciones y omisiones del Estado y grupos de poder. Importa, entonces, y por supuesto, que sigamos haciendo esfuerzos orientados a preservar la capacidad expresiva y de queja de quienes protestan, pero lo central se encuentra en otro lugar. Esto es: cómo devolverle a quienes protestan la dignidad y derechos que*

*pierden, demasiado habitualmente, en manos de quienes debieran asegurar la satisfacción de sus intereses fundamentales* (Gargarella, 2015a: 12).

Algo que no deja de ser interesante en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la protesta social es la anomalía teórica que suponen las restricciones de tiempo, lugar y modo en relación a la robusta y amplia comprensión del contenido de la libertad de expresión en Norteamérica. Si bien es un criterio ampliamente difundido la idea que la expresividad en un sistema democrático está sostenida por la doctrina del *prior restraint*, aquella que afirma que no deben establecerse censuras previas o, en general, restricciones expresivas *a priori*, y que una persona sólo debe ser responsable por manifestaciones expresivas pasadas (Toller, 2011: 18), lo cierto es que la doctrina del tiempo, lugar y modo rompe con este criterio. Pues, al tiempo que afirma que la protesta social es una derivación de la libertad de expresión y que se encuentra protegida por la garantía de la primera enmienda, también reconoce explícitamente facultades a la administración para condicionar el desarrollo de la protesta, al establecer condiciones y modos ideales para la protesta se desenvuelva. Ahora bien, sin perjuicio que estas facultades de la administración están sujetas a un *strict scrutiny* no deja de ser paradójico que ellas se asemejen, en cierta medida, a un tipo de regulación estatal de censura previa para la protesta, y aunque se ofrezca la posibilidad de derrotar judicialmente estas restricciones, aquello a menudo sólo ocurre cuando ellas ya han operado y la protesta ya ha experimentado los efectos del control gubernamental.

Lo anterior genera una paradoja: ¿por qué el compromiso tan fuerte con la libertad de expresión en otros ámbitos, tales como la libertad de prensa encuentra excepciones tratándose del ejercicio de protesta? Aquello parece interrogar nuevamente sobre la relación *protesta/expresión*, pues si bien es evidente que toda protesta incluye actos expresivos, es notable la forma como el constitucionalismo busca totalizar el campo de significación a la hora de pensar al conflicto social, entregando una categoría jurídica y subsumiendo la acción colectiva en formas tradicionales que ya tienen un significado prefigurado. Si se piensa detenidamente, a pesar del esfuerzo del constitucionalismo por atraer el fenómeno social de protesta al concepto de libertad de expresión, lo cierto es que el Estado se ve obligado a no tratar a la protesta como trata a la libertad de expresión, pues las cuestiones sobre la violencia

y conflicto social tienden a desbordar con creces cualquier consideración usual sobre la libertad de expresión individual.

En este sentido, la comprensión constitucional de la protesta social a partir de la libertad de expresión sirve, a lo mucho, para una comprensión adjetiva de ella, en donde la expresión es un mero vehículo para la protesta; sin embargo, lo realmente sustantivo está en aquello no considerado por el derecho constitucional, es decir, en el rol de la protesta como acto de acción política directa. Es por eso que una protesta modelada por la autoridad tiene poco o nada de sentido, pues la transforma en un acto meramente testimonial, en el mismo modo que es testimonial la desobediencia civil sujeta a la condición de ser pública y pacífica, pues aquello sirve, como lo señalaba Robin Celikates, para que el Estado pueda anticiparse a la emergencia de cualquier acción radicalizada.

## **2. Hegemonía constitucional frente a la acción política de protesta**

La cultura jurídica y política norteamericana tiende a exaltar el valor de su sistema constitucional como el arreglo idóneo que permite solucionar las fricciones dentro de la sociedad. En efecto, es notorio el debate en el constitucionalismo sobre las formas *más correctas* de interpretar dicha constitución<sup>33</sup>, y la idea siempre presente que esta, al contar altos grados de aceptación en la sociedad norteamericana, puede actuar como un instrumento de cohesión social. Este fenómeno, que no es exclusivo de los Estados Unidos de América, ya se había presentado en otras latitudes con el nombre de *patriotismo constitucional*<sup>34</sup>, pero que, en el caso de Norteamérica, presenta algunas características aquí expuestas con la escéptica y siempre irónica pluma de Duncan Kennedy:

---

<sup>33</sup> Los diversos modos de interpretar la constitución en los Estados Unidos han sido un tópico de álgido debate entre los que destacan posturas como el originalismo de Thomas Bork y Antonin Scalia; la *constitución viva* de David Strauss; el constitucionalismo democrático de Robert Post y Reva Siegel, entre otros.

<sup>34</sup> El término fue acuñado por Jürgen Habermas para referirse a la construcción de identidades nacionales basadas en el consenso sobre valores políticos compartidos y establecidos en un texto constitucional. El patriotismo constitucional fue una respuesta para la reconstrucción de las naciones europeas fracturadas por los efectos de la segunda guerra mundial.

*En tanto creamos en el pueblo constitucional y en que el proceso interpretativo se ha hecho correcta o incorrectamente, de buena fe o a través de manipulación consciente, podríamos comprender nuestra historia constitucional en el modo del patriotismo y de la moral.*

*Patriotismo. Nuestra Constitución expresa nuestras cualidades particulares como pueblo, y su interpretación e implementación frente a normas en conflicto sostiene esas cualidades. La interpretación constitucional es por lo tanto un modo de autodeterminación nacional. Podemos diferenciar dos maneras en que nuestra identidad nacional nos distingue de otras naciones: 1) El constitucionalismo mismo es especialmente norteamericano –otros no se abocan a nuestra forma particular de autodeterminación a través de la interpretación, y prefieren en cambio modalidades violentas o meramente políticas-. 2) La particular constelación de derechos y libertades civiles y personales de que gozamos derivan de nuestro particular esquema constitucional adaptado a través del tiempo a nuestros valores cambiantes, Si hemos sido, somos y, si Dios quiere, siempre seremos el pueblo más libre del mundo, lo hemos logrado adoptando una Constitución que garantiza la libertad y luego interpretándola e implementándola a medida que los casos iban surgiendo.*

*Moral. Nuestra Constitución encarna los compromisos morales de nuestra subjetividad más elevada e idealista. La política es la Tierra corrompida en relación con el Cielo de las aspiraciones constitucionales. La verdadera interpretación constitucional es por lo tanto una especie de intervención angélica en los asuntos de la vida cotidiana. Nos sometemos a ella de manera real y coercitiva para alcanzar una virtud que no tendríamos la fuerza, la imaginación o los recursos para alcanzar si nos abandonáramos a nuestras prácticas políticas normales. La falsa interpretación puede estar equivocada, en cuyo caso pierde sus beneficios, o puede ser conscientemente manipuladora, en cuyo caso lo profano invade la esfera de lo divino, corrompiéndola. La historia constitucional es la historia de la ampliación gradual del influjo celestial, dado*

*que la Corte ha protegido pero también ampliado los derechos civiles y humanos básicos frente a las agresiones y resistencias de la política* (Kennedy, 2010: 141).

Kennedy parece hacer referencia a la idea anquilosada en el inconsciente colectivo de los Estados Unidos que su Constitución, lejos de ser una victoria política sectorial, como ocurre en todo el mundo, es un espacio de conflagración de las más altas virtudes políticas, y que sólo a través de esta, es posible escapar *las prácticas políticas normales*. Se hace referencia, entonces, a un espacio sano y justo, el que de ser posible, debiera colmar e influir en todos los espacios de la convivencia social. Es de esperarse, entonces, que un fenómeno tan alejado del consenso constitucional como es la protesta social, sea rápidamente acercado al paradigma constitucional por los operadores del sistema, cooptándolo y entregándole los rasgos propios de una manifestación social que sólo puede ser comprendida en el contexto de la *protección constitucional*.

Lo anterior opera, entre otros aspectos, por la competencia de los jueces para producir derecho válido en el sistema norteamericano. Ahora bien, esta construcción jurisprudencial del derecho a protestar presenta varias interrogantes sobre el alcance de los discursos jurídicos como *discursos de verdad*, y el rol de estos en la reproducción de un orden político que se estima debe ser mantenido. En este sentido, para analizar la cuestión no basta con plantear el problema desde la competencia de los jueces para *crear derecho* e impugnar desde allí el contenido que se ha realizado por los jueces del derecho a protestar, por el contrario, debe atenderse a los modos en que este discurso jurídico se construye para ser presentado como la verdad razonable y objetiva.

En primer lugar, cabe resaltar el contexto de la doctrina de la protesta como derecho, este contexto nos habla de la enorme influencia de discursos jurídicos, que Sandoval Cervantes denomina como *teoría jurídica tradicional dominante*, y que identifica en pensadores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli y otros integrantes de la corriente de los neoconstitucionalismos, muchos de los cuales ya fueron mencionados en las páginas anteriores. Esta corriente del pensamiento jurídico ha puesto énfasis en pensar la producción jurisdiccional del derecho fuera de los mecanismos tradicionales del poder, apoyada en una especie de moral humana universal y natural (Sandoval, 2013: 33), en que el discurso de los

derechos humanos se ofrece no sólo como una parte constitutiva del sistema jurídico, sino además como una garantía última de la legitimidad de este<sup>35</sup>. Este fenómeno ha producido que los jueces se alcen como las voces autorizadas no sólo para *decir el derecho*, sino para formular eventuales correcciones a los discursos de los ciudadanos, de un modo que permita acercarlos al lenguaje jurídico, produciendo relatos jurídicos oficiales y definitivos. Para hacer esto posible, la formación discursiva del derecho opera bajo la división de sujetos especializados y no especializados en el lenguaje jurídico. La racionalidad jurídica es presentada como el resultado de una repartición específica de roles discursivos y de capacidad de producción de enunciados válidos (2013: 35). Esta repartición en la producción discursiva del derecho, tratándose de los derechos humanos, como el caso de la libertad de expresión en la protesta, sitúa a los jueces como intérpretes últimos del significado *libertad de expresar* involucrado en un eventual derecho a protestar. Aquello, siguiendo a Sandoval Cervantes, opera mediante dos elementos: 1.- *La función hermenéutica del juez en la producción del discurso del derecho válido*, y, 2.- *La conducta de relato a la que se deben someter los individuos no funcionarios para participar en la producción de dicho discurso* (2013: 38).

El primer concepto de función hermenéutica indica cómo el juez que conoce de un caso a partir de una alocución de un sujeto no especializado debe transformar ese discurso en uno que sea expresión de racionalidad jurídica, *traduciendo el discurso a derecho*, mediante “*métodos interpretativos y herramientas argumentativas no disponibles para sujetos no especializados. A partir de lo cual transforma el discurso inicial en un discurso jurídico verdadero y válido*” (2013: 39).

En sentido, puede observarse como en los casos conocidos por la Suprema Corte, relativos a conflictos o revueltas sociales, y mediante los cuales se ha cimentado la doctrina de las regulaciones neutrales de la protesta, se produce una operación en que las eventuales motivaciones conflictuales en la protesta, así como sus impugnaciones a un orden político que se estima injusto, son *higienizadas* y escritas en un lenguaje natural del constitucionalismo, el lenguaje de los derechos. Es de esperarse, entonces, que la alocución

---

<sup>35</sup> Para una revisión detallada de este tema puede consultarse: Ferrajoli, Luigi (2009): *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid.

de los sujetos protestantes, como sujetos jurídicos no especializados, termine traducida, casi exclusivamente, en el discurso de la libertad de expresión como la principal referencia para pensar su protesta. Así, como señala Sandoval Cervantes,

*El discurso inicial del individuo no especializado constituye un discurso desarticulado que contiene cierto grado de verdad, pero de manera tan oscura que ésta realmente es sacada en todo su esplendor por el trabajo hermenéutico del juez. De manera que es el juez el poseedor y el productor del discurso del derecho válido y verdadero, mientras que el sujeto no especializado constituye solamente un objeto de tal discurso, y no su productor. De esta manera es la determinación de quien es el sujeto especializado, así como de las técnicas argumentativas a las que sólo este tiene acceso, lo que hace posible producir el discurso del derecho válido: una completa asimetría en la producción de la verdad característica del discurso moderno (2013: 39).*

Estando el juez en una posición específica en este *reparto de lo sensible*<sup>36</sup>, que le permite construir jurídicos válidos y verdaderos, como el supuesto de que protestar es preferentemente libertad para expresar, queda habilitado del mismo modo para fijar alcances a esta premisa, como la doctrina del tiempo, lugar y modo, que viene a complementar la verdad judicial de la protesta sujeta a la primera enmienda.

El segundo elemento, relativo a la conducta de relatos a que se deben someter los individuos no especializados, tomado por Sandoval Cervantes de la obra de Gilles Deleuze, se refiere al acatamiento discursivo de los sujetos ordinarios cuando presentan sus causas ante la judicatura, en efecto, ellos buscan presentar sus problemas expresados en clave jurídica, o, dicho de otro modo, ellos *estructuran su discurso en términos de los parámetros y reglas establecidos por el derecho contemporáneo* (2013: 39). Lo que deviene en una *reducción*

---

<sup>36</sup> Al respecto remitirse a lo señalado en el primer capítulo sobre la comprensión del fenómeno de lo político en Rancière: “Llamo reparto de lo sensible a ese sistema de evidencias sensibles que al mismo tiempo hace visible la existencia común y los recortes que allí definen los lugares y las partes respectivas. Un reparto de lo sensible fija entonces, al mismo tiempo, un común repartido y partes exclusivas. Esta repartición de partes y lugares se funda en un reparto de espacios, de tiempos y de formas de actividad que determina la manera misma en que un común se ofrece a la participación y donde los unos y los otros tienen parte en ese reparto” (Rancière, 2009: 9)



*estatal de la expresión jurídica de las necesidades reales, o, dicho de otro modo, la monopolización por parte del Estado de la producción del discurso de derecho válido, de tal manera que toda satisfacción de las necesidades reales a través del derecho tiene que pasar por su producción estatal (2013: 40).*

En este modo, siguiendo el criterio antes expresado, es esperable que el lenguaje no especializado de la protesta sea *acercado al derecho* cuando es llevado a presencia judicial; las acciones políticas de movilización colectiva son pasadas por el cedazo de los derechos humanos para finalmente afirmar como una verdad judicial que quien protesta lo hace ejerciendo su libertad de expresión, aunque las motivaciones de la protesta sean de diversa índole y muchas veces más profundas que la mera aspiración expresiva. Así, la verdad judicial del derecho a protestar subsume en una categoría tradicional, la libertad de expresión, a las formas políticas de la protesta, y le opone las limitaciones, condiciones y requisitos tradicionales de la libertad de expresión, mediante una operación hermenéutica de equivalencia entre protestar y expresar. Es esperable, entonces, que aunque se diseñen regulaciones específicas para la protesta, estas se presenten como limitaciones propias de la libertad de expresión, puesto que previamente la verdad judicial lo ha establecido así, al encapsular a la protesta social en el derecho expresivo. A lo anterior puede agregarse lo señalado por Arditi en relación a los ámbitos de fuerza que se aprecian en la actividad retórica:

*La argumentación está marcada por la asimetría de los participantes, aun cuando sólo sea por la distribución desigual de recursos discursivos tales como las habilidades retóricas o la capacidad cultural. Éstas refuerzan la posición de quienes pueden dominarlas y revelan que la deliberación no depende sólo de la persuasión racional, pues la fuerza y el poder también intervienen en la comunicación entre las partes. Laclau va aun más allá cuando señala que la propia persuasión incluye un elemento de violencia. Está presente, dice, cuando tratamos de convencer a alguien de que cambie sus opiniones por medios puramente argumentativos, pues ello implica la supresión de las opiniones que esa persona tenía inicialmente (Arditi, 2011: 89).*

Lo dicho hasta ahora sugiere pensar al discurso jurídico no sólo como el desarrollo de técnica, sino también como un ejercicio que intenta colmar un *campo significativo* sobre conceptos de relevancia social y política. Slavoj Žižek expresaba que “*la lucha por la hegemonía ideológico-política es siempre una lucha por la apropiación de aquellos conceptos que son vividos «espontáneamente» como «apolíticos»*” (2008: 15), y, en cierta medida, bien podría decirse que la hegemonía del constitucionalismo frente a la acción política de protesta opera del mismo modo, entregando nombres cabales y apropiando conceptos espontáneos y sin una identidad política bien definida. En efecto, ¿no se siente acaso un impulso casi espasmódico e intuitivo cuando se afirma ¡libertad de expresión! para referirse a la protesta social? Ya en páginas anteriores se ha afirmado que resulta un sinsentido negar la existencia de elementos expresivos en la protesta política, pero que aquello no puede ser la única respuesta para comprender el conflicto social desde el derecho. Ahora bien, podría también pensarse que esta recurrente apropiación de la categoría constitucional de la libertad de expresión forma parte de un fenómeno de construcción discursiva con pretensiones de hegemonía desde las estructuras del constitucionalismo. Si se considera que la política como hegemonía funciona sobre la búsqueda de totalizar un determinado campo discursivo de significación disponible<sup>37</sup>, es normal pensar que los aparatos del sistema constitucional, entre ellos, la función jurisdiccional creadora de derecho y la doctrina de los pensadores especializados, busquen sentar una cierta racionalidad jurídica y ofrecer criterios que se muestran como objetivos y neutrales para colmar el significado de conceptos espontáneos, como la libertad de expresión en la protesta social, en los fenómenos sociales que aún no han sido alcanzados por la mano civilizadora de la ley.

Existe, por tanto, aquello que Fernando Muñoz denomina una *clausura epistémica*, es decir, una cierta producción de “*puntos ciegos que protegen arreglos sociales determinados a fin de solidificar la hegemonía que ellos encarnan. En esta tarea desempeñan una labor particularmente importante los operadores epistémicos de la sociedad en cuestión, quienes comparecen en la esfera pública para discutir los grandes problemas sociales; sus intelectuales.*” (2016: 35) En este punto, y como se ha venido diciendo, cumplen un rol

---

<sup>37</sup> Este tema puede revisarse de forma detallada, desde una perspectiva del pensamiento radical contemporáneo, en: Laclau, Ernesto; Butler, Judith y Žižek, Slavoj (2004): *Contingencia, hegemonía y universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*, Fondo de Cultura Económica, Argentina.

central los operadores jurídicos, especialmente aquellos que, dotados de facultades de creación de derecho, como pudieren ser los jueces constitucionales en Norteamérica, entregan un discurso oficial sobre lo que *verdaderamente significa* protestar. Esta construcción jurisprudencial está sostenida por la insistencia en una racionalidad jurídica que se afirma estar fuera de los límites de la política, y respecto a la cual es posible trazar una frontera demarcatoria entre lo que es una reflexión metajurídica y lo que efectivamente implica interpretar y aplicar el buen derecho. Surge, entonces, la cuestión de la objetividad como una *estrategia para obligar* (Bassa, 2013); en que el proceso de interpretación constitucional, como aquel que afirma que protestar es ejercer la libertad de expresión, es presentado como una operación neutral, en que el intérprete, dotado de una técnica que le permite desentrañar los *mejores* significados de la norma constitucional sólo expresa la verdad del derecho y no su verdad. Pues bien, tal como señala Bassa,

*El contenido de la decisión judicial también supone un cuestionamiento a la objetividad de la interpretación, no sólo porque es interpretable en sí mismo, sino porque pudo haber sido diferente sólo alterando algunos factores inherentes al sujeto, o bien, en la valoración que hizo de los materiales disponibles. Su contenido se encuentra más determinado por las características personales del intérprete que por la literalidad del enunciado normativo, del cual no se desprende una respuesta necesaria y correcta (2013: 18).*

Si se considera la clausura epistémica que implica la construcción discursiva de la hegemonía ideológica, a la que hizo referencia Muñoz; la pretensión de objetividad de los intérpretes constitucionales, que advierte Bassa; y la posición institucional de los jueces y su habilitación para producir interpretaciones jurídicas vinculantes, se verá que el resultado es una configuración de cierta hegemonía jurídica que opera con algún nivel de coercitividad sobre el conjunto de la sociedad. Aquello, y por todo lo que se ha expresado, es especialmente problemático para la protesta social, pues se trata de la herramienta tradicionalmente ha sido utilizada por los grupos subalternos que, de ahora en adelante, se presenta como una herramienta juridificada, en que la autoridad tendrá facultades para definir cómo se debe protestar y cómo no se debe protestar.



## CAPÍTULO IV. REPENSAR LA CIUDADANÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO

*El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia, y que, por tanto, hay alternativas que permiten superar lo que es criticable en lo que existe. La incomodidad, el inconformismo o la indignación ante lo existente, suscita el impulso para teorizar su superación*

*Boaventura de Sousa Santos*

### **1. El valor de la acción política colectiva**

La tensión que se ha advertido entre el constitucionalismo como instrumento para el consenso y la protesta social como forma de política del disenso, no debería llevar al atolladero de tomar una postura que resulte excluyente respecto de la otra. No se trata, entonces, de decir: ¡constitución o protesta!, es evidente que las democracias constitucionales de la actualidad días han logrado alcanzar conquistas sociales que aseguran cierto grado de estabilidad en la convivencia social, como también es un hecho cierto que las protestas tienen la virtud de ir orientando el debate público y estableciendo urgencias políticas y sociales para ser resueltas. Si los derechos sociales han aparecido en el debate, es por la fuerza de los movimientos sociales al reclamar necesidades insatisfechas. Es por esto, entonces, que podrían concluirse más virtudes que defectos de la emergencia del conflicto social; aun cuando las externalidades negativas de la protesta social sean una cuestión de constante incomodidad en el debate del derecho público, aquello resulta marginal si se considera el enorme valor que aporta al sistema político. De lo dicho hasta este momento cabe destacar dos aproximaciones que resultan pertinentes a este respecto y que serán sintetizadas en las páginas siguientes: 1. *La protesta como ejercicio de interpretación constitucional*, de Domingo Lovera, y, 2. *La protesta como medio de comunicación para los colectivos que sufren alienación legal*, de Roberto Gargarella.

## 1.1 La protesta social como interpretación constitucional

Una de las propuestas que destacan por su utilidad para traer a colación el debate sobre la protesta social en el constitucionalismo, es la desarrollada por Domingo Lovera Parmo, quien ha propuesto entender a la protesta social desde la óptica del constitucionalismo popular, para afirmar desde ahí que las acciones colectivas extra institucionales pueden servir para plantear lecturas que doten de contenido a la constitución. Lovera afirma que hay una vinculación patente entre los movimientos sociales y el Estado, de manera que ambos se ven influenciados recíprocamente por sus acciones. Construye su reflexión desde la distinción primordial entre movimientos revolucionarios y movimientos de protestas sociales que, a diferencia de los primeros, no buscan erosionar las instituciones del Estado, sino influenciar sus decisiones y actividad; es en este contexto donde aparece la cuestión de la interpretación constitucional como una herramienta disponible para la protesta social. Ahora bien, para llegar a esta posibilidad es necesario descartar las acciones de protesta que busquen deshacerse de las reglas constitucionales, en otras palabras, sólo aquellos grupos que acepten la legitimidad del Estado y asuman las *reglas del juego* provistas por el orden constitucional pueden reivindicar válidamente significados constitucionales y reclamar protección del Estado para este cometido:

*Social protest movements that come to terms with the existence of the State and its institutions, the very constitutional scheme they seek to influence, can claim institutional protection for their non-institutional actions. Y agrega: The State and its institutions, seen in this light, permit protests (and limit them as well) by opening institutional avenues (such as courts) to redress limitations on citizen participation (Lovera, 2016: 303).*

La propuesta de Lovera está en la misma línea de Gargarella sobre la procedencia de las facultades gubernativas de regulación de la protesta. Así como bajo la mirada del constitucionalismo popular el pueblo puede levantar lecturas de la constitución, el gobierno puede, al mismo tiempo, establecer regulaciones a la protesta para asegurarse que no se desborde en acciones que puedan lesionar valores socialmente relevantes. Así, las interpretaciones constitucionales propuestas desde los movimientos sociales inciden en el

entendimiento de la constitución, al tiempo que ayudan a democratizar el entendimiento del derecho constitucional. Esto, en palabras de Lovera, es una forma de *institucionalismo popular*.

*Popular constitutional readings, such as those the people pose through protests, are directed at, and mediated by, institutional politics. Put in other words, popular readings of constitutions are rather nude interpretations whose normative force depends, to a large extent, on their institutional back-up. It is when both popular understanding of constitutions and institutional decisions meet—and not necessarily when they coincide—that the role of the people is vindicated (2016: 304).*

El autor parece coincidir con ideas afines a la noción de la *esfera pública*, que otros autores como Habermas y Rawls han desarrollado, pero también con propuestas de hermenéutica constitucional abiertas a la ciudadanía, como aquella desarrollada por Pëter Haberle en su trabajo *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución*, en el cual aboga por una *apertura* de la significación del texto constitucional a la ciudadanía, al tiempo que también critica el *cierre* de la interpretación que deja a los operadores tradicionales del sistema como las únicas voces autorizadas. Bajo esta mirada una constitución debe ser comprendida no como un texto jurídico estático, sino como un proceso político en constante movimiento e integrado por diversos participantes.

*La interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista (Häberle, 2008: 31).*

*Puede ser necesario, un concepto más amplio de interpretación [constitucional]: ciudadanos y grupos, órganos estatales y de esfera pública son fuerzas de producción interpretativa: intérpretes constitucionales en sentido amplio. Actúan por lo menos como preintérpretes (Häberle, 2008: 32).*

La propuesta de Haberle, a diferencia de aquella provista por el constitucionalismo popular,

que pone énfasis en el rol de los órganos jurisdiccionales para la producción de sentido constitucional, invita al legislador a mantener un proceso político abierto, que se nutra de las lecturas provenientes de la base social y de grupos participantes del debate público. Esta idea también comparte sus premisas con la muy difundida teoría de la *Constitución Viva*<sup>38</sup> presente el debate jurídico norteamericano, cuyos contenidos han influenciado a numerosos autores que pueden ser ubicados en la corriente del constitucionalismo popular. Como se ve, la propuesta de Lovera está en sintonía con numerosa literatura que ha venido proponiendo la utilidad de las prácticas sociales como un mecanismo para combatir la elitización de la actividad interpretativa del derecho.

Ahora bien, fuera de la cuestión estrictamente hermenéutica, Lovera agrega que la producción de sentido constitucional conlleva *cargas democráticas* para quienes se movilizan con este fin. Dichas cargas cobran sentido bajo la premisa de que “*somos seres sociales que se organizan en torno a instituciones comunes y concebimos la Constitución como compromisos comunes*”<sup>39</sup> (2016: 307). Como consecuencia de esto, las cargas democráticas se presentan como deberes de respeto tanto para los protestantes, quienes deben respetar la igualdad política entre los ciudadanos, este compromiso también se extiende para el gobierno, para el cual el diálogo institucional no es meramente opcional (2016: 309). Así, la premisa de los *compromisos comunes* se yergue sobre la base de que la interacción entre los intérpretes constitucionales se produce en un *terreno común*, en donde la constitución y sus usos son vistos como entendimientos compartidos y son asumidos como tal. En este orden de ideas, y tomando algunas reflexiones de Reva Siegel, el argumento de las cargas democráticas es vinculado a ciertas condiciones presentadas por esta autora para que los movimientos sociales puedan influenciar el entendimiento constitucional: 1.- *la condición del consenso*, y, 2.- *la condición del valor público*. La primera condición hace referencia, como recoge Lovera de Siegel, que las acciones de protesta deben guiarse

*By conviction rather than coercion ... [they] must advance their views without resort to violent coercion* y precisa: *This does not mean that constitutional*

---

<sup>38</sup> Una reflexión indispensable para el tema de la Constitución Viva en el sistema norteamericano puede encontrarse en: Strauss, David (2010): *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York.

<sup>39</sup> La traducción es mía.



*interpretations cannot be presented “in procedurally irregular, disruptive activities in an effort to make themselves heard, at times using unlawful conduct for their purposes”, as in the case of social protest. Instead, it means these disruptive, and sometimes even illegal means, are mobilized in order to persuade and convince rather than to impose, coerce and force (2016: 311).*

Por otra parte, la segunda condición hace referencia al deber de quienes protestan de mostrar sus lecturas constitucionales en relación con el vasto esquema constitucional “*apelando a los antiguos entendimientos constitucionales que la sociedad respeta y comparte*”<sup>40</sup>, es decir, ambas condiciones buscan cumplir con la premisa de la constitución como compromisos comunes.

Como se ve, la propuesta de Lovera comparte grandes similitudes teóricas con la comprensión política de Rawls que fue desarrollada en el primer capítulo de este trabajo; las condiciones de protesta que Lovera recoge de Reva Siegel, como también su comprensión del orden constitucional como terreno y compromisos compartidos, son mostrados en forma similar a los principios de la justicia política liberal del autor norteamericano; ambos sugieren que estos valores que guían las interacciones sociales son mayoritariamente compartidos y que los compromisos individuales deben ajustarse al largo esquema de convivencia, del mismo modo que el *deber de civilidad* exige a los sujetos subsumir sus *doctrinas razonables* a los principios de la justicia política rawlsiana. Sin perjuicio de lo anterior, la reflexión de Lovera resulta muy útil para mostrar como la protesta social puede ir orientando el debate público, tal vez no mediante la construcción significativa de un *sentido constitucional*, levantada por la base social y dirigida a los órganos productores del derecho, sino como herramienta para la incidencia política de acciones extra institucionales y disruptivas que no logran abrirse camino mediante el simple *responsiveness* de la autoridad. Con todo, es necesario advertir que la idea de la protesta como instrumento de interpretación constitucional sólo puede operar en el campo del consenso político, en la medida que, para operar cabalmente, una constitución debe ser sentida como terreno y compromiso compartido, pero, en lo referido a sistemas políticos ordenados por constituciones marcadas

---

<sup>40</sup> La traducción es mía.

por la desafección y deslegitimación ciudadana aquello será más difícil, puesto que el compromiso constitucional aparece más dudoso y el terreno político compartido se muestra empantanado.

## **1.2 La protesta como medio de comunicación para los colectivos que sufren alienación legal**

Otra propuesta que destaca la utilidad de la protesta social en nuestros días es aquella que afirma la existencia de colectivos sociales que sufren alienación legal, cuya situación de desventaja los ha configurado como sujetos preteridos en el proceso político formal, de modo que no cuentan con herramientas de participación política, salvo las clásicas posibilidades del sufragio, para hacer frente a las condiciones de vida que el orden jurídico ha construido respecto de ellos. Para estos colectivos la vía de la protesta social no es una vía opcional, sino la única disponible para hacer públicos sus padecimientos; la protesta se presenta, entonces, no sólo como un ejercicio expresivo para escrutar a la autoridad, sino como un medio de comunicación para llegar al resto de la sociedad.

Si bien se ha polemizado con Roberto Gargarella en las páginas anteriores –sobre su comprensión de la protesta social y la inconveniencia de las regulaciones neutrales de la misma–, es necesario hacer presente que sus reflexiones sobre alienación legal y protesta social son bastante útiles para mostrar como las acciones colectivas de los movimientos sociales abren el margen de posibilidades del sistema político formal, aflojando las costuras del discurso tradicional que reduce las interacciones políticas a la esfera de las instituciones del Estado, dejando fuera de toda consideración aquellos impulsos políticos emergidos desde la base social.

Para esta propuesta, la protesta social se presenta como un medio comunicativo<sup>41</sup> de los colectivos sociales que han sufrido un trato injustificado y que contra ellos el derecho ha

---

<sup>41</sup> Esta reflexión está vinculada a la comprensión de la protesta como libertad de expresión. Todas las críticas a esta comprensión ya fueron realizadas en las páginas anteriores, de modo que en lo sucesivo sólo se analizará la vinculación entre protesta y grupos sociales subalternos.

operado de forma negativa, produciendo lo que Gargarella ha denominado como *alienación legal*. La protesta se presenta como la única herramienta disponible para aquellos grupos, que no han tenido presencia en las esferas formales de representación política y cuyos reclamos no han sido considerados en los grandes flujos de información. De lo que se trata, entonces, es que “*si lo que aquí está en juego es un agravio sistemático a un derecho fundamental, entonces ese grupo debe tener la posibilidad de seguir reclamando hasta conseguir una solución efectiva a ese agravio*” (Gargarella, 2015: 30). En esta línea de pensamiento lo crucial son las *dificultades expresivas* que puede experimentar un grupo social y que lleva inexorablemente al uso de herramientas extra institucionales para lograr captar la atención del debate público:

*Mi intuición es que en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país [Argentina], los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hechos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio público; que otros acampen en la plaza municipal; que otros se decidan a comer en público animales domésticos; que otros bloqueen una Ruta Nacional; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública. Y en este punto, según entiendo, es que los funcionarios públicos deben saber asignarle a prácticas sociales como las citadas la gravedad que ellas tienen: 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 público* (Gargarella, 2007: 30).

A la propuesta de Gargarella podría ser replicarse que, dado que los sistemas constitucionales reconocen el principio de igualdad formal ante la ley, bastaría simplemente con que el Estado asuma una posición neutral frente a los ciudadanos, sin hacer concesiones o dar beneficios para un grupo, aun cuando ese grupo reclame estar siendo sometido a algún trato injustificado. Ahora bien, el constitucionalismo de nuestros días debe lidiar con fenómenos que, por más incómodos que puedan parecer en el lenguaje tradicional del derecho público, se presentan como hechos patentes, y que en materia de desigualdad social se manifiestan en

los ámbitos de urgencia y vulnerabilidad que experimentan ciertos grupos humanos; cuestiones como la raza, la orientación sexual, la adscripción religiosa, la pertenencia nacional o la descendencia étnica han dado origen a los estudios contemporáneos de la antidiscriminación, que se presentan en forma intersticia entre el lenguaje habitual del constitucionalismo y de los derechos fundamentales y los estudios críticos en ciencias sociales. Bajo esta perspectiva, el constitucionalismo, en tanto soporte teórico principal de la estructura estatal, no puede permanecer impertérrito, debe adoptar una posición definida sobre estos ámbitos estructurales de exclusión social que a menudo son denunciados mediante la protesta social. En este sentido, como señala Roberto Saba:

*Si la pobreza extrema y perpetua es contraria al ideal de igualdad que establecen las normas fundamentales del ordenamiento jurídico, entonces las personas que la padecen tienen un derecho constitucional a salir de ella y, por consiguiente, el Estado tiene una obligación constitucional de tomar todas las medidas necesarias para dismantelar las condiciones que generan la desigualdad estructural que sufre determinado grupo (2016: 297).*

En suma, podría decirse que en lo referido a las situaciones de exclusión social la protesta aparece dotada de una utilidad sin parangón, en efecto, es la única herramienta disponible de los grupos desaventajados para hacer notar su situación. Ahora bien, frente a las eventuales críticas de quienes pudieran mirar con sospecha el uso de esta herramienta por el colectivo social, en cuanto representa una eventual tensión con la vigencia del derecho, es el propio Gargarella quien, reflexionando desde la premisa de la alienación legal, va incluso más lejos:

*Deberíamos concluir diciendo que los grupos que han sufrido aquella grave marginación no tiene un deber general de obedecer el derecho, dado que el orden legal no les ha asegurado la protección que necesitaban contra los daños más severos que sufrían, a la vez que ha sido en parte responsable de la imposición de algunos de esos severos daños. En la medida en que el derecho se encuentra causal y moralmente implicado en su sufrimiento, ciertas formas de resistencia al derecho deberían ser vistas, en principio, como moralmente permisibles (2005: 37).*

## 2. Derechos políticos en clave posliberal

Antes de comenzar este apartado debe hacerse un comentario preliminar: el título elegido, *derechos políticos en clave posliberal*, no será utilizado con el objeto de exponer un *nuevo catálogo* de derechos fundamentales de la participación política a partir de autores que pudiéramos situar en una escuela del post liberalismo; aquello representaría una dificultad conceptual y una vaguedad en el uso de las categorías del pensamiento social. Lo que se hará es analizar la matriz discursiva de la comprensión del fenómeno político en el constitucionalismo, en particular de los derechos políticos, con el objeto de contrastarla con algunas lecturas de la reflexión política contemporánea. Aquí el liberalismo se cuele como el telón de fondo para el devenir del constitucionalismo, ya desde los prolegómenos del constitucionalismo clásico, como las experiencias de Las Cortes de Cádiz, en donde se aprecian las lecturas liberales de Locke, hasta las formas más actuales del constitucionalismo democrático y popular, que han hecho suyas las ideas del liberalismo igualitario. De lo que se trata, en suma, es indagar en ese patrón de comprensión del fenómeno político presente en la teoría constitucional y desarrollado en la larga tradición de los derechos políticos, y oponerlo a las lecturas críticas de algunos autores que ya se han mencionado y que se identifican, precisamente, por su disidencia de las doctrinas liberales en la teoría política. Todo este ejercicio pretende mostrar que la tensión del constitucionalismo con la protesta social entronca, como se verá más adelante, en que la participación política descrita en el constitucionalismo liberal no ha sido sensible a las limitaciones de sus propios constructos teóricos sobre la politicidad humana, que no alcanzan a abarcar otras formas de actividad política, tales como la protesta social o la huelga, a partir del discurso constitucional de la ciudadanía.

### §

En 1935, Rafael Raveau, quien fuera profesor del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso y uno de los constitucionalistas chilenos más destacados de la primera mitad del siglo XX, enunciaba la comprensión de los derechos políticos en el siguiente modo: “*los derechos políticos, de los que forma parte principal el sufragio activo*

y pasivo, son aquellos que pertenecen al hombre como ciudadano. Es, pues, la ciudadanía el fundamento de los derechos políticos” (1935: 23). Luego de 82 años de las palabras de Raveau, los derechos políticos son fundamentados por la doctrina del mismo modo, ellos “corresponden a los individuos en cuanto estos califican para un status previamente definido por el ordenamiento de la respectiva comunidad política: la inclusión en la comunidad, en cuanto nacional del Estado, y la incorporación como miembro activo de la misma, en cuanto ciudadano” (Aldunate, 2008: 57). Usando las palabras de Hart, parece ser que el *pedigree* de este estatuto jurídico dice relación su origen atávico, el arquetipo político de las revoluciones burguesas y constitucionales: la ciudadanía. Habiendo transcurrido siglos de historia en el devenir del constitucionalismo no resulta una necesidad intentar definir y explicar lo que la ciudadanía es para el derecho constitucional; sin embargo, resultaría un ejercicio interesante buscar los rasgos de la politicidad humana descrita a través del discurso de la ciudadanía en el constitucionalismo.

Sabido es que la ciudadanía es una noción de larga data, ya desde la antigüedad la reflexión política se preguntaba cuál es el lugar y el rol de un sujeto en una sociedad políticamente organizada<sup>42</sup>, y a lo largo de los siglos se entregaron distintas respuestas para esta interrogante, inclusive hasta nuestros días la noción de ciudadanía ha sido unida a otras categorías, vertebrando nuevas reflexiones en torno al concepto de *ciudadano*; los vínculos entre ciudadanía y género, ciudadanía y cultura o ciudadanía y comunidad son una muestra de aquello<sup>43</sup>. En el mismo sentido, el actual debate entre pensadores liberales y comunitarios está abocado en presentar distintos modelos de ciudadanía para nuestros días<sup>44</sup>. ¿Cómo una noción de tan larga vida ha podido mantenerse en el centro del debate constitucional sobre la comunidad política? Puede estimarse que la clave está en el rescate que las revoluciones burguesas hicieron de este concepto para justificar el nuevo andamiaje jurídico y político del

---

<sup>42</sup> Una buena revisión histórica sobre la comprensión antigua de la ciudadanía puede encontrarse en: Horrach, Juan Antonio (2009): “Sobre el concepto de ciudadanía: historia y modelos”, en *Factótum*, N° 6, pp. 1-22. Disponible en [http://www.revistafactotum.com/revista/f\\_6/articulos/Factotum\\_6\\_1\\_JA\\_Horrach.pdf](http://www.revistafactotum.com/revista/f_6/articulos/Factotum_6_1_JA_Horrach.pdf) Fecha última consulta: 19 de abril de 2017.

<sup>43</sup> Esta diversidad de reflexiones puede consultarse en: Badiou, Alain (2014): “Veinticuatro notas sobre los usos de la palabra «pueblo»”, en *¿Qué es un pueblo?*, Cecilia González y Fermín Rodríguez (Trad.), LOM, Santiago, pp. 9-18.

<sup>44</sup> En este debate sobre los rasgos de la politicidad humana y sus expresiones en las formas de la ciudadanía conviene revisar: Taylor, Charles (1997): “Equívocos: el debate liberalismo-comunitarismo”, en *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*. Paidós, Madrid.

Estado de Derecho moderno durante el siglo XVII. Es a partir de ese período que el antiguo concepto de ciudadano adquiere nuevos bríos y es presentado como la base de la soberanía y la justificación de los derechos fundamentales<sup>45</sup>. Como señala Mariano Ferro, la pretensión de la burguesía como grupo político de vanguardia durante la Revolución Francesa, fue reemplazar el antiguo orden monárquico absolutista por un nueva organización social y política, y para ello se sirvió de nuevos conceptos tales como: soberanía, poder constituyente, Estado y nación (Ferro, 2009: 108). Aquí la noción de la ciudadanía actúa como un ensamble de estas nuevas formas de agencia política y también como un discurso justificador del nuevo orden que se pretendía construir. Ella es presentada como una noción vinculada al principio de legalidad como una forma de arremeter contra el antiguo orden de los privilegios, para afirmarse que los ciudadanos son iguales ante la ley y que por consiguiente la ciudadanía no puede sino concebirse como una nueva forma para comprender a los miembros de una sociedad, cuyas máximas están en el ejercicio de derechos y libertades, y nunca bajo el sometimiento a otra autoridad más que la ley. Esta premisa sobre la ciudadanía en el nuevo orden se presentará, como señala Ferro, “*con su fundamento en la “ley natural” —que, a su vez, presupone al individuo pre-político— asequible a la razón, surge como antagónico a la tradición, y de allí su carácter abstracto, lógico, universal. Por consiguiente, la misma lógica tiñe todos los conceptos políticos fundamentales del marco legitimador de la modernidad*” (2009: 110). Esta propuesta es también unida a la idea de la representación política como un sistema que se sostiene bajo la unidad de la voluntad política de los ciudadanos, quienes estando en ese pie de igualdad moral universal de la ley natural, actúan individualmente y aglutinándose en una suma de voluntades para generar una voluntad política general que dote de legitimidad a la estructura de representación de la sociedad; es a partir de una noción abstracta de voluntad política general que surgirán los derechos políticos básicos como el sufragio y el derecho de acceder a cargos públicos. Así, el nuevo orden irá produciendo nuevas formas para comprender la politicidad de los sujetos y de las sociedades, lo que

---

<sup>45</sup> Sin embargo, es necesario señalar que el estatus de ciudadano no puede comprenderse sin la irrupción en el debate politológico y jurídico de la ilustración del concepto de *sujeto de derecho*, que permitió superar la noción de *súbdito* como status del sujeto despolitizado y entregado a la facticidad del monarca. La titularidad de derechos básicos naturales fue la antesala para el perfeccionamiento de este concepto, luego del triunfo de las revoluciones burguesas europeas, hasta llegar a la noción de ciudadano titular de derechos políticos que permanece hasta nuestros días. A mayor abundamiento consultar: de Cabo Martín, Carlos (2010): *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid.

quedará refrendado en sucesivas declaraciones de derechos básicos, tanto en Europa y América, sumándose luego las colonias hispanas de América Latina.

¿Cuál es, en definitiva, la nueva identidad del ciudadano en el seno de la modernidad? Ferro responde señalando que lo característico del modelo de ciudadanía del nuevo orden burgués puede identificarse en dos elementos: 1. *Su rápida extensión a otros sujetos no comprendidos en la antigua noción antigua de la ciudadanía*, y, 2. *La nueva forma de participación política de los ciudadanos*. En el primer caso, mientras que para los romanos y griegos el portador de derechos políticos se presentaba como una oposición a los esclavos y otros sujetos considerados *no políticos*, la ciudadanía moderna se afirma sobre principios universales de igualdad y libertad, que apuntan una noción abstracta de *humanidad*, para afirmar desde ahí la existencia de una dignidad y derechos compartidos; en el segundo caso, la idea griega de la *participación directa* en los asuntos de la polis es reemplazada por el *principio de representación*, donde tan sólo una porción minoritaria de los sujetos, los representantes, actúan directamente en los asuntos públicos, mientras que la porción restante y mayoritaria, los representados, sólo concurren con su voluntad a legitimar la estructura y los cargos de representación política (2009: 118). Sin embargo, como se verá más adelante, esta nueva forma moderna de la ciudadanía encierra una paradoja especialmente incómoda para nuestros días y que podría implicar cierta *despolitización* de los sujetos políticos.

En la actualidad, pensadores liberales y republicanos han presentado distintos modelos de ciudadanía, e inclusive hoy esa discusión está en la centralidad del debate de la filosofía política contemporánea. Mientras los primeros conciben al ciudadano como un sujeto producido por el orden jurídico, toda vez que su status y su catálogo de derechos, en especial sus derechos políticos, sólo pueden ser determinados por ley, los republicanos ponen énfasis en la participación del sujeto en el grupo al que pertenece. Así, el modelo de ciudadanía liberal estaría definido por la titularidad de derechos políticos y el modelo republicano por la actividad asociativa del sujeto político<sup>46</sup>. Sin embargo, estas alternativas para un mismo concepto no logran derrotar la crítica que postula que la conquista política moderna del *status* de ciudadano encierra al mismo tiempo la despolitización del sujeto. Si en la antigüedad la

---

<sup>46</sup> Esta discusión puede consultarse en: Colom, Francisco; Vermeren, Patrice; Ruiz, Carlos et al (2011): *República, liberalismo y democracia*, García de la Huerta, Marcos y Ruiz, Carlos (Ed.), LOM, Santiago.



ciudadanía estaba determinada por la pertenencia de los sujetos a un espacio de convivencia que se presentaba como la piedra angular para la formación de las identidades individuales y colectivas –no se era ciudadano en tanto no se perteneciera a la polis-, en la modernidad la ciudadanía es arrancada de la comunidad de pertenencia (Ferro, 2009: 120) y modelada bajo criterios de universalidad y argumentos trascendentales<sup>47</sup> que apelan a rasgos humanos transversales, cuya importancia no está en las condiciones concretas de vida de los seres humanos sino en valores que se estiman superiores a estos; la idea de la dignidad humana desligada del cuerpo político como base para los derechos políticos<sup>48</sup> implica una escisión del sujeto de sus condiciones asociativas y de pertenencia, y al mismo tiempo su identidad se diluye en el continente abstracto de *humanidad*. A este respecto Ferro se pregunta:

*¿Cómo ha sido posible que la expansión de la ciudadanía se haya dado a expensas de su atributo definitorio, que era la capacidad para la acción política? Eso se debe a que la aparición del Estado-nación coincide históricamente con el reemplazo del espacio público político por el mercado.*

*Cuando se produce esta sustitución del espacio público-político por el mercado, la ciudadanía moderna queda estrechamente asociada con el trabajo. Justamente, la condición que los griegos rechazaban como condición de acceso a la ciudadanía porque el trabajo estaba ligado a la necesidad, ergo, opuesto a la libertad. Paradójicamente, la República moderna, bajo esta perspectiva arendtiana, sólo es posible cuando el espacio público-político, que es un espacio conformado por acciones humanas, ya no existe. En cuanto el espacio público aparece desdibujado y sus fronteras borrosas difíciles de identificar, por consiguiente, también lo son los mecanismos de participación de los ciudadanos,*

---

<sup>47</sup> Así define Taylor los argumentos trascendentales: “Los argumentos que deseo denominar «trascendentales» empiezan con la afirmación de que algún rasgo de nuestra experiencia es indudable y que está más allá de cualquier objeción, para luego avanzar hacia una conclusión más fuerte, relativa a la naturaleza del sujeto o a la posición del sujeto en el mundo” (1997: 43)

<sup>48</sup> Como señala Wendy Brown, en la modernidad “los derechos necesariamente operan en y como un idioma ahistórico, acultural y acontextual: reclaman distancia respecto de contextos políticos específicos, y necesariamente participan de un discurso de universalidad permanente y no de uno de provisionalidad o parcialidad (...) Los derechos operan como un discurso político de lo general, genérico y universal”, y agrega: “Si bien los derechos pueden operar como una indiscutible fuerza emancipatoria en un monto de la historia, en otro momento pueden volverse un discurso regulador, un medio para obstruir o cooptar demandas políticas más radicales, o ser simplemente la más hueca de las promesas vacías” (Brown, 2003: 83)

*de ejercicio activo de la ciudadanía.*

*Bajo el sistema representativo, la acción política es delegada a los representantes en un espacio dudosamente político que, al mismo tiempo, aparece privatizado y escindido de la ciudadanía. La pérdida de capacidades por parte del Estado a partir del llamado “proceso de globalización” ha incrementado el hiato entre la ciudadanía y sus representantes en lo que se ha visto como “crisis de representatividad (2009: 121).*

Y es precisamente lo señalado por Mariano Ferro, a propósito de las fragilidades y dilemas de la ciudadanía, que resulta necesario plantear una vinculación de este fenómeno con los procesos de irrupción de protesta social. Si se mira la obra de autores que presentan a la protesta como un derecho vinculado al sistema democrático, en tanto su justificación se encuentra en el derecho de todo ciudadano de escrutar a la autoridad, resulta forzoso señalar que aquello encierra un atolladero de difícil solución: si el modelo de ciudadanía desarrollado en el seno del constitucionalismo podría implicar una cierta despolitización de los sujetos, en los términos planteados por Ferro, bien podría concluirse, en razón de las experiencias documentadas de movilización social, que la protesta es un fenómeno que reacciona a este tratamiento que el derecho constitucional hace respecto de los sujetos, como también a las limitaciones propias del sistema representativo y al escaso campo de opciones de agencia política de los seres humanos permitido por el orden jurídico<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> A este respecto Pedro Mujica rescata la reflexión de Alberto Melucci y Chantal Mouffe en el siguiente sentido: “Melucci define a los movimientos sociales como “el comportamiento conflictivo que no acepta los roles sociales impuestos por las normas institucionalizadas, anula las reglas del sistema político y ataca la estructura de las relaciones de clase en una sociedad dada”. Destaca tres características de los movimientos sociales: i) una acción colectiva basada en la solidaridad; ii) una acción que conduce a un conflicto; y iii) que rompe con los límites del sistema. Posteriormente agrega otros elementos, como que el movimiento es un proceso en construcción colectiva en que los actores negocian continuamente su acción y, por otra parte, en tal construcción se crean nuevos códigos culturales y nuevas alternativas simbólicas que permiten definir la identidad del movimiento.

La formulación más radical sobre esta visión de los movimientos sociales, como expresión de nuevas identidades colectivas, es sustentada por Laclau y Mouffe, para quienes los movimientos sociales no representan conflictos como expresión de distintos objetivos e ideologías, sino que las mismas prácticas políticas de los movimientos sociales serían las que construyen los intereses que en definitiva pasan a representar. La práctica política, ha sustentado Mouffe, “no puede ser concebida como algo que simplemente representa los intereses de unas identidades previamente constituidas; al contrario, se tiene que como algo que constituye las propias identidades y que además lo hace en un terreno precario y siempre vulnerable” (Mujica, 2014: 117).

Ahora bien, ¿qué hay de los derechos políticos a que la ciudadanía da origen? A pesar del ensalzamiento del paradigma de la ciudadanía como fundante del nuevo orden, desde sus orígenes y hasta no hace mucho tiempo atrás, la cuestión del ejercicio de derechos políticos en el derecho constitucional estuvo atravesada por criterios económicos y políticos mucho más determinantes que la premisa de la ciudadanía. Así, la dignidad y el *status* de los sujetos políticos aparecen desplazados en beneficio de otros criterios tales como el nivel de acumulación de propiedad raíz, el grado de alfabetización y la identidad sexual. Como expresara Benjamín Constant, político y escritor constitucionalista durante la Revolución Francesa,

*En nuestras sociedades actuales el nacimiento en el país y la mayor edad no bastan para conferir á los hombres las cualidades propias para el ejercicio de los derechos de ciudadano. Aquellos á quienes su indigencia mantiene en una eterna dependencia, por condenarlos á los trabajos diarios, ni están mas ilustrados que los niños en los negocios públicos, ni se interesan mas que los extranjeros en la prosperidad nacional, cuyos elementos no conocen, y cuyas ventajas no disfrutan sino indirectamente. (...) Es, pues, necesaria otra condición mas que el nacimiento y la edad prescripta por la ley; á saber, el medio indispensable para la adquisición de luces y de la rectitud del juicio. Solo la propiedad asegura este medio, y hace á los hombres capaces del ejercicio de los derechos políticos (1820: 172)*

Las palabras de Constant reflejan un criterio que durante muchos años dominó el debate sobre los alcances de la ciudadanía y modeló el derecho al sufragio a partir del voto censitario. Lo importante, en definitiva, no era esa dignidad humana compartida y que habilitaba a los sujetos a la actividad política, propia del discurso jurídico de la modernidad, sino los requisitos de clase social, estado civil, sexo, nivel de instrucción y otros que fueran determinados por el orden jurídico.

El contenido ideológico del sufragio en los prolegómenos del constitucionalismo fue mutando hacia formas más inclusivas, el sufragio censitario quedó definitivamente atrás y otros sujetos inicialmente no considerados, como las mujeres, alcanzaron plenos derechos de

sufragio durante el desarrollo del siglo XX. Sin embargo, habiendo transcurrido más de dos siglos desde las primeras formulaciones teóricas en torno a los derechos políticos como expresión de la ciudadanía, ¿puede decirse que estos han mutado siguiendo el ritmo de las realidades políticas actuales? En este punto la discusión parece estar detenida, puesto que la función primigenia del voto, esto es, legitimar las estructuras de poder político y refrendar a los representantes en sus cargos, aún es presentada como la única posibilidad para comprender al sufragio en la actualidad. Al respecto, Aldunate afirma que la ciudadanía es “*la calidad que habilita a la persona que la presenta derechos y obligaciones políticos que son ejercidos en la democracia institucional*”, y agrega:

*Este concepto, además, tiene una función valórica, ya que se entiende como ciudadano a quien participa de los asuntos públicos de forma consciente, preocupándose de actuar informadamente. Históricamente ha variado el significado desde una figura abstracta considerada como un ideal a alcanzar hasta la idea de un individuo con la capacidad de tomar, apoyar o rechazar decisiones responsablemente sobre las directrices de la política de un Estado de Derecho (Aldunate, 2009: 63).*

A su turno, Nogueira señala que el derecho al sufragio es “*expresión del poder electoral que fija la orientación política del Estado, como asimismo permitir la manifestación de la voluntad ciudadana ante plebiscitos o referéndums*” (2005: 155). Como se ve, la ciudadanía y el sufragio son presentados en la doctrina constitucional siguiendo las mismas premisas de la discusión original. Sin embargo, la posibilidad de derechos políticos que permitan a los ciudadanos balancear las relaciones de poder del gobernante está totalmente ausente. Aquello, sin duda, plantea una dificultad a la hora de un tratamiento jurídico del conflicto social, pues, frente a la desafección de los ciudadanos respecto de sus estructuras de representación, parece no haber ninguna alternativa más que la emergencia de movimientos sociales al margen del proceso político institucional. Aquello debería invitar a repensar al sufragio en una doble faz: al tiempo que permite la configuración de una estructura de representación política y, a su vez, concurre a la legitimación de la misma, también podría ser un mecanismo para hacer frente a notorias desviaciones del sistema político, como la corrupción o tráfico de influencias, o al desborde de poderes del gobernante para con el

cuerpo social. Esto ha sido ensayado en otras latitudes mediante las instituciones como el *referéndum revocatorio*, que permite a la ciudadanía poner en funcionamiento una expresión de sufragio con el objeto de remover de sus cargos a quienes han resultado anteriormente elegidos; la *iniciativa popular de ley*, que permite a los ciudadanos activar la función legislativa sin necesidad de una moción parlamentaria previa; o la *consulta vinculante*, cuya función es tornar obligatoria la expresión de la ciudadanía en algún asunto en que ha sido consultada. Sin embargo, estas instituciones, que rompen con la tradición moderna del sufragio, son aún una rareza y no se encuentran presente en la mayoría de los sistemas democráticos.

¿A qué viene la cuestión del sufragio en torno al tema de la protesta social? Puede considerarse que, si se avanza en una comprensión más detallada de la protesta social como expresión de conflictividad social, debería aceptarse que la protesta social tiene que ver mucho más con una agencia política que desborda el margen de posibilidades de la ciudadanía jurisdicada, que la mera libertad de expresión individual que suele argüirse a la hora de presentar este tema. Es cierto que resulta intuitivo asumir que la libertad de expresión debe ser el derrotero que fije el análisis en torno a la protesta, pero también es cierto que la protesta da cuenta de un cierto nivel de actividad social contenciosa que no responde a los cánones de la normalidad política prevista por el constitucionalismo, y en ese caso la libertad de expresión no resulta adecuada para analizar el problema. Si se observa con detenimiento, el discurso constitucional piensa lo político en una lógica alternativa: 1. La normalidad y estabilidad que permite al proceso político formal desplegarse según lo previsto, con el funcionamiento de sus órganos y la concurrencia de los ciudadanos a las urnas, o, 2. La excepcionalidad que impide el normal funcionamiento de las instituciones o que impacta considerablemente en la vida nacional y que permite la aplicación de Estados de Excepción Constitucional. Sin embargo, existe una brecha de convivencia social no alcanzada por el constitucionalismo y que coexiste junto con el normal funcionamiento de las instituciones, esta brecha es el surgimiento del conflicto social cuando el sistema no responde a las aspiraciones de la ciudadanía o cuando los representantes parecen ejercer sus funciones escindidos del mandato democrático que se les entregó. Esto, que ya se ha advertido en la voz de Roberto Gargarella, puede ser encajado en la noción de *alienación legal* y viene a dar cuenta de las limitaciones de la actividad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos

políticos y que motiva el surgimiento de movimientos sociales, grupos de presión y protestas de diversa índole.

En definitiva, cuando desde el derecho se habla en torno a la protesta, además está decir que suelen aparecer cuestiones vinculadas al interés de la ciudadanía por la insatisfacción de sus necesidades o la violación de sus derechos constitucionalmente reconocidos, en suma, se habla de un cierto nivel de déficit del sistema democrático para satisfacer intereses socialmente relevantes. ¿No es acaso esta misma preocupación la que está detrás de la *participación ciudadana* como propuesta actual para el perfeccionamiento de los sistemas democráticos?<sup>50</sup> Aquello puede sugerir que detrás de la acción colectiva de protesta social hay un intento de incidir en los asuntos políticos, que no se conforma simplemente con el ejercicio de derechos expresivos; se advierte, entonces, una comunicación mucho más importante y sustantiva de la protesta con los derechos políticos y el margen de posibilidades que éstos ofrecen a los ciudadanos.

A este respecto, es necesario retomar algunas reflexiones de filosofía política contemporánea que han indagado en la comprensión actual de la ciudadanía entregándole nuevas luces. Señala Rancière en su *segunda tesis sobre la política* que la premisa según la cual el ciudadano es un sujeto que participa en el esquema tradicional de mandar y ser mandado, encierra una paradoja que debe ser explicitada. Esta paradoja se manifiesta en un ciudadano que, “*al mismo tiempo, es agente de una acción y materia sobre la cual se ejerce dicha acción*” (2006: 61). Ello representa una contradicción lógica en la definición de ciudadano que presentara Aristóteles, para quien la convivencia de la *polis* estaba determinada por la posibilidad de tener parte en el hecho de mandar y ser mandado. El sentido usual para comprender la politicidad bajo el paradigma de la ciudadanía nos habla de un “*agente dotado de una capacidad específica que produce efecto sobre una materia u objeto, poseyendo la aptitud específica de recibir este efecto y nada más*” (2006: 62). Para Rancière, esta contradicción del ciudadano como agente de una acción y, al mismo tiempo, materia de dicha acción, no logra ser resuelta con la oposición entre *poiesis*, como el modelo que permite dar

---

<sup>50</sup> Una revisión de la participación política y de su tratamiento como un derecho puede encontrarse en: Díaz de Valdés, José Manuel (2010): “El descuidado derecho a la participación política: ¿qué nos puede aportar el Derecho Internacional”, en *Estudios Constitucionales*, Librotecnia, Santiago, pp. 83-124.

forma a una materia, y *praxis*, que habla de la relación interdependiente entre sujetos dedicados a la política. Recogiendo la lección de Hannah Arendt, afirma que la *praxis* está configurada en relación a la posibilidad de ser iguales en el *arkheîn*, concebida como la posibilidad de comenzar: “*quiere decir comenzar y mandar, por lo tanto, ser libre*” (2006: 63). La descripción se torna enrevesada cuando la ciudadanía es asimilada en la relación *igualdad/libertad*, al afirmarse que vivir en la *polis* es ser libre; la contradicción se vuelve más clara al presentar a la comunidad política como determinada por su posibilidad de ser iguales en el *arkhé*. Debe recordarse, tal como fue presentado en el capítulo primero de este trabajo, que el *arkhé* para Rancière es aquel contexto en donde surge el *politès*, cuya característica es presentar una disposición específica de superioridad e inferioridad, según la cual unos ejercen un efecto y otros lo padecen. La descripción política que Rancière recoge de Homero en su obra *Ulises* distingue entre posiciones de aquel relato, que atribuye la virtud para los *aristoi* y la libertad para el *demos*, siendo esta última parte presentada como aquella que debe acatar la gobernaza ejercida.

*En este reparto, la “libertad” aparece como la parte paradójica de ese demos cuyo héroe homérico nos decía precisamente que solo tenía una cosa que hacer: callarse y curvar el lomo.*

*En suma, la oposición de la praxis y de la poiesis no resuelve para nada la paradoja de la definición del politès. En materia de arkhé, como cualquier otra, la lógica normal quiere que haya una disposición específica a padecer. La lógica del arkhé supone así una superioridad determinada que se ejerce sobre una inferioridad determinada. Para que haya un sujeto de la política, y por tanto política, es preciso la ruptura de esa lógica (2006: 63).*

Esta contradicción presentada por Rancière viene a sugerir que la ciudadanía está lejos de ser aquella categoría indiscutida y consensuada que la ciencia política y el derecho constitucional presentan, al encerrar *condiciones para su posibilidad* que no logran verificarse. Así, la sola idea de concebir al ciudadano a partir de la igualdad y libertad es una promesa cuyo cumplimiento está eclipsado por aquel *reparto de lo sensible* que, en el caso de los sistemas constitucionales, reduce la libertad política a la libertad juridificada de la democracia

procedimental, que cristaliza posiciones de superioridad e inferioridad, impidiendo la ruptura del *arkhé*.

Una reflexión similar es aquella presentada por Etienne Balibar en su trabajo *Tres conceptos de la política: emancipación, transformación y civilidad*, en el cual se pregunta sobre cómo definir a la política

*Cuando se refiere a una universalidad de derecho, que podría considerarse intensiva, porque expresa el principio, declarado o no, de que la colectividad (el «pueblo», la «nación», la «sociedad», el «Estado», pero también la «colectividad internacional» o la «humanidad») no puede existir como tal ni, por ende, gobernarse, mientras esté fundada sobre la sujeción de sus miembros a una autoridad natural o trascendente, sobre la instauración de la restricción y la discriminación (Balibar, 2005: 14).*

Esta pregunta se formula a propósito del concepto de *autonomía de la política* que Balibar busca indagar, para lo cual presenta un análisis que comienza desde un derrotero que ya se ha presentado en este trabajo: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El autor propone denominar a este momento como la *proposición de igualibertad*, que viene a expresar “*la fórmula genérica en la cual se unen dos cauces, prácticamente inseparables, de esa proclamación de autonomía: no hay igualdad sin libertad, ni libertad sin igualdad*” (2005: 16)

Esta fórmula, que encuentra su origen en las revoluciones burguesas que le entregaron su cariz distintivo, fue construida tratando de evocar un origen natural y racional de los agentes políticos que fue determinante para el asentamiento de la noción de ciudadanía. Balibar se pregunta, entonces, si los regímenes herederos de la tradición política inaugurada por las revoluciones burguesas conservan, hasta el día de hoy, la proposición de igualibertad en su forma más eficaz y práctica. El autor interroga el concepto de autonomía de la política a partir de la fórmula de igualibertad sosteniendo, en primer lugar, que ella encierra en su enunciado un *elenchos*, aquello que se entiende como una *autorrefutación de su negación*, es decir,



*Esa proposición constata que es imposible sostener hasta el final, sin caer en el absurdo, la idea de una libertad civil perfecta que se base en las discriminaciones, los privilegios y las desigualdades de condiciones (y, a fortiori, instituirlos), al igual que es imposible pensar e instituir una igualdad entre los hombres que se base en el despotismo (aun «ilustrado»), en el monopolio del poder (2005: 17)*

Así, la proposición se presenta como *incondicionada*, lo que se traduce, a juicio del autor, en dos consecuencias: 1.- “*la política consiste en el despliegue de autodeterminación del demos, configurado en y por el establecimiento de sus derechos*”, por tanto, sostiene, cualesquiera que sean las condiciones en que se encuentran los ciudadanos, y las restricciones aplicadas a su libertad e igualdad, ellas son por lo mismo ilegítimas y puede reclamarse su abolición inmediatamente. No se trata, como expresa Balibar, de reclamar la abolición de un poder opresivo externo, sino más bien de “*suprimir lo que separa al pueblo de sí mismo*” y, por tanto, de su propia autonomía. En este orden de ideas, la misma lógica que encierra esta consecuencia se presenta en la regeneración del *demos* como la “*condición para la conquista de su democracia*”, lo que explica que a lo largo de los años la noción de autonomía política encuentre tantos vínculos con los principios del Derecho Natural (2005: 17). 2.- la proposición también incluye una segunda consecuencia que el autor denomina *cláusula de reciprocidad* y que explica en los siguientes términos:

*Tal proposición implica un derecho universal a la política: nadie puede ser liberado ni promovido a la igualdad -digamos, ser emancipado- por obra de una decisión exterior, unilateral, o una gracia superior, sino solamente de manera recíproca, merced a un reconocimiento mutuo. Los derechos que forman el contenido de la igual libertad y la materializan son, por definición, derechos individuales, derechos de las personas. Pero dado que no pueden ser otorgados, deben ser conquistados, y sólo se conquistan colectivamente. Su esencia es ser derechos que los individuos se confieren, se garantizan entre sí (2005: 17).*

Y agrega, indagando en la noción de ciudadanía:

*Por esta senda pasamos de la autodeterminación del pueblo a la autonomía de la política misma. La autonomía de la política (en cuanto representa un proceso que no tiene otro origen ni otro fin que sí mismo, o lo que se llamará la ciudadanía) no es concebible sin la autonomía de su sujeto, y ésta, a su vez, no es otra cosa que el «hacerse» a sí mismo del pueblo, al mismo tiempo que los individuos que lo constituyen se confieren mutuamente derechos fundamentales. Solamente hay autonomía de la política en la medida que los sujetos son unos para otros fuente y referencia última de la emancipación.*

*Los sujetos de la política entendida en este sentido son, por definición, portadores de lo universal en el que se encuentran implicados. Esto quiere decir, en primer término, que portan esa reivindicación actualmente: en el momento actual (que, como se ha visto, es todo momento, vale decir, siempre es tiempo de exigir la emancipación para sí mismo y para los demás), y de manera efectiva, en un sistema de instituciones y de prácticas ciudadanas que no representan otra cosa que la dignidad realizada de cada hombre. Para ser ciudadano basta con ser hombre, ohne Eigenschaft. Al mismo tiempo, los sujetos de la política son los portavoces de lo universal, pues se «representan a sí mismos». Eso no excluye, evidentemente, ningún procedimiento institucional de delegación del poder, a condición de que sea controlable y revocable (2005: 18).*

Sin embargo, esta noción presenta contradicciones y aporías, como es el caso de la ficción de representarse a sí mismo y a la vez ser portador de lo universal, dado que la palabra expresa relaciones de poder y que la desigual distribución de habilidades de palabra no puede ser resuelta mediante el reconocimiento y la titularidad de ciudadano (2005: 18). A este respecto Balibar recoge la reflexión de Rancière sobre la aporía denominada *un escándalo del pensamiento*, que viene a expresar que

*La política recta, aquella que opone permanentemente la lógica igualitaria a la lógica policial (y que se distingue por ello de la antipolítica, que procede mediante el movimiento inverso), no consiste en la formación de un consenso universal en el seno del demos sino por el contrario en la instauración de una*

*«parte de los sin parte» (los pobres de la ciudad antigua, los obreros, los inmigrantes o las mujeres; sin embargo, como la expresión designa un lugar, no puede ser encerrada en ninguna condición sociológica específica), cuya existencia señala la presencia irreductible de un litigio, o la imposibilidad de construir el demos como una totalidad, una simple distribución o reciprocidad de partes (2005:19).*

La aporía de Rancière es interrogada por Balibar en el sentido de afirmar que la existencia de una política democrática sin ese litigio puede llevar a la consecuencia de afirmar que no existe política en absoluto, pues los *sin parte* no pueden ser sujetos *de la política*, en el sentido de poder organizarse para reclamar la conquista de la igualdad concibiéndose a sí mismos como el todo virtual de la humanidad; tampoco podrían ser sujetos *en la política*, de manera de hacerse oír en las instituciones del Estado cuando sufran un daño, “*instituyendo así la publicidad de la que están excluidos y que, sin embargo, no puede existir sin ellos*” (2005:19). Cabe entonces preguntarse cómo se ha desarrollado esta contradicción expuesta por Balibar, el autor sugiere que la respuesta se acerca a lo que Rancière denomina *el pathos de la víctima universal*, que permitiría “*el paso de una autonomía de la política hacia una política efectiva de la emancipación*”; la autonomía se hace evidente en el *a posteriori que comporta*, cuando se demuestra que parte de la sociedad está excluida del derecho universal a la política, lo que puede apreciarse en la clásica distinción entre *ciudadanos activos versus ciudadanos pasivos*, en este caso, expresa Balibar, los ciudadanos activos aparecen como la fracción capaz de hacer valer su propia emancipación como el criterio de una emancipación general. En este sentido,

*Toda la historia de la emancipación no es tanto una historia de la reivindicación de los derechos ignorados, sino más bien la historia de la lucha real por el goce de derechos ya declarados. Si es así, el combate contra la negación de ciudadanía es la vida de la política de emancipación (2005: 20)*

Sin embargo, esto presenta una profunda ambivalencia, toda vez que, la misma lógica subyacente en el acto de habla de los ciudadanos activos, los que *tienen parte de y en la política*, y que reclaman sus criterios de emancipación como los criterios generales para el

resto de la sociedad, podría también verificarse en el sector de los excluidos, los subalternos y desaventajados, que reclaman su emancipación como emancipación de la humanidad<sup>51</sup>. De esta forma, la ambivalencia parece ser traslapada, y del lado de los dominantes se expresa en lo que Nietzsche denominaba, para referirse a la democracia, como *la moral de los esclavos*. ¿cómo se expresa el mecanismo para construir hegemonía y forjar consenso? Balibar se responde:

*Me tomaré la libertad de llegar a la siguiente interpretación: el dominio sobre un orden establecido se basa, como decía Marx siguiendo a Hegel, en la universalización ideológica de sus principios; pero, contrariamente a lo que él creía, las «ideas dominantes» no pueden ser las propias de la «clase dominante». Es necesario que sean las de «los dominados», las que enuncian su derecho teórico al reconocimiento y a la capacidad igual. O mejor todavía: es necesario que en el discurso de la dominación hegemónica sea posible someter una discriminación de hecho a una igualdad de derecho, no solamente sin que los principios se vean quebrantados, sino de manera que sean restablecidos y den prueba constantemente de su carácter absoluto, pues ellos siguen constituyendo el recurso contra su aplicación fallida. Todos los conflictos pueden entonces transformarse en legitimación, dado que frente a la injusticia del orden establecido no apelan a la heterogeneidad, sino a la identidad de los principios. Pero a fin de cuentas eso no sería posible si los principios universales no expresaran, como quería Nietzsche (para quien consistía en un defecto redhibitorio), el derecho de los dominados, y el valor de criterio que reviste su emancipación. Por ello, en última instancia, basta con que la institución política sea enunciada como el «derecho de los excluidos» para que, en determinadas condiciones, ello mismo asegure la posibilidad de un esquema de consagración del orden establecido, o de consenso. Y esa ambivalencia, al igual que la precedente, no puede desaparecer jamás (2005: 20).*

---

<sup>51</sup> A este respecto nótese esta ambivalencia en uno de los actos de habla más conocidos de las luchas por la emancipación política, el himno de *La Internacional*: “el día que el triunfo alcancemos, ni esclavos ni hambrientos habrá, la tierra será el paraíso de toda la humanidad”

Como se ve a partir de las reflexiones de Rancière y Balibar que han sido expuestas, la filosofía política contemporánea ve problemático aquello que el derecho de la modernidad da por sentado: la posibilidad de una justificación teórica de los derechos políticos a partir de un todo universal y de un argumento trascendente que apele a una realidad superior, tal como la ficción de una dignidad humana compartida. La repercusión de esto estriba en que si se realiza un análisis deconstructivo de la categoría constitucional de la ciudadanía podrá verse que la posibilidad de una política del consenso totalmente incluyente desde la igual dignidad y libertad es problemática, puesto que es evidente que la política democrática, sobre todo la de estos días, expresa una querrela permanente de aquellos que, de algún modo, están actualmente excluidos de aquella libertad y dignidad que el constitucionalismo considera efectivamente extensiva para toda la sociedad. Aquello viene a expresar la duda sobre la efectiva potencialidad del estatuto de la ciudadanía para vehicular las expectativas de los sujetos políticos como la única vía permisible.

### **3. La protesta social como ampliación de la ciudadanía**

A lo largo de los años, el debate constitucional sobre la ciudadanía ha estado dedicado a responder la pregunta acerca de *quién debe ser considerado ciudadano*. Esto, que se denomina *modelos de extensión de la ciudadanía*, forma parte de un debate que tiene por objeto proponer comprensiones sobre la pertenencia de un individuo a una comunidad política, y establecer criterios para adscribir la titularidad de la ciudadanía a determinados sujetos, configurando así una relación particular que habilita para la actividad política<sup>52</sup>. Sin embargo, en este apartado no se analizarán los criterios de inclusión o exclusión de los sujetos en la categoría constitucional de la ciudadanía. De lo que se trata, por el contrario, es analizar cómo la noción de *libertad política*, ínsita en el paradigma constitucional de la ciudadanía, es tratada por la filosofía política contemporánea, para enunciar desde ahí eventuales tensiones, por el momento teóricas, en la agencia política de los ciudadanos en el contexto del Estado Constitucional de Derecho.

---

<sup>52</sup> Una sistematización de criterios que indaga en los ámbitos de exclusión e inclusión de la ciudadanía en relación con los sujetos puede encontrarse en: Marshall (2012).

La cuestión de la libertad política del ciudadano es tratada por el derecho constitucional, tanto en su dimensión de ejercicio político ordinario, como la concurrencia a elecciones regulares para renovar y refrendar estructuras de representación democrática, como también en una dimensión de excepción, mediante la actividad constituyente. Sin perjuicio de esta distinción, la doctrina ha construido una univocidad discursiva en torno a este poder, sin distinguir con claridad el contexto en que es ejercido. En este orden de ideas, en la construcción moderna de la ciudadanía se aprecia uno de los rasgos distintivos de la libertad política: la noción de ser el fundamento último de lo constituido. Los ciudadanos no sólo ejercen su cuota de la soberanía cuando concurren regularmente a sufragar, sino que, en determinados momentos, tienen la posibilidad de dotarse de un orden jurídico y social mediante una constitución; se dice, entonces, que el poder constituyente reside en el pueblo y que este, en tanto titular de la soberanía política, está habilitado para construir poderes públicos que luego actuarán legitimados por el mismo cuerpo social para ejercer la gobernanza con arreglo al derecho. Se trata, en suma, de una relación complicada que permite el ejercicio político originario, que funda poderes públicos los cuales luego ejercerán sus potestades respecto de los sujetos fundadores. Esta dicotomía expresa “*dos características fundamentales de la república moderna: el poder constituyente del pueblo –o libertad política– y el gobierno de la ley –es decir, libertad civil*” (Vatter, 2012: 39). Esta relación ha sido descrita por la teoría constitucional como un proceso de decantamiento en el siguiente sentido: si bien el poder ejercido a partir de la *libertad política prerrevolucionaria* es mostrado como fundamento de los poderes posteriormente constituidos, este poder político luego encuentra su síntesis en las formas jurídicas que agenciarán dicho poder político en el Estado de Derecho, produciendo lo que ha sido identificado como la *juridificación de las libertades* (Vatter, 2012: 39), y que encuentra uno de sus signos más distintivos en la noción de derecho subjetivo para explicar el ejercicio de derechos públicos que configuran una relación recíproca entre Estado y ciudadano.

*Quiere decirse que será a través de esa otra categoría básica del Derecho Público como es la ley, con toda la relevancia que tiene en el revolucionarismo francés, a través de la cual se va a realizar la codificación; y será ahí, en este específico ámbito jurídico, en el que la categoría jurídica de sujeto individual mostrará su señorío en el orden general del Derecho con toda rotundidad:*

*inicialmente a través de su universalización, [otorgando] la capacidad jurídica, la personalidad jurídica de todo hombre. Y a partir de ahí se produce el despliegue de sus capacidades y todo el entramado jurídico a que da lugar la autonomía de la voluntad, destacando, entre otros, estos dos elementos básicos: el nuevo derecho de propiedad y el contrato y la obligación jurídicos (...) Resulta así que el sujeto jurídico (individual) protagoniza el ámbito privado. Pero también el público. Y no me refiero ahora a lo antes apuntado sobre la Declaración [de Derechos del Hombre y del Ciudadano] o sobre las constituciones, sino en el sentido más estricto de que a partir de él -en esta construcción francesa- se origina todo Poder y Derecho Público en la medida en que es la base del poder constituyente, pues la abstracción jurídica del sujeto se convierte en la abstracción política de ciudadano sobre la que se monta también el concepto abstracto de nación entendido en la concepción francesa como contrato o acuerdo surgido entre «sujetos» (concretado a través de esa vertiente jurídico-pública del sujeto que es la participación, el derecho al sufragio) (de Cabo, 2010: 37).*

Sin embargo, como bien ha anotado el pensamiento político contemporáneo, la dicotomía *libertad política/libertad civil* no logra ser resuelta mediante la síntesis ya enunciada. No hay una constatación histórica de la hipótesis que sugiere que el pueblo pueda comprenderse a sí mismo despojado de aquella libertad política original una vez que lo constituido logra establecerse; esta tensión se mantiene viva en el orden constitucional y en el ejercicio de los derechos políticos, en aquello que Balibar denominaba el *derecho a la política*, como la posibilidad de dar cumplimiento a la promesa moderna de la igualdad y libertad, reclamar distancia y separación de lo constituido y decidir, una vez más, sobre el arreglo social, político y jurídico más idóneo para organizar la convivencia en común. Como bien enfatiza Atria, esta decisión está marcada por rasgos que la caracterizan:

*Esta decisión [la de otorgarse una nueva constitución] está radicalmente desvinculada de toda regla o procedimiento, porque de otro modo estaría reconociendo normatividades anteriores y eso sería contradictorio. Tiene que ser una decisión que se haga camino al andar, porque la alternativa a hacerse*

*camino al andar es recorrer un camino hecho antes por otro. Es importante notar, porque esto tendrá consecuencias reales más adelante, que esta radical desvinculación es tanto positiva como negativa. Es positiva en la medida que es una decisión que se libera de todo límite anterior, al menos de todo límite impuesto por las reglas institucionalmente validadas. Pero también es negativa ya que la decisión no es constitutivamente ilícita: pero no es constitutivamente ilícita porque no sea lícita, sino porque es una decisión a la cual la distinción lícita/ilícita no se le aplica. Y no se le aplica en el sentido de que sus consecuencias no son las que de esa distinción se siguen (Atria, 2013: 69).*

Este ejercicio constituyente habla del cariz de la libertad política que subyace en la autodeterminación de los sujetos en el ejercicio del poder, y por ende, en el ejercicio de su ciudadanía originaria. La descripción planeada por Atria, a propósito del ejercicio constituyente, pone en relieve la constante fricción entre ejercicio del poder como expresión de la libertad política y la fuerza del derecho como muro de contención. Para lidiar con este dilema, el pensamiento político contemporáneo ha puesto énfasis en revivir esta antigua discusión moderna acerca de la libertad política, para proponer una reflexión que rechace optar la síntesis de las libertades civiles juridificadas y así evitar identificar “*al poder y la ley como provenientes de la misma fuente*” (Vatter, 2012: 39). Para Vatter, la teoría democrática radical busca la libertad política en aquello que llama “*resistencia mutua entre Estado y Revolución*”, esta reflexión se nutre de las ideas Maquiavelo, Negri y Arendt, en un intento por superar las categorías cristalizadas del derecho político clásico, como también las debilidades del marxismo ortodoxo:

*El liberalismo y el marxismo comparten ambos un presupuesto: que el Estado moderno, para poder ser legítimo, debe contar con un origen revolucionario. Pero mientras la teoría liberal interioriza este origen en un discurso constitucionalista, el cual somete la libertad política a los requisitos del gobierno de la ley, la teoría marxista interioriza al Estado dentro del proceso revolucionario, dejando atrás la libertad política como mera ideología (Vatter, 2012: 40).*



Se trata, entonces, de formular una separación teórica entre libertad política y forma política, de manera de evitar la confusión de estos dos constructos en una única identidad, para esto la teoría democrática radical propone un rescate de las ideas de Maquiavelo en el siguiente sentido:

*Maquiavelo ofrece una teoría de la libertad política como no-dominación en la cual la separación de lo político y lo social sirve para impedir que la libertad política encuentre su síntesis en la forma política, situado, por consiguiente, a la forma-Estado en una situación constitutiva de crisis. En el retorno a Maquiavelo, la teoría democrática radical redescubre dos tesis fundamentales: primero, que la libertad reside (únicamente) en la separación (autonomía) de lo político; segundo, que la libertad política conlleva el rechazo a una síntesis con la forma política (Vatter, 2012: 42).*

Es por esto que cobra importancia rescatar la noción de poder constituyente, pues “*el concepto de poder constituyente es el que permite pensar la libertad política tanto en términos de su separación con lo social como también de su rechazo a la síntesis con la forma política*” (Vatter, 2012: 42). En la propuesta democrática radical estas ideas surgen como nuevas interpretaciones a la noción de autonomía de lo político en dos dimensiones: 1.- la democracia es comprendida como una “*comunidad de singulares en una situación de ausencia de mando y en la que no ha operado la división social del trabajo*”; y, 2.- la Revolución expresa el proceso de crisis permanente del Estado, es decir, del poder constituido. En este último sentido, “*la democracia viene a ser el uso del poder constituyente en el proyecto de emancipación del trabajo de la dominación impuesta por su división social*” (Vatter, 2012: 44). Si lo crucial es cómo pensar la libertad política en términos de su separación con la clausura de posibilidades que el derecho genera mediante la construcción de un *procedimiento absoluto* (recordemos que para Negri, el orden constitucional totaliza la actividad política en el paradigma de la legalidad, de modo que fuera de este no hay posibilidad vigente de agenciar libertad política), habría que preguntarse, entonces, por el momento en que la libertad política encuentra su síntesis en el derecho. Para Antonio Negri, aquello ocurre cuando el poder constituyente es puesto en una determinada *temporalidad*, es decir, quitar el velo de la abstracción y conjugar el poder constituyente con la historia:

*Solo la Revolución Francesa introduce el concepto de poder en la temporalidad concreta de la vida social y solo ella hace del tiempo una potencia constitutiva, radicalizando la alternativa entre la dimensión revolucionaria del trabajo y la dimensión conservadora de la propiedad. En el límite del proceso revolucionario esta alternativa permanece abierta, completamente indecisa, a la historia extraordinaria de estas dos posiciones. De ahí la excepcionalidad histórica del momento de la Revolución Francesa: sus actores entraron en ella vestidos como antiguos romanos y salieron vestidos de burgueses o con monos de trabajo obrero; penetraron en ella pensando como ilustrados y fueron expulsados como revolucionarios modernos o como nuevos conservadores, con posiciones ambiguas entre el historicismo y el reformismo. Aquí el poder constituyente se conjuga con la historia -res gestae, devenir histórico, temporalidad concreta, abierta o cerrada- porque en cualquier caso se había producido una transformación general, una especie de subsunción gigantesca de los seres humanos europeos en un destino nuevo y común, dentro del cual cobraban actualidad opciones nuevas y alternativas (Negri, 2015: 304).*

Una vez que el acto constituyente ha sido puesto en su temporalidad, el poder constituyente se articula con la teoría jurídica en una “*teoría del poder como práctica de la organización y división social del trabajo*”; el derecho clausura las acciones y efectos del poder constituyente sobre la totalidad del ordenamiento, para

*Instigar la exclusión del poder constituyente de las categorías jurídicas. O, para ser más exactos, para confinarlo en un territorio neutro en el cual las acciones y los efectos se vuelven aleatorios y extraordinarios. Se declara la omnipotencia del poder constituyente con el único fin de contraponerla a la omnipotencia del ordenamiento, de tal suerte que cuando una está presente la otra no puede estarlo. El poder constituyente es tratado con el mismo rasero que el trabajo, aceptando que precondicione el ordenamiento para poder así ordenarlo completamente. En esta maraña, «llevar a término» la revolución significa, desde luego, elegir -en lo que atañe al sentido del poder constituyente- pero sin*

*olvidar, aun cuando quiera reprimirse su eficacia, su extraordinaria presencia y su incontenible actividad* (Negri, 2015: 305).

En este orden de ideas, ¿por qué es relevante rescatar esta reflexión en un trabajo en torno a la protesta social? Bien podría decirse que, entre libertad política y protesta hay una distancia conceptual irreductible, de modo que no habría posibilidad de vincularlas. Aquella objeción tendría sentido si se mira la politicidad a través de los lentes de las libertades juridificadas; sin embargo, como ya se ha dicho en páginas anteriores, una descripción acertada de la protesta invita a comprenderla como *el ejercicio de la política por otras vías*. Existe en la protesta un intento de autodeterminación que se construye sin observar religiosamente el texto de la ley, de modo que lo que se pueda avanzar no depende tanto de lo que el derecho tolera, sino de la capacidad del grupo que protesta. Pero, sobre todo, existe un nivel de incertidumbre propio de la libertad política *preconstitucional*, que impide anticipar el modo en que dicha protesta será resuelta y cuáles serán sus efectos<sup>53</sup>, salvo que, según se ha expresado, el derecho opere respecto de ella y sus formas sean juridificadas, permitiendo la clausura de sus posibilidades en un horizonte previsible. Es por esto que conviene tener especial consideración por la tensión que encierra la libertad civil juridificada como lo ha observado el pensamiento contemporáneo. Cuando se propone sujetar a la protesta al derecho y regular sus tiempos, lugares y modos, ¿no existe acaso un intento de configurar una síntesis de la protesta política en una protesta civilizada? Es el derecho, en una pretensión expansiva de su fuerza, que intenta atraer para sí aquellos actos humanos que aún no han sido alcanzados por su mano civilizadora. Así, del mismo modo que la libertad política prerrevolucionaria es puesta en una *temporalidad* específica para permitir su cese, la manifestación política en la protesta es también puesta en una temporalidad, la del Estado Constitucional de Derecho, para declarar el cese de la indeterminación de sus formas en otras que sean previsible para el derecho, y por qué no decirlo, disciplinadas por este.

---

<sup>53</sup> Conocido es el caso del movimiento estudiantil *Todavía podemos salvar a Colombia*, cuyas primeras acciones de protesta surgen para oponerse a un proceso de reforma constitucional en el gobierno de Virgilio Barco, pero que luego alcanzaron tal nivel de intensidad y adhesión permitiendo la realización de una Asamblea Constituyente en el año 1991.

Pero, además, la cuestión de la libertad política tiene una importancia en relación a la protesta social por ser esta última una cuestión constitucional, no en cuanto esta pueda ser tratada como un derecho constitucional, sino en cómo se integra en la creación de un *significado constitucional*. Es decir, cuál será la identidad adscrita a la libertad política de nuestros días en el basto relato constitucional. Según Robert Cover, vivimos en un *nomos*, un universo normativo, en el cual

*El derecho y la narración están relacionados inseparablemente. Todo precepto legal exige ser situado dentro de un discurso –tener una historia y un destino, un comienzo y un final, una explicación y un propósito. Y toda narración exige imperiosamente un sentido prescriptivo, un mensaje moral. La historia y la literatura tampoco pueden evitar ser situadas en un universo normativo, y ni siquiera las prescripciones, aun cuando estén incorporadas a un texto legal, pueden escapar de su origen y su fin en la experiencia, en las narraciones que constituyen las trayectorias tramadas a partir de la realidad material por nuestra imaginación (Cover, 2002: 16).*

Cover señala esto para hacer referencia a la manera en cómo las comunidades perciben y se relacionan con sus normas y prescripciones a partir de sus propios relatos, por esta razón enfatiza:

*Vivir en un mundo legal requiere que uno no sólo conozca los preceptos, sino también sus conexiones con estados de cosas posibles y plausibles. Requiere que uno integre no sólo el «ser» y el «deber ser», sino el «ser», el «deber ser» y el «podría ser». La narrativa integra estos dominios. Las narraciones son modelos a través de los cuales estudiamos y experimentamos las transformaciones que ocurren cuando se hace pasar un cierto estado de cosas simplificado a través del campo de fuerza de un conjunto de normas igualmente simplificado (2002: 18).*

A partir de esto señala que la construcción de un significado jurídico no es un asunto estrictamente estatal, puesto que más allá de la labor de los operadores del derecho, la significación siempre se lleva a cabo a través de un medio esencialmente cultural. En este sentido, la creación de un *significado constitucional* se presenta como la construcción de un

relato común para la comprensión de las tradiciones; “*la Constitución constituye una base ampliamente aceptada –aunque no universalmente- para la interpretación; constituye un centro sobre el cual muchas comunidades enseñan, aprenden y cuentan historias*” (Cover, 2002: 46). La creación de un *nomos constitucional* implica, según afirma Cover, la aceptación de compromisos de los sujetos en torno a ese universo normativo. Este compromiso no puede producirse sin aquello que denomina *objetivación*, es decir, dar existencia a aquello a lo que se ha comprometido.

*La comunidad establece una ley, externa a sí misma, que se compromete a obedecer, y que obedece en dedicación a su comprensión de esa ley (...) La creación de un significado jurídico conlleva, entonces, el compromiso subjetivo de una comprensión objetivada de una exigencia. Supone que el Yo se desentienda del «objeto» de la ley, y simultáneamente se involucre con ese objeto en tanto «otro» que le es fiel. La metáfora de la separación permite la alegoría de la dedicación. La objetivación de las normas con las cuales uno se compromete supone frecuentemente, o tal vez siempre, una narración –la historia de cómo la ley, ahora objeto, llegó a ser, y, más importante aún, de cómo llegó a ser la ley de uno-. La narración es el género literario para la objetivación del valor (Cover, 2002: 76)*

Por esto, la forma en que la protesta social y, en consecuencia, la libertad política que ella encarna, es una cuestión que debe ser especialmente considerada en la construcción de este *nomos*, en este universo de significación jurídica. Si se piensa detenidamente, el relato constitucional del derecho a la protesta conjuga dos caras, la que muestra una categoría jurídica que puede ser adscrita a los ciudadanos en razón de su calidad de *sujetos de derechos*, y otra que implica la aceptación de que el derecho a la protesta debe ser limitado en el mismo sentido que otros derechos también son limitados. Si la *objetivación de la protesta* se produce en estas dos caras: la titularidad del derecho a la protesta, por un lado, y la protesta sujeta al derecho, por el otro, aquello implica un atolladero para el sujeto protestante, puesto que para protestar debe, al mismo tiempo, 1. reclamar distancia de lo objetivado, el derecho a la protesta y su regulación, y, 2. involucrarse con lo objetivado, mostrando la fidelidad comprometida a la regulación de su protesta, con el objeto de permitir el surgimiento del

*nomos constitucional*. Aquello es aún más problemático, puesto que de ello deriva un *significado constitucional* en donde la libertad política desinstitucionalizada de la protesta sólo puede comprenderse como una libertad constreñida por el relato constitucional. Como señala Cover, la sociedad construye su *nomos* mostrando fidelidad al relato construido mancomunadamente, de modo que la objetivación de la protesta realizada por jueces constitucionales no se compadece con esta co-construcción del *nomos*, pues, lejos de ser la sociedad la que decida regular sus formas de protesta, esta es objetivada por tribunales y sujetos que históricamente no han tenido la necesidad de protestar.

## CONCLUSIONES. CONSTITUCIÓN Y PROTESTA: UNA TENSIÓN IRREDUCTIBLE

Desde que la protesta se convirtió en un objeto de estudio de la disciplina constitucional, la doctrina ha puesto esfuerzos en delinear una descripción jurídica, a fin de acercarla a las nociones asentadas en el derecho. Si antes la protesta era vista como un fenómeno pernicioso y eventualmente peligroso para el orden jurídico, hoy es vista como una manifestación social propia de todo sistema político que debe articularse con el andamiaje institucional de las sociedades contemporáneas. Tarea para nada fácil, si se considera que la protesta es un fenómeno multidimensional y multicausal, que en algunos momentos parece reclamar atención del sistema institucional y, en otros, prescindir de lo establecido para buscar sus fines fuera del sistema político formal. Sin embargo, a pesar de la detallada descripción que la sociología ha hecho sobre la protesta como un fenómeno complejo y diverso, el derecho, en cambio, ha preferido tratarla como un todo unitario, reproduciendo la usual construcción de una *teoría general* tan propia del lenguaje jurídico. Aun cuando sea prematuro afirmar la existencia de una teoría general de la protesta social en el derecho, la metodología utilizada por la doctrina tiende a ser totalizadora, presentando un significado preferente, el de la libertad de expresión, para examinar la protesta en los asuntos de interés del derecho.

Sería conveniente, entonces, preguntarse cuál ha sido el resultado de esto; desde luego, una primera e indispensable cuestión es notar que la descripción jurídica de la protesta goza, en un primer momento, de toda la *buena fama* de la libertad de expresión. Ella es rápidamente unida al valor de la actividad política expresiva en los sistemas democráticos y del rol, siempre importante, de escrutar a la autoridad por los más diversos medios. Seguidamente, la protesta se yergue como un instrumento expresivo para colectivos preteridos, grupos desaventajados y minorías discriminadas, quienes históricamente no han podido acceder a puestos de representación y de toma de decisiones públicas. Inclusive, Asens y Pisarello sostienen que la protesta expresiva permite “*la afirmación de reglas y principios garantistas, orientados a mantener a raya la capacidad punitiva del Estado y a asegurar un cierto espacio para las libertades básicas y para la disidencia*” (Asens y Pisarello, 2014: 171).

Hasta ese momento puede afirmarse, sin ningún subterfugio, que la protesta se encuentra con el derecho en una relación armoniosa que sirve a los intereses de la sociedad y no lesiona valores o bienes jurídicos. Este encuentro permite, incluso, proponer la existencia de un derecho a protestar que, como ya se analizó, encuentra sus orígenes en algunas ideas nucleares del constitucionalismo, como el autogobierno y la resistencia a la autoridad, y que al día de hoy encuentra su justificación en un derecho expresivo ampliamente reconocido y protegido por los sistemas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, un punto menos difundido en esta nueva perspectiva de la protesta como derecho, estriba en cuál debe ser la reacción del derecho frente a la protesta que se vuelve incómoda para el sistema jurídico y político. ¿Cómo tratar a la protesta que no se ajusta a la noción de la manifestación pacífica? ¿Qué hacer si esta se desborda, si se vuelve violenta, si impide el funcionamiento de las instituciones o afecta los intereses de algún grupo de la sociedad? La respuesta está en el mismo lugar de siempre: el lenguaje de los derechos. Si la protesta es una manifestación de un derecho expresivo, nada obsta a que sea tratada con el mismo parangón que otros derechos, es decir, que pueda ser limitada, restringida y, especialmente, regulada. Siguiendo esta lógica, la protesta ha sido modelada mediante el rescate de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, que además de sostener el criterio la libertad de expresión individual de la primera enmienda como fundamento para la protesta, también ha desarrollado la idea de sus regulaciones neutrales. Estas regulaciones –que se expresan en prescripciones de conducta que la autoridad está habilitada para reclamar respecto de los protestantes– permiten exigir tiempos, modos y lugares para la protesta social, las que sin embargo deben cumplir con los criterios de neutralidad exigidos por el *strict scrutiny*, tales como la aplicación igualitaria de estas medidas a todos los grupos por igual y la habilitación de canales de comunicación alternativos para quienes protestan.

A su vez, estas medidas podrán ser aplicadas con mayor o menor grado de intensidad según el lugar en que la protesta se desarrolle, todo esto en conformidad a la doctrina del foro público construida por la Suprema Corte. Si bien esta regulación de la protesta permite hacerla compatible con el sistema constitucional, también acarrea consecuencias no siempre pacíficas para la protesta y para la movilización de los grupos sociales subalternos, pues, en última instancia, al tiempo que se les ofrece un *derecho a protestar*, también se regula su



protesta en los términos deseados por la autoridad, produciendo una paradoja fácil de identificar: la misma autoridad que es a menudo impugnada por la protesta social es aquella facultada para regularla. Piénsese, entonces, en alguna de las protestas que acompañaron la movilización estudiantil chilena de los años recientes; una de las acciones más comunes fue la paralización de las universidades y su *toma* por parte de los estudiantes, como un mecanismo para presionar a la autoridad para dar pronta solución al conflicto educacional. Dichas tomas y paralizaciones sucesivas fueron, en gran medida, la herramienta para dar visibilidad al conflicto y obtener respuestas rápidas del gobierno. ¿Qué hubiese pasado si estas protestas hubiesen sido tratadas como el ejercicio de un derecho expresivo? Desde luego, ellas hubieren sido reguladas con medidas de tiempo, modo y lugar proporcionales a un foro *semi público*, como son las universidades y colegios, y depuestas por la autoridad rápidamente. Si la Suprema Corte, en el caso *Cox v. Louisiana*, ya había expresado que una marcha en horario punta no está protegida por la garantía de la primera enmienda o por el derecho de reunión, no podría esperarse un resultado distinto de una medida de protesta más intensa como la toma de una universidad por tres meses.

Como se ve, en la fricción entre protesta y orden jurídico, el lenguaje liberal de los derechos fundamentales ofrece una salida conveniente para el paradigma constitucional, *manteniendo a raya* las manifestaciones sociales que perturben el orden. Sin embargo, habría que preguntarse si esta salida es igualmente útil para la movilización estratégica de los movimientos sociales, pues no se logra advertir el beneficio para los grupos sociales de una protesta regulada que permite condicionar sus repertorios. Como ya se ha señalado, las tácticas disruptivas de protesta no son meros actos atrabiliarios; ellos responden a una planificación de los grupos que los realizan, que articulan prácticas intensas de protesta necesarias para, por ejemplo, obtener una rápida atención del gobierno o de la sociedad. Así, la protesta intensa, como ha señalado la sociología, no es un fenómeno *per se* negativo, como existe en la concepción jurídica del derecho a la protesta, sino un fenómeno social que responde a un contexto y circunstancias determinadas, que deben ser tenidas en consideración a la hora de analizar el tema.

Ahora bien, si el problema es qué hacer con la protesta, no puede olvidarse que el sistema constitucional existe para salvaguardar valores y bienes jurídicos que podrían ser lesionados, entre otros medios, por una manifestación social intensa; de modo que no podría esperarse

del constitucionalismo otra misión que la de reafirmar el compromiso con el orden, la seguridad pública y la cautela de derechos de terceros, para lo cual la regulación de la protesta se muestra como la vía más idónea. En este punto se presenta nuevamente una incompatibilidad, puesto que, al aceptar la protesta jurificada y regulada por el gobierno, se está proponiendo avanzar en una comprensión de la protesta radicalmente opuesta a sus premisas más elementales, como son la expresión del conflicto y la actividad política contenciosa. La sociología ha mostrado que la explicación del éxito de una protesta está determinada, entre otros aspectos, por el nivel de *incomodidad* que genera en su destinatario, de modo que este se ve urgido en concurrir a la solución del conflicto<sup>54</sup>. En este orden de ideas, la regulación neutral de la protesta se presenta como la herramienta más útil de la autoridad para precaver protestas sociales conflictivas y contenciosas, y que ofrece a los protestantes, el derecho a una protesta estéril que sólo se conforma con la expresión de consignas dentro del marco previsto por la autoridad.

La compatibilidad entre protesta y constitución propuesta desde el derecho habla de una protesta jurificada que se orienta en un camino totalmente opuesto al mostrado por las grandes movilizaciones de transformación social, caracterizadas, precisamente, por la multiplicidad de sus repertorios y la intensidad de sus formas, que han tenido la potencialidad de construir un espacio político contrahegemónico al de la autoridad. En cambio, una protesta modelada desde el derecho, a imagen y semejanza de la cláusula de libertad de expresión, es una protesta prefigurada en sus formas, en donde la autoridad tiene la habilitación para determinar los modos de la protesta, teniendo como único punto de referencia a la libertad de expresión, quedando fuera cualquier posibilidad de proteger una acción política colectiva disruptiva y de conflicto, despojando a la protesta de sus elementos más distintivos. Lo que

---

<sup>54</sup> Conocido es el ejemplo de las acciones de protesta del Colegio de Profesores que reclaman el pago de la *Deuda Histórica* producida cuando fueron transferidos al sistema municipal en el año 1981. Hasta la fecha, han muerto más de 15.000 docentes afectados por este conflicto sin que se haya obtenido solución alguna. A pesar de todo, una veintena de docentes se movilizan semanalmente en la Plaza de la Constitución con pancartas y consignas alusivas al pago de la deuda, sin alterar el orden público y con un marcado cordón policial de control. Demás está señalar que, a pesar de la antigüedad de esta protesta y su recurrencia en el mismo lugar desde hace años, la autoridad nunca se ha visto compelida a responder a esta movilización, transformándose esta protesta en un trágico testimonio de que la protesta pacífica no suele ser atendida por el gobierno. En línea: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2014/08/11/la-miseria-y-pobreza-en-la-que-terminan-los-profesores-en-chile/> (Fecha última consulta: 28 de mayo de 2015).

queda, a fin de cuentas, es una pretendida compatibilidad de la protesta social con el orden constitucional, que sólo opera a expensas de la protesta.

Si el Estado necesita mantener el resguardo del orden público para facilitar el desarrollo de las actividades humanas permitidas, la protesta necesita todo lo contrario, esto es, alterar el normal desarrollo de la convivencia con el objeto de lograr rápidamente la atención de sus demandas<sup>55</sup>. Esta es la razón por la que, en este hemisferio, las protestas sociales suelen ir acompañadas prácticas disruptivas que, en el otro hemisferio, han sido sostenidamente rechazadas por la jurisprudencia de la Suprema Corte, tales como marchas multitudinarias que obstruyen la libre circulación, toma de establecimientos públicos que impiden su normal funcionamiento, entre otras. Entonces, llama la atención el tratamiento que la protesta tiene en la actualidad; si la doctrina se ha esforzado en señalar que la protesta es, ante todo, el ejercicio legítimo de derechos protegidos, aquello no resulta congruente con el creciente fenómeno de la criminalización de la protesta social, ni con el hecho de que el sistema interamericano haya tenido que formular recomendaciones a los Estados sobre el uso adecuado de la fuerza en contextos de protesta social. Después de todo, la cuestión es más evidente de lo que se cree: el Estado se ve obligado a tratar a la protesta de un modo distinto al de un derecho meramente expresivo, y esto es porque, como se ha mostrado a partir de los acontecimientos documentados de movilización social, la protesta no suele ser meramente expresiva, sino por el contrario, ella articula prácticas de ejercicio de poder político desintitucionalizado, que persigue fines distintos que aquellos deseados por el orden institucional. Como se dijo anteriormente, si el constitucionalismo quiere honrar su compromiso con la protección de valores jurídicos que estima relevantes, debe tratar de contrarrestar del modo más efectivo posible a los fenómenos que pudieren poner en riesgo dichos valores, y que en el caso de la protesta social, se manifiesta mediante su regulación y persecución. De modo que, si se mira de cerca, el encuentro entre protesta y constitución da cuenta del choque de dos fenómenos sociales opuestos: el instrumento jurídico a través del

---

<sup>55</sup> Aquí puede observarse aquello que la teoría democrática radical advierte como una tensión permanente en el corazón del constitucionalismo y que se manifiesta como una resistencia mutua entre Estado y Revolución. Tal como señala Negri para referirse al ejercicio de la libertad política: *“Toda práctica del poder constituyente revela, en su comienzo como a su final, en su origen como en su crisis, una tensión de la multitud a hacerse sujeto absoluto de los procesos de la potencia. En torno a y en contra de esta pretensión leemos las discontinuidades y las inversiones del proceso constituyente de la racionalidad occidental, del mismo modo que en la continuidad y en la resistencia del sentido de la acción de la multitud podemos leer la tendencia indefinida y siempre renaciente del proceso”* (Negri, 2015: 386).

cual se busca configurar un consenso sobre principios políticos básicos, versus la manifestación social de disenso por vías extra institucionales.

Ahora bien, a pesar de lo señalado, esto no supone *justificar* el tratamiento hostil a la protesta como una medida adecuada, sino más bien presentar una desconfianza honesta: no se puede esperar de la autoridad una reacción afable a la protesta, precisamente porque lo que está en juego es la mantención de una hegemonía en disputa mediante relaciones de poder<sup>56</sup>. Todo esto, bastante alejado del *mantra* de la protesta como libertad de expresión. Entonces, conviene señalar que la elastización de los tipos penales en la criminalización de la protesta es la respuesta de un sistema que se defiende, pero que sin embargo es una respuesta jurídica errónea y desproporcionada. Cuando los operadores del sistema penal tienden a criminalizar la protesta social lo hacen precisamente porque cabe la posibilidad de lograr por la vía judicial, lo que es más difícil de hacer por la vía legislativa: neutralizar la movilización social.

El fenómeno de la criminalización de la protesta no es nuevo, a pesar que de un tiempo a esta parte la vertiginosa irrupción de protestas sociales y su consecuente persecución por los agentes del Estado haya captado la atención de los penalistas, el tratamiento hostil del derecho hacia la movilización social se aprecia desde hace muchos años en las discusiones tradicionales de la teoría constitucional. Esta hostilidad se presenta de forma solapada, presentando categorías filosóficas que aluden a actos de disidencia política y jurídica, tales como la desobediencia civil o la objeción de conciencia, pero en cuya formulación teórica existen marcados intentos en reducir los actos protesta a los límites impuestos desde el derecho. Así, autores como Rawls, Dworkin y Habermas se han ocupado de construir categorías de disidencia jurídica que oponen pesadas cargas de requisitos para los protestantes, como por ejemplo, la exigencia de la no violencia de sus actos, la publicidad de la protesta, la fundamentación en conciencia de la desobediencia y, en último término, el deber general de acatamiento del derecho y la aceptación de la responsabilidad jurídica derivada de actos incompatibles con el sistema. Su razonamiento fundamental radica en que los seres humanos pueden objetar las manifestaciones de injusticia de las instituciones

---

<sup>56</sup> Esto señalaba el ex presidente Sebastián Piñera para referirse a las protestas sociales por la educación acaecidas en Chile durante el año 2011: “*Los violentistas en este país nunca van a tener la última palabra, la última palabra la tendrán, siempre, los que queremos hacer de Chile un país respetuoso. Un país democrático, donde las diferencias las podamos analizar, pero con respeto, porque es la pérdida del respeto lo que debilita nuestra democracia*”.

jurídicas, pero dicha objeción no puede ser incompatible con el orden jurídico. De esto resulta una hostilidad camuflada, el título del texto dice: *los ciudadanos tienen derecho a desobedecer*, pero en el pie de página se indica: *pero lo harán en las formas, lugares y tiempos que yo indique*. Dicha formulación teórica está colmada de sofisticados razonamientos que exigen que la desobediencia sea respetuosa de supuestos valores universalmente compartidos y de principios constitucionales generalmente aceptados, junto con reducir la desobediencia al ámbito individual del sujeto de derecho, al cual, para desobedecer, se le exige presentar objeciones morales concretas y tener conciencia de sus actos. Sin embargo, muchos de los requisitos de la desobediencia civil –tales como la no violencia y la publicidad de los actos desobedientes– no tienen otra finalidad más que servir a los intereses de la autoridad, para anticiparse a la protesta y controlarla del modo más eficaz, mientras que otros, como los deberes individuales del sujeto consciente, reafirman la dimensión del sujeto desobediente jurídicamente responsable, para que luego no haya posibilidad de eximirse del control y sanción estatal.

Se configura, de esta manera, una paradoja para el derecho constitucional, que reconoce la resistencia y al mismo tiempo la castiga. Desde luego, se trata de una disciplina ambivalente que no logra abandonar su cuño: si bien sus orígenes se encuentran en revueltas sociales, revoluciones políticas y pugnas de poder entre la autoridad y el pueblo, su vigencia como sistema hegemónico depende de su capacidad para controlar a la base social a la cual debe su existencia<sup>57</sup>. Una constitución es, ante todo, un instrumento para dar forma al poder político, y para esto debe construir un consenso que, como indica Derrida, nunca será totalmente inclusivo, puesto que siempre alguien quedará fuera del acuerdo sobre cómo ejercer el poder. Así, el nivel de incompatibilidad entre protesta social y constitución está determinado por el cruce entre dos fenómenos sociales y jurídicos que se nutren de fuentes distintas: el consenso político construido desde el derecho, por un lado, y la fuerza de la movilización social que rechaza la constricción jurídica, por el otro. Es por esta razón que,

---

<sup>57</sup> En torno a esta dicotomía entre derecho y conflicto, Benjamin señalaba que la mediación de las violencias por el derecho se mueve en una constante ambivalencia. Todo derecho es violencia, por cuanto contribuye a fundar poderes y un orden, pero una vez que dicho poder está establecido se resistirá a la reaparición violencia originaria y fundadora por el temor de ser refundado. Por esto, se conceden derechos conflictivos como el derecho a la huelga, cuya finalidad es mediar las violencias dentro de marco jurídico previsto, configurando así un tipo especial de violencia que llama *conservadora de derecho*, cuya finalidad última es neutralizar el conflicto que pudiere ser la chispa que detone un nuevo orden político (Benjamin, 2001: 23-45).

por más notables que sean los esfuerzos doctrinarios por elogiar a la protesta social, ella no podrá ser armonizada con el sistema constitucional de una forma integral pues, ante todo, no debe perderse de vista que el encuentro entre protesta y derecho es un encuentro marcado por relaciones de poder radicalmente asimétricas.

Es necesario, entonces, realizar un acto de honestidad: del mismo modo que el consenso constitucional está marcado por la exclusión –en el sentido que siempre alguien queda fuera de la decisión fundamental–, debe señalarse qué fenómeno soportará de forma más intensa los efectos de la compatibilidad forzada: o el constitucionalismo acepta aflojar las costuras del discurso del poder institucionalizado, abriéndose decididamente a las manifestaciones de voluntad de la base social, o la protesta social acepta ser modelada por el derecho y condicionada, por tanto, en sus efectos. Hasta el momento todo parece indicar que es la protesta la que soporta más intensamente los efectos de esta compatibilidad, y aquí la construcción doctrinal del derecho a la protesta juega el rol más importante, ya que es el instrumento que permite al derecho actuar sobre la movilización social del modo más eficaz y congruente con el propio lenguaje jurídico. Lo que ayer se veía como puro y simple desborde de poder estatal sobre la sociedad, hoy es concebido como el derecho actuando de forma razonable y prudente para controlar a gente que no ha ejercido correctamente su derecho a protestar; es el instrumento que permite, en las lamentables palabras de Sebastián Piñera, decir *quien tiene la última palabra*.

Si bien el objeto de este trabajo ha sido presentar una tensión teórica y no una propuesta de solución jurídica del tema, no sería adecuado cerrar esta tesis sin anotar, desde una perspectiva constitucional crítica, una breve recomendación en torno al tema. Vivimos en un período de marcada expansión del constitucionalismo, fenómeno caracterizado por una constante irradiación del derecho constitucional sobre otras áreas que se pensaban alejadas de este; esta irradiación no es un asunto exclusivamente técnico, pues también incluye la irradiación de las reflexiones políticas y morales que han acompañado su desarrollo. En este sentido, es necesario hacer notar que la juridificación de la protesta y su atracción al discurso constitucional representa un riesgo para los colectivos sociales que recurren a ella, pues no sólo se produce un encasillamiento de esta herramienta de transformación social en el discurso liberal de los derechos, sino también una vía para que sujetos que históricamente no han tenido necesidad de protestar, como los jueces o los expertos en derecho, estén

habilitados para decir *cómo*, *cuándo* y *dónde* protestar, o, lo que es más preocupante, por qué y para qué protestar. Por eso la propuesta final es un llamado a cuidarse de no colonizar el agenciamiento político de los grupos subalternos con categorías conceptuales propias de espacios académicos o elitizados; no es sano ni bueno para los grupos en desventaja que sus decisiones políticas y sus herramientas de cambio social sean arrancadas por los espacios elitizados de la academia con el objeto de construir respecto de ellas verdades jurídicas. En vez de buscar niveles de corrección jurídica sobre las actividades políticas de los subalternos, debe aceptarse que la protesta sea decidida en sus formas y contenido por aquellos que se ven forzados a utilizarla, pues ellos y sólo ellos, saben cómo deben desarrollarla.

Si existe un genuino interés jurídico en la situación de desventaja estructural que sufren determinados colectivos sociales, los esfuerzos deberían ponerse en pensar una institucionalidad sensible a estas situaciones, en cómo otorgar una vía constitucionalmente viable para que dichos grupos ejerzan poder político, quizá a través de la iniciativa popular de ley o el referéndum. El esfuerzo debería orientarse en cumplir la promesa constitucional del autogobierno colectivo, en virtud de la cual el derecho no es más que la manifestación de la voluntad del pueblo.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilera, Rafael (2006): “La constitución y la desobediencia civil como proceso en la defensa de los derechos fundamentales”, en *Criterio Jurídico*, Vol. 6, Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, pp. 93-114.

Aldunate, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*, Thompson Reuters, Santiago.

Arditi, Benjamín (2011): *La política en los bordes del liberalismo. Diferencia, populismo, revolución, emancipación*. Gedisa, Barcelona.

Asens, Jaume; Pisarello, Gerardo (2014): *La bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*. Catarata, Barcelona.

Atria, Fernando (2013): *La Constitución tramposa*, LOM, Santiago.

Aya, Rod (1995): “La protesta como política: generalización y explicación en la sociología histórica”, en *Política y Sociedad*, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 18, pp. 107-113.

Badiou, Alain; Bourdieu, Pierre; Butler, Judith et al (2014): “Nosotros, el pueblo. Apuntes sobre la libertad de reunión.”, en *¿Qué es un pueblo?*, LOM Ediciones, Santiago. (Traducción de Cecilia González y Fermín Rodríguez).

Balibar, Etienne (2005): *Violencias, identidades y civilidad: para una cultura política global*, Gedisa, Barcelona.

Bassa, Jaime (2013): “La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, Universidad de Talca, pp. 15-46.

Benjamin, Walter (2001): *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Taurus, Madrid.

Brown, Wendy (2003): “Lo que se pierde con los derechos”, en *La crítica de los derechos*, Siglo del Hombre Editores, pp. 75-146.

Celikates, Robin (2016): “Rethinking Civil Disobedience as a Practice of Contestation – Beyond the Liberal Paradigm”, en *Constellations*, Vol. 23, N° 1, Internacional, pp. 37-45.

Congreso de los Estados Unidos de América (1791): Primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Disponible en: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amendments](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments). Fecha última consulta 3 de febrero de 2017.

Constant, Benjamín (1820): *Curso de política constitucional*, Imprenta de la Compañía, Madrid. Traducido por Marcial Antonio López.



Cover, Robert (2012): *Derecho, narración y violencia: poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Gedisa, Barcelona.

Cruz Parceró, Juan Antonio (2007): *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid.

De Cabo, Carlos (2010): *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid.

Dworkin, Ronald (1989): *Los derechos en serio*. Ariel Derecho, Barcelona (Traducción de María Gustavino).

Ferro, Mariano (2009): “Consideraciones sobre las tensiones de la ciudadanía moderna”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 86, Universidad de Buenos Aires, pp. 99-149.

Fioravanti, Maurizio (2011): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid (Traducción de Manuel Martínez Neira).

Fiss, Owen (2010): *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*. Ad-Hoc, Buenos Aires.

Gargarella, Roberto (2007): *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Ad Hoc, Buenos Aires.

Gargarella, Roberto (2008): “Un diálogo sobre la protesta social y la ley”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 19-50.

Gargarella, Roberto (2015): *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

Gargarella, Roberto (2015a): “Prólogo: Derecho a la protesta: pensarlo todo de nuevo”, en *Criminalización de la protesta. La respuesta del Estado frente a los reclamos ciudadanos*, Gustavo A. Beade y Leticia Vita (comp.), Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 11-18.

Gargarella, Roberto; Aguiar, Fernando; Alegre, Marcelo et al (2005): *El derecho a resistir el derecho*, Miño y Dávila Editores, Buenos Aires.

González, Eduardo (2017): *Asalto al poder. La violencia política organizada y las ciencias sociales*. Siglo XXI, Madrid.

González, Horacio (2005): “La resistencia al derecho” en *El derecho a resistir el derecho*, Roberto Gargarella (comp.), Miño y Dávila Editores, Buenos Aires, pp. 117-120.

Häberle, Peter (2008): “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Año 6, N° 11, pp. 29-61.

Habermas, Jürgen (1997): *Ensayos políticos*. Península, Barcelona (Traducción de Ramón García Cotarelo).

Horrach, Juan Antonio (2009): “Sobre el concepto de ciudadanía: historia y modelos”, en *Factórum*, N° 6, pp. 1-22. Disponible en

[http://www.revistafactotum.com/revista/f\\_6/articulos/Factotum\\_6\\_1\\_JA\\_Horrach.pdf](http://www.revistafactotum.com/revista/f_6/articulos/Factotum_6_1_JA_Horrach.pdf)

Fecha última consulta: 19 de abril de 2017.

Iglesias, Pablo (2008): *Multitud y acción colectiva postnacional: un estudio comparado de los desobedientes: de Italia a Madrid (2005 – 2008)*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014): *Protesta social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales*. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/805/protesta-social.pdf?sequence=1>. Fecha última consulta: 5 de junio de 2017.

Kennedy, Duncan (2010) *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

Lorenzo, Pedro (2001): *Fundamentos teóricos del conflicto social*. Siglo XXI, Madrid.

Lovera, Domingo (2014): *¿Tres son multitud? Constitucionalismo popular, Corte y Protesta*. Disponible en [https://www.academia.edu/7933336/Tres\\_son\\_Multitud\\_Constitucionalismo\\_popular\\_cortes\\_y\\_protesta](https://www.academia.edu/7933336/Tres_son_Multitud_Constitucionalismo_popular_cortes_y_protesta). Fecha última consulta: 20 de agosto de 2016.

Lovera, Domingo (2016): *The Right to Social Protest: Negotiating Constitutional Meanings*. York University, Toronto.

Mattarollo, Livio (2011): “Lo político y la democracia. ¿Consenso o conflicto? Rawls y Mouffe, dos escenarios de reflexión para las democracias contemporáneas”, en *VIII Jornadas de Investigación en Filosofía, 27 al 29 de abril de 2011, La Plata*. Disponible en: <http://www.aacademica.org/000-065/33>. Fecha última consulta: 10 de agosto de 2016.

Mejía, Oscar (2003): “La justificación constitucional de la desobediencia civil”, en *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de Los Andes, Bogotá, pp. 76-87.

Mouffe, Chantal (1999): *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Paidós, Barcelona.

Mouffe, Chantal (2000): *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*. Editorial Gedisa, Barcelona (Traducción de Tomás Fernández Aúz y Beatriz Aguilar)

Mouffe, Chantal (2011): *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires (Traducción de Soledad Laclau).

Mujica, Pedro (2014): *El poder en disputa. Partidos políticos, grupos de interés y movimientos sociales*, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago.

Muñoz, Fernando (2015): *Hegemonía y nueva constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Ediciones UACH, Valdivia.

Negri, Antonio (2015): *El poder constituyente*, Traficantes de Sueños, Madrid.

O'Neill, Kevin (1999): "Disentangling the Law of Public Protest", en *Loyola Law Review*, N° 45, New Orleans, pp. 411-526.

Rancière, Jacques (2006): *Política, policía, democracia*. LOM Ediciones, Santiago (Traducción de María Emilia Tijoux).

Rancière, Jacques (2007): *El desacuerdo. Política y Filosofía*. Nueva Visión, Buenos Aires (Traducción de Horacio Pons).

Rancière, Jacques (2009): *El reparto de lo sensible*. LOM Ediciones, Santiago (Traducción colectiva).

Raveau, Rafael (1935): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Dogmático*, Soc. Imprenta y Litografía Universo, Valparaíso.

Rawls, John (2006): *El liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica, México (Traducción de Sergio René Madero Báez).

Rawls, John (2011): *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, México (Traducción de María Dolores González).

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005): Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=662&IID=2>. Fecha de última consulta: 5 de junio de 2017.

Saba, Roberto (2016): *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Buenos Aires.

Sandoval, Daniel (2013): "El Estado democrático de derecho en términos de dominación: justicia constitucional y violencia simbólica", en *Alegatos*, N° 83, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 31-54.

Schmitt, Carl (2009): *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Alianza Editorial, Madrid (Traducción de Rafael Agapito).

Scribano, Adrian (2003): "Reflexiones sobre una estrategia metodológica para el análisis de las protestas sociales", en *Sociologías*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, N° 9, pp. 64-104.

Silva, Germán (2008): "Teoría del conflicto. Un marco teórico necesario", en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Universidad Militar Nueva Granada, Núm. 22, pp. 29-43.

Taylor, Charles (1997): *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, Paidós, Madrid.

Tilly, Charles (1978): *From mobilization to revolution*. Random House, Nueva York.

Toller, Fernando (2011): *El formalismo en la libertad de expresión. Crítica de la distinción absoluta entre restricciones previas y responsabilidades ulteriores*, Marcial Pons, Madrid.

Vatter, Miguel (2012): *Constitución y resistencia: ensayos de teoría democrática radical*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (2005): *Derecho constitucional. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Zaffaroni, Raúl (2010): “Derecho penal y protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, Eduardo Bertoni (comp), Universidad de Palermo, Buenos Aires, pp. 1-15.

Zibechi, Raúl (2007): *Dispersar el poder. Los movimientos como poderes antiestatales*. Quimantú, Santiago.

Žižek, Slavoj (2008): *En defensa de la intolerancia*, Ediciones Sequitur, Madrid. (Traducido por Javier Eraso y Antonio José Antón Fernández)

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2014): Caso Llaguel Figueroa Carlos y otros con Ilustre Municipalidad de Santiago y otros. Recurso de Protección. Rol N° 39022-2014. Disponible en: <https://www.i-juridica.com/2014/08/22/santiago-39022-2014-derechos-y-garant%C3%ADas-constitucionales-vulnerados-por-toma-de-establecimiento-educacional/>. Fecha última consulta: 3 de febrero de 2017.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (1939): caso *Hague v. Committee for Industrial Organization*. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/307/496/case.html>. Fecha última visita: 3 de febrero de 2017.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (1965): caso *Cox v. Louisiana*. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/536/case.html>. Fecha última consulta: 3 de febrero de 2017.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (1972) caso *Grayned v. City of Rockford*. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/104>. Fecha última consulta: 5 de junio de 2017.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (1989): caso *Ward v. World Against Racism*. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/781/case.html>. Fecha última consulta: 3 de febrero de 2017.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (1995): caso *Capitol Square Review and Advisory Bd. v. Pinette*. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/515/753/case.html>. Fecha última consulta: 3 de febrero de 2017.

Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (1995): caso Clark v. Community for Creative Non Violence. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/288>. Fecha última consulta: 3 de febrero de 2017.