

# La relación entre el derecho a la protesta y las teorías deliberativas de la democracia, en la obra de R. Gargarella<sup>1</sup>

Recepción: 16 de febrero de 2008 | Aprobación: 18 de abril de 2008

Leonardo García Jaramillo\*  
leonardogj@gmail.com

## Resumen

En este texto se analiza la teoría de la democracia deliberativa a partir de la versión de Gargarella y la articulación con el derecho a la protesta en casos de déficit en la garantía de derechos. Se parte de la concepción deliberativa dentro de la producción bibliográfica colombiana; se presentan las razones que enseña Gargarella para conectar las ideas de deliberación e imparcialidad y se agrega otra; se concluye con algunos aportes que dicha teoría realiza a sistemas democráticos como los latinoamericanos, a partir del vínculo entre la protesta como derecho y la deliberación como medio para propender por un igualitarismo en la política pública.

## Palabras clave

Gargarella, Protesta social, Democracia deliberativa, Imparcialidad, Representación plena.

## Relationship between the right to protest and the deliberative theories of democracy in the works of R. Gargarella

## Abstract

This text analyzes the theory of deliberative democracy from the standpoint of the Gargarella version and the articulation of the right to protest in cases where there is a deficit in the guaranties of rights. First, it begins from the deliberative conception within Colombian bibliographical production; then, reasons taught by Gargarella's connected ideas of deliberation and impartiality are presented and one more is added; finally the closing comes with contributions from such theory to democratic systems like the ones from Latin America, from the junction between protest as a right and deliberation as a means to propend towards egalitarianism in public politics.

## Key words

Gargarella, Social Protest, Deliberative Democracy, Impartiality, Full representation

<sup>1</sup> Este ensayo es descendiente de otro que, con el título "Posibilidades de implementación de sistemas de democracia deliberativa en Latinoamérica", se publicará en la revista de filosofía *Paradoxa*. Incluye aportes sustanciales realizados a partir de observaciones del profesor Gargarella, del estudio de algunos de sus trabajos más recientes y de la investigación *Justicia constitucional y democracia deliberativa*, que se desarrolla en el Instituto "Carlos Restrepo Piedrahita" de la Universidad Externado de Colombia, con respaldo de la Universidad de Caldas.

\* Investigador del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de Caldas. Ha publicado diversos ensayos y traducciones en libros y revistas especializadas sobre filosofía política, derecho constitucional y teoría jurídica.

*El derecho acostumbra a hacer lo que no debe:  
maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe  
proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a  
quienes debe controlar.*

Roberto Gargarella

## **I. Desarrollos recientes de la filosofía política en Colombia**

La producción bibliográfica, e intelectual en general, en el ámbito de la filosofía que de unos años para acá se ha venido desarrollando en Colombia, por reconocidos profesores adscritos a centros de estudio de las principales universidades, podría decirse, es ya inabarcable y cada vez más reconocida por fuera de nuestras fronteras. En esta fecundidad intelectual la filosofía política ocupa, sin duda, un lugar privilegiado<sup>2</sup>. Los congresos y seminarios cada vez más numerosos y de mayor nivel, así como las publicaciones periódicas, seriadas y monográficas sobre los principales temas y problemas de esta rama de la filosofía, han revitalizado y fortalecido las reflexiones –tan necesarias en nuestro medio– en torno a la legitimidad del poder político, de las leyes y de la autoridad del Estado, así como respecto de la justicia y principios como los de igualdad, libertad y equidad. Tal inclinación hacia la filosofía moral y política en Colombia<sup>3</sup> constituye un pronto reflejo de los desarrollos que esta rama ha mostrado en otros países iberoamericanos durante las décadas recientes.

El caudal de reflexiones y argumentos que han proporcionado los filósofos políticos colombianos, constituye un valioso empeño por receptor y difundir las herramientas conceptuales surgidas en otras latitudes, gracias a lo cual nuestras propias preocupaciones se dilucidan y se contribuye decisivamente a que teorías transnacionales se hagan efectivas en campos como los de la consolidación de la democracia, la construc-

<sup>2</sup> De lo cual es tributario el propio resurgimiento de la filosofía política global debido a la obra de Rawls, sobre el cual en nuestro contexto se han realizado varias contribuciones: Grueso, 1997, 2005; Cortés, 1999, 2007; Mejía, 1997, 2005; Botero, 2005; Hoyos, 2004 (particularmente los ensayos de J. J. Botero y R. Arango) y García, 2004.

<sup>3</sup> Entre los más recientes y significativos se encuentran, además de los referenciados atrás, Cortés y Monsalve, 1996, 1999; Hoyos y Uribe, 1998; Grueso, 2003; Mejía, 2003; Durán, 2006; Cortés y Giusti, 2007.

ción de sistemas institucionales justos y vinculantes, la protección de los derechos, el respeto por el pluralismo característico de las sociedades contemporáneas y la reivindicación del papel ciudadano en el diseño de las instituciones, para la consecución de los ideales que, en tanto sociedad, procuramos alcanzar. De esta forma, se ha contribuido a fortalecer escenarios democráticos tan enrarecidos como el nuestro y a enderezar críticas hacia anomalías democráticas, como el uso exagerado de los medios de comunicación por parte de los mandatarios, los altos costos de ingreso a la política y la falta de controles en las donaciones privadas a las campañas electorales, lo cual deriva en una indebida injerencia de los intereses privados en las decisiones que deben cobijar al grueso de la población.

Podría ahora puntualizarse la concepción que es, si no la más, una de las que mayor influencia ha ejercido en tal interés filosófico-político en Colombia: la teoría de la democracia deliberativa<sup>4</sup>. Los artículos publicados en reputadas revistas (no sólo filosóficas, sino también jurídicas), las numerosas obras monográficas, así como las colectivas que están integradas por aportes dedicados a las principales cuestiones en la agenda de esta concepción normativa, dan cuenta de un marcado interés de la academia colombiana por la misma. A su vez, tal interés local responde a una palmaria atención que ha recibido esta teoría a nivel global, el cual responde al “giro deliberativo” en la teoría democrática (Lafont, 2007). Sin embargo, tal proliferación de estudios en torno a esta teoría no ha derivado en una única definición de su concepto, adicionalmente, los principales autores de esta teoría (Bohman, Cohen, Elster, Habermas, Rawls, Dryzek, Gutmann y Thompson, Sunstein, Fishkin y Laslett, Estlund, Young y Rehg) difieren sobre varios aspectos, tales como la revisión judicial de constitucionalidad, el escenario idóneo para el ejercicio de la deliberación y su principal objetivo; algunas condiciones imperativas que impone tal teoría para que puedan ser adoptadas las decisiones

<sup>4</sup> Los estudios son: Mejía, 1998; Cortés, 1998; Hernández, 2002; Murillo y Pizano, 2003; Rodríguez, 2005; Haddad, 2006; Durango, 2006; Arango, 2007. Sobre los aspectos deliberativistas de este último, véase mi reseña: García, 2007.

políticas y sociales más importantes, la necesidad de ciertas competencias por parte de los ciudadanos al momento de deliberar y la distinción de las dimensiones epistémica y democrática de la deliberación, entre otras.

Considero entonces que en lugar de hacer referencia a *la* democracia deliberativa como una teoría monolítica, sistemática y perfectamente delineada, podría sustentarse la existencia de variopintas escuelas y doctrinas que, desde diversas perspectivas y provenientes de distintas tradiciones y países, dan cuenta de agendas propias de estudio e investigación<sup>5</sup>. Por esto, dicha teoría debe entenderse preferiblemente como un mosaico de tendencias o como un conjunto de concepciones del orden democrático que poseen, en una expresión del segundo Wittgenstein, un “aire o parecido de familia”<sup>6</sup>, es decir, una red de similitudes y diferencias unidas entre sí, que se entrecruzan como los miembros de una familia. Tales parecidos nos permiten utilizar el mismo concepto (“teoría de la democracia deliberativa”) para referirnos a todos los modelos existentes, sin tener que realizar necesariamente distinciones ni precisiones respecto de los autores y tradiciones que se han ocupado de la misma.

Sin duda alguna, dentro del grupo de los autores que hacen parte de la pléyade deliberativista se encuentran, asimismo, Carlos Santiago Nino y (uno de sus discípulos más insignes) Roberto Gargarella. El primero realizó significativos aportes a la teoría democrática a partir de la defensa de una concepción epistémica de la misma, en virtud de la cual, sustenta, la prueba que debe satisfacer una decisión para ser aprobada a través de los procedimientos democráticos, es la misma que debe satisfacer una proposición que aspire a ser reconocida como verdadera desde el punto de vista moral (Nino, 1996)<sup>7</sup>. A partir de esta articulación de la democracia con la verdad moral, Nino se aleja de las justificaciones tradicionales de la democracia al no

<sup>5</sup> Nino parece concebirlo de igual forma, al sostener que su defensa desde el poder epistémico del proceso deliberativo es hacia “una variedad” de la democracia deliberativa. Cf. 1996, cap. 4.

<sup>6</sup> Referencia proveniente del original en alemán (*Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1969, pp. 324-325), adeudada a Vicente Durán Casas.

<sup>7</sup> Para sugestivos análisis y críticas, ver Hongju y Slye, 1999; Ferreres, 1997, Rosenkrantz, 1991. Lafont (2006) sustenta que una justificación esencialmente epistémica de la democracia deliberativa carece de recursos internos para explicar por qué la deliberación debe ser democrática. Para una distinción entre las perspectivas procedimentales y epistémicas de la deliberación, ver Dryzek, 2000.

apelar a los resultados que se consiguen gracias a ella ni a sus propios valores. Luego de preguntarse ¿qué justifica la democracia? Nino analiza y muestra los límites e inconsistencias de las principales alternativas teóricas que se han propuesto para darle respuesta a esta pregunta. Reúne en dos grupos tales alternativas: como concepciones para las cuales los intereses de las personas son inalterables, asocia la utilitarista, la del análisis económico, la elitista, la pluralista y la consensualista, y como concepciones transformadoras de las preferencias individuales, reúne la soberanía popular, las teorías perfeccionistas y los enfoques dialógicos (Nino, 1996, cap. 4). Posteriormente argumenta a favor de una concepción deliberativa de la democracia (Nino, 1996, cap. 5).

Durante poco más de una década, Gargarella hizo parte del grupo de trabajo coordinado por Nino. Posteriormente se doctoró con Cass R. Sunstein y recibió seminarios de Ronald Dworkin, Joseph Raz y Gerald Cohen, de quienes ha sido seguidor atento, pero también crítico. De tales estudios ha quedado una obra extensa sobre muchos temas relacionados con el derecho y la teoría constitucionales, así como con la filosofía política. En Colombia Gargarella es bien conocido por su obra, fundamentalmente por los libros *Las teorías de la justicia después de Rawls*, *La justicia frente al gobierno* y (aunque no tanto como debería serlo) *Derecho y grupos desaventajados*, así como por las contribuciones que ha realizado a algunas publicaciones colombianas (académicas y de opinión), en las cuales se ha ocupado de analizar la historia del constitucionalismo suramericano (2006c), de defender su postura sobre la democracia deliberativa (2006d)<sup>8</sup> y el igualitarismo político (2002), y de presentar críticas a la Corte Constitucional por el fallo de la reelección presidencial (2005e); igualmente, se han retomado sus reflexiones sobre el derecho de resistencia (2006e) y sobre el control judicial de constitucionalidad en la obra de Nino (2005d). Es citado por Ong, fundaciones y altas cortes<sup>9</sup> en sus pronunciamientos, y en cada

<sup>8</sup> Ese ensayo se publicó en una sección junto con “Las paradojas de la democracia deliberativa” de Andrés Palacios, “Desagravio a Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa” de María Rodríguez y “La democracia deliberativa en las sociedades semiperiféricas: una apología”, de mi autoría.

<sup>9</sup> Por ejemplo, el magistrado(e) Uprimny retoma las características principales de la democracia deliberativa que Gargarella presenta en *La justicia frente al gobierno* (aclaración de voto a la SC-668/04). En varios salvamentos de voto el Magistrado Álvaro Pérez (CSJ) remite a *Las teorías de la justicia después de Rawls*, como una referencia sobre “las nociones de justicia”.

viaje a Bogotá (que entre 2006 y 2007 fueron numerosos) aumentan los epígonos de su obra, ya que escucharlo es una motivación sugestiva para leerlo. Sin embargo, esta es la primera ocasión en nuestro país en la que se escribe algo puntual sobre la obra del profesor Gargarella<sup>10</sup>.

Si bien la teoría de Gargarella *se nutre* y, en algunos aspectos, *parte de* la obra de Nino, *no depende* de ella, pues con el paso del tiempo y la sucesión de debates y publicaciones ha adquirido nuevas dimensiones y perspectivas. Asimismo, aunque Gargarella no endereza una objeción puntual a la concepción epistémica de la democracia defendida por Nino, plantea con claridad una ruptura con la teoría democrática robusta de su maestro, al proponer un interesante e inédito vínculo entre la protesta como derecho y la teoría de la democracia deliberativa como medio para propender por la imparcialidad en las decisiones de la política pública, en cuyo análisis nos concentramos en este ensayo.

## II. Concepciones políticas practicables

Uno de los principales atributos de la obra del profesor Gargarella, a mi juicio, es que, si bien se inscribe en el “canon transnacional” de la teoría de la democracia deliberativa –lo cual lo ha llevado a criticar y controvertir con otros autores–, ha trascendido el componente abstracto de las teorías para problematizarlas respecto de los problemas que ocupan y aquejan a las sociedades latinoamericanas, permitiendo que ideas filosóficas con un grado (muchas veces) incómodo de abstracción se puedan abordar en contextos reales.

Es decir, además de analizar con fidelidad y erudición las principales teorías del “canon”, las ha llevado a un diálogo fructífero con asuntos acuciantes de la sociología y el constitucionalismo, incorporándolas en contextos en principio ajenos a aquellos en los cuales

<sup>10</sup> María L. Rodríguez (2005) anuncia brevemente “La advertencia de Roberto Gargarella” respecto de la insuficiencia de las concepciones que confían demasiado en la buena voluntad de los jueces al momento de proteger a las minorías. Otro análisis (reconstrucción en su mayoría histórica del trasfondo elitista del diseño de las instituciones representativas y la idea de representación que se consolidó y está en la base de la democracia representativa moderna) lo realiza Andrés Hernández (2006).

surgieron. Por esta razón el trabajo de Gargarella re-  
donda en aportes cualitativamente valiosos, por trans-  
figurar y mutar las teorías para que se constituyan más  
factiblemente en alternativas sólidas para viabilizar  
ideales normativos. Al adaptar las teorías filosófico-  
políticas contemporáneas a las penurias sociales más  
acuciantes de nuestro tiempo y nuestro contexto, se  
posibilita acceder a las teorías aprehendiéndolas para  
que sean susceptibles de pensamiento propio, es decir,  
para que se les puedan plantear objeciones, no en sí  
mismas sino en la manera como han sido derivadas  
consecuencias adicionales (y comúnmente insospechadas)  
gracias a los intentos efectivos de aplicación.

Ciertamente, en uno de sus trabajos más recientes  
(2006a) ha articulado las principales implicaciones de  
la democracia deliberativa con la protección judicial a  
los derechos sociales, sustentando que los jueces se  
encuentran en una posición de gran importancia, a  
nivel institucional y democrático, para contribuir a  
fomentar y fortalecer el proceso deliberativo, tal como  
lo ha hecho en Colombia la Corte Constitucional<sup>11</sup>.  
Los requerimientos que deben decidir los jueces mu-  
chas veces constituyen las falencias que han quedado  
del proceso legislativo de toma de decisiones. Como  
sostiene Nino, “las condiciones individuales del orden  
social y económico, así como su nivel de educación,  
constituyen las precondiciones para una libre e igual  
participación en el proceso político”<sup>12</sup>. En suma, po-  
dríamos afirmar que la ausencia de políticas públicas  
destinadas a poner en práctica los derechos sociales<sup>13</sup>  
dificulta la vinculación política de los más desaven-  
tajados en la sociedad, y por tanto socava todo el valor  
del proceso democrático<sup>14</sup>.

Gargarella destaca dos exigencias requeridas para  
la implementación de sistemas de democracia  
deliberativa, las cuales asimismo hacen parte del  
aludido “canon transnacional”, a saber, las decisiones  
públicas deben ser adoptadas luego de un amplio  
proceso de discusión colectiva y –siguiendo a Elster–

<sup>11</sup> Para Gargarella (2006a) la Corte Constitucional, por el hecho de decidir numerosos casos relativos a la protección de derechos sociales de forma respetuosa con la deliberación democrática, representa probablemente la expresión más sofisticada de un tribunal comprometido tanto con la aplicación de los derechos sociales como con la democracia deliberativa.

<sup>12</sup> Este punto de vista ha sido reconocido por la Suprema Corte en algunos casos importantes. Como cuando sostuvo que “la educación es un requisito para el cumplimiento de nuestras responsabilidades públicas más básicas, incluso en el servicio militar. Es el cimiento mismo de la buena ciudadanía” (*Brown vs. Board of Education of Topeka*, 1954). Véase, Nino, 1996, p. 201.

<sup>13</sup> Cohen se pregunta si deben sufrir en silencio los desprotegidos de derechos mínimos, como los sociales. En Colombia, por ejemplo, se receptó la doctrina del tribunal administrativo alemán que se refirió a los derechos sociales como “*existenzminimum*”. Courtis también analiza la marginalización de la que son víctima personas desamparadas de tales derechos. Ver: Gargarella, 2005c.

<sup>14</sup> “Algunos bienes son tan fundamentales para el buen funcionamiento del sistema democrático que si no fueran provistos, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico se desvanecería. Si alguien está muriendo de hambre, se encuentra gravemente enfermo y privado de atención médica, o carece de la posibilidad de expresar sus ideas en los medios de comunicación, el sistema

todos aquellos que se verían afectados (así sea potencialmente) por las decisiones en juego deben intervenir en su conformación. Elster sostiene que el proceso inclusivo de toma de decisiones debe hacerse directamente con la participación de aquellos que serán afectados por la decisión o por intermedio de sus representantes –“parte democrática”–, y tal toma de decisiones debe realizarse a través de argumentos ofrecidos *por y para* los participantes comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad –“parte deliberativa”– (Elster, 1998, pp. 8-9). Respecto de lo sostenido en *La justicia frente al gobierno*, Gargarella reitera algunos argumentos sobre la revisión judicial de constitucionalidad, particularmente en la versión de John Hart Ely, y advierte que mientras menor sea el alcance e intensidad de la participación civil, más débiles serán las razones para considerar que el resultado final del proceso deliberativo sea imparcial.

Para afrontar las constantes críticas hacia las condiciones que antepone la implementación de modelos de democracia deliberativa, afirma sugestivamente que:

si tomamos como punto de partida el hecho de que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, aquellos mecanismos que pueden ayudarnos a corregir nuestras decisiones, las cuales están y siempre estarán sujetas a errores fácticos y lógicos, a falta de información y a los prejuicios sociales. Además, como todos sabemos, el sistema político sufre numerosos problemas que facilitan la aprobación de decisiones parciales. Existe una vasta literatura, tanto teórica como empírica, que refiere y documenta la indebida influencia que los grupos de interés más poderosos ejercen sobre el proceso político. Conforme a tal literatura, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta su deseo de promover la imparcialidad. (Gargarella, 2007)

democrático resulta tan afectado como si tal persona no tuviera derecho al voto” (Nino, 1996, pp. 201-202, citado por Gargarella, 2006a, p. 14).

### III. El derecho a la protesta

En una investigación reciente dirigida por Gargarella sobre la respuesta usual del derecho a las protestas sociales llevadas a cabo por sectores desfavorecidos, sustenta que tanto en Europa como en Estados Unidos y otros países americanos, los jueces no han abordado de manera adecuada la cuestión, en la medida en que tradicionalmente han tendido a reducir las protestas a actos criminales que deben ser sometidos y juzgados como tales, en lugar de prestar atención a las demandas legítimas de los numerosos grupos que las realizan porque se les ha incumplido lo prometido en las leyes y la Constitución.

La protesta social constituye una demanda concreta de la ciudadanía, cuando a causa de la marginalización social se deja de garantizar la protección de derechos, se atropellan directamente o, incluso, no se promueven iniciativas que, en términos de discriminación positiva, compensen a los grupos minoritarios (indígenas, por ejemplo) por el hecho de haber sido históricamente dejados a un lado respecto de la protección y garantía de sus derechos (Gargarella, 2005a, cap. VIII; 1999, "Introducción"; sobre intereses minoritarios en sociedades modernas, 2005a, cap. IX).

En cualquiera de sus manifestaciones (huelgas, toma de tierras, obstrucciones en vías públicas o a la entrada de fábricas...), la protesta no es una queja ni una lamentación pública de los paupérrimos abandonados por el sistema que esperan recibir solidaridad o misericordia de los bienaventurados, sino que desde la propuesta de Gargarella se justifica como la oportunidad legítima de numerosos grupos sociales—aunque minoritarios políticamente—de ser considerados actores políticos relevantes al momento de influir en la configuración del Estado, según las promesas que, en tanto derechos, se han formulado en leyes o, más comúnmente, en textos constitucionales. Pero incluso a un nivel local y de menor dimensión institucional, la protesta se puede presentar cuando quejas y reclamos puntuales sobre asuntos de significativa importancia no son atendidos (ni siquiera oportunamente sino) en algún momento. Por ejemplo, cuando concluía la redacción de estas líneas se llevaba a cabo una protesta en Cali en la que decenas de ciudadanos de un populoso barrio estrato 1, se vieron abocados a obstruir las calles como medio de presión pacífica debido a que, durante meses, la empresa prestadora de un servicio público esencial no les atendió los reclamos por un alza en la factura entre 200 y 300%, por lo cual

se amenazaba la suspensión de la prestación del servicio en la medida en que ningún ciudadano en tales condiciones estaba en capacidad de cancelar más de un salario mínimo legal en un solo servicio público.

La protesta, al evidenciar un sistema incapaz de corregir los males existentes, puede concebirse como una caja de resonancia de las demandas de quienes no cuentan con otros medios para hacerse oír, o igualmente como termómetro que mide el grado en el cual los Estados sociales de derecho están honrando tal modelo ideológico que los apremia a realizar los derechos de forma que se protejan los fundamentales mientras se garanticen los sociales, en función del alcance y significado de una Constitución democrática. La existencia de grupos excluidos de forma sistemática del disfrute de derechos, es indicio de las falencias en los procedimientos políticos existentes.

Una de las preguntas típicas que surge en contra de quienes protestan es por qué no ejercen su acto en un lugar donde no perturben a nadie (tal como al lado de la vía) o en zonas alejadas, o por qué no se limitan a utilizar los canales institucionales, tal como el voto para elegir a quienes presenten dentro de su plan de gobierno la defensa de políticas como las que se demandan con el acto de protesta. Gargarella señala que la democracia contemporánea debe admitir formas “semidirectas” de ejercicio por parte de los ciudadanos a quienes se les están vulnerando derechos, ya que si la protesta se desplaza a otros lugares se termina por socavar la posibilidad expresiva de ciertos grupos (este argumento lo toma Gargarella del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Además, acaso la restricción en las posibilidades de materializar y exteriorizar reclamos legítimos no implica la discriminación de ciertos puntos de vista de quienes, precisamente, han sido omitidos por el sistema.

La sociedad debe preservar el derecho a la protesta porque también en el disenso se apoya la democracia. Como manifestación extrema de quienes tienen dificultades económicas o políticas para expresarse, la protesta debe ser protegida por los poderes públicos y la sociedad civil. El derecho a la protesta es, entonces, el derecho que sirve para reclamar otros derechos o, en palabras del constitucionalista argentino, “el primer derecho: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos” (Gargarella, 2005, p. 19); protestar es exigir en espacios públicos el derecho a tener derechos.

Para concluir este aparte, señalo brevemente una articulación entre lo

esencial de la defensa de Gargarella a la protesta como derecho y el planteamiento de Rawls sobre la legitimidad de la desobediencia civil. La protesta se concibe como la última carta que tienen para jugar los sectores más desfavorecidos, razón por la cual no debe prohibirse, pues al hacerlo se estaría excluyendo a tales sectores de la posibilidad de contar como actores políticos. Con el acto de desobediencia se apela a un sentido comunitario de justicia, al suponer que la sociedad es casi justa y que, por tanto, existe una concepción de justicia públicamente reconocida por sus ciudadanos. Se reclama en la firme opinión disidente que las condiciones de cooperación social no se están respetando, pudiendo así ejercer un acto de desobediencia infringiendo la ley que se considera injusta, pero sin cuestionar el Estado de Derecho (Rawls, 1995a, p. 292). La ley es trasgredida pero la lealtad al orden constitucional se encuentra asegurada por el carácter público y no violento del acto. Rawls, puntualmente, concibe la desobediencia civil como un “acto público, no violento, consciente y, sin embargo, político; contrario a la ley, habitualmente cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en las políticas de gobierno” (Rawls, 1971, p. 364, §55-59). La desobediencia civil es un acto *público*, en la medida en que es abiertamente realizado en público, eliminando actuaciones como las conspiraciones; se compara con el discurso público y con la expresión de las convicciones políticas que toman lugar en el escenario de lo público. *No violento*, ya que herir y lastimar es incompatible con la desobediencia civil como modo de proceder, en la medida en la que interferiría con las libertades civiles y se oscurecería la calidad de civilmente desobediente. Es un acto *político* porque va dirigido a la mayoría que detenta el poder político en un régimen casi-justo y porque está guiado y justificado por los principios de justicia, que son políticos en el sentido en que definen una concepción de sociedad civil y bien público, y se aplican para regular la estructura básica de la política pública, la Constitución y las instituciones sociales (Rawls, 1995a, p. 333; 1971, §55-59). No obstante, el acto civilmente desobediente es pensado para ser *contrario a la ley*, “la fidelidad a la ley queda expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta” (Rawls, 1995a, p. 334). Esta condición permite probarle a las mayorías que el acto desobediente es sincero, legítimo y en conciencia, que procura dirigirse al concepto comunitario de justicia.

## Un caso ejemplar

De la amplia información que se encuentra en su investigación, así como en sus libros y artículos (académicos y de prensa) estudiados, sobresale el episodio –bien difundido por la prensa internacional– de las protestas que adelantaron los pobladores de la provincia argentina fronteriza de Gualeguaychú –en la forma de obstrucciones a los puentes que comunican ese país con Uruguay–, provocadas por la alta probabilidad de que el proceso de producción de una recién construida planta papelera en el lado uruguayo de la frontera, contaminara las aguas del principal río que baña, y en torno al cual vive, dicha población argentina. Sus pobladores, en consecuencia, procedieron a obstruir (“cortar”) los puentes, normalmente uno o dos, y en algunas ocasiones todos, en señal de protesta.

Por este hecho y el subsiguiente reclamo de los perjudicados en Uruguay, así como por la criticada reacción del gobierno argentino, aquel país presentó una demanda al tribunal arbitral del Mercosur en la cual se reclama por una supuesta omisión de actuación –puntualmente, por no haber usado la fuerza pública para reestablecer la circulación– frente a las protestas del grupo de ambientalistas y asambleístas que bloquearon los puentes, lo cual afectó la libre circulación de bienes y servicios. En su defensa, el gobierno argentino, por intermedio de la Cancillería, sostuvo que no podía reprimir el derecho de los pobladores a manifestarse libremente.

Sobre algunas de las tesis de Gargarella respecto del derecho a la protesta versó en parte la defensa de la Cancillería argentina. Se citó puntualmente, y validando las protestas suscitadas por el incumplimiento en la protección de derechos, el concepto de Gargarella con el que intituló su libro sobre el particular, a saber, el derecho a la protesta como primer derecho.

Sin embargo, en una entrevista concedida a *Página 12* ([www.pagina12.com.ar](http://www.pagina12.com.ar), visitada en XII-07), Gargarella manifestó que por el modo como fue utilizado el argumento de la expresión puede hablarse de una trivialización del mismo, en la medida en que el gobierno argentino, limitándose a reconocer la protesta como libertad de expresión, se equivocó al no rechazar tajantemente el reclamo uruguayo que sostenía que la represión era la única forma válida de enfrentar una obstrucción de vías como forma de protesta. Gargarella considera que la cuestión de los derechos humanos se llevó a un plano secundario y juzga al Gobierno por medir el evento en términos de costos políticos y no de justicia.

En este punto, no obstante, resulta interesante señalar que el Gobierno argentino primero circunscribió las protestas como forma de ejercicio de la libertad de expresión (que como derecho humano debe prevalecer), pero

posteriormente siguió las tesis de Gargarella<sup>15</sup> y le restó importancia a tal argumento, negando una actitud pasiva ante la protesta y arguyendo que se había procurado persuadir de manera “razonable” y “eficaz”.

Adicionalmente, el argumento de la libertad de expresión se trivializa “cuando se lo quiere usar para justificar todo tipo de cortes de ruta”, mientras que gana peso “cuando los cortes son protagonizados por grupos desaventajados que vienen sufriendo violaciones a sus derechos fundamentales de modo sistemático y sostenido”. En cambio, considera que “pierde importancia ante quienes cuentan con mayores chances de acceder al foro público por otros medios”. Así pues, dentro de la perspectiva de Gargarella, no toda protesta merece necesariamente el mismo nivel de protección ni cuenta con la misma justificación, ya que debe observarse qué grupo es el que la lleva a cabo. Puede presentarse una protesta de algún sector con recursos que les permiten contar con mayores capacidades expresivas para llevar sus mensajes más lejos y a más personas, y que potencialmente cuenta con mayores probabilidades de ejercer influencia determinante sobre el poder ejecutivo o legislativo; condiciones determinantes en nuestras democracias al momento de discutir cuestiones de interés general (Gargarella, 2005a, pp. 31 y 142)<sup>16</sup>.

Además de señalar la precariedad de los equipos técnicos del gobierno (debido sobre todo al uso de términos incomprensibles, citas inconexas e impertinentes de fallos judiciales anteriores o de autores –falacias de apelación a la autoridad–), Gargarella consideró absurdo que en su defensa el gobierno argentino hubiera apelado al argumento de la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión de quienes tienen motivos de queja frente al poder, ya que tal argumento exige proteger sobremedida la expresión de quienes son marginados y silenciados por el gobierno. El hecho de invocar tal argumento, a sabiendas de que no se está dispuesto a avalar todas sus manifestaciones, evidencia oportunismo y cinismo del gobierno que se defendió, en parte, con un argumento

<sup>15</sup> La concepción dworkiniana de los derechos como cartas de triunfo es analizada por Gargarella en un capítulo II de *El derecho a la protesta*, donde se ocupa con detenimiento del derecho ante los “cortes de ruta” respecto de la crisis social y los conflictos entre derechos.

<sup>16</sup> En este libro Gargarella propone cuatro criterios para evaluar la labor histórica de la Corte Suprema argentina, los cuales sirven como marco para realizar un seguimiento a la Corte Constitucional colombiana: 1) consistencia en las decisiones que implique un respeto a la igualdad y obligue a seguir los auto-precedentes, debiendo justificar argumentada y razonadamente los casos, máxime si representan variaciones de líneas jurisprudenciales; 2) la preservación de la democracia; 3) la protección a los Derechos Humanos, particularmente en situaciones político-sociales difíciles, en las cuales los más necesitados requieren especial protección; 4) la labor judicial que involucra grupos desaventajados, en virtud de lo cual debe velar por los intereses de aquellos que no hacen parte de la mayoría.

fundado en atropellos cometidos por el propio gobierno<sup>17</sup>.

La posición crítica de Gargarella también se dirige hacia la política exterior argentina, la cual fue inactiva respecto de los cortes de ruta a causa del costo que le significaría al gobierno enfrentar una población entera; de igual forma, sustenta, no se mostraron esfuerzos para impedir una probable contaminación fluvial, se toleraron las afectaciones a los uruguayos y no hizo nada para evitar que se produjeran daños del lado argentino. Pero el gobierno uruguayo tampoco tendió la mano ni buscó el diálogo.

Gargarella presenta otros argumentos en sustento de la (podríamos decir) validez jurídica y la legitimidad política de la protesta (2008b). Las personas hoy –que serán los padres del mañana cuando el río (de no hacer nada) va a estar contaminado debido a los residuos producidos por la empresa papelera en las riveras uruguayas del Paraná– protestan para evitar que algo malo suceda con el principal fluvial acuífero que asiste a dicha población, en lugar de protestar mañana (ellos mismos o sus hijos) para quejarse y lamentarse del hecho ya sucedido. En ese probable escenario de contaminación y subsiguiente perjuicio para miles de pobladores, resulta claro que el hecho de no turbar ni molestar a los otros *hoy* con la obstrucción de los puentes, no corresponde a falta de infligir perjuicio, ya que si otros (en este caso la papelera y, también, el gobierno uruguayo) continúan involucrados en actividades que generarán daños graves, la inactividad de la parte afectada es la que en efecto ocasionará un daño futuro.

#### **IV. La protesta como mecanismo inclusivo deliberativista**

Debido al mencionado aire o parecido de familia que poseen los modelos deliberativistas, podríamos decir que hacen parte de un “canon transnacional” que permite identificarlos, como teoría, con rasgos *colectivos*

<sup>17</sup> Sobre la “polémica” presentación argentina ante tal tribunal arbitral, ver: Gargarella, 2006b.

y *públicos* (excluye la deliberación individual o privada resguardada del ámbito social), *adaptativos* (cada momento y circunstancia permite que sus demandas y postulados resurjan y orienten los procesos de toma de decisiones), *auto-referentes* (el propio procedimiento permite decidir las cuestiones que afectan al mismo), *inacabados* (las decisiones están abiertas a ulterior revisión) e *igualitarios* (permite que los ciudadanos o sus representantes participen en condiciones de libertad e igualdad durante el proceso de conformación de la voluntad general) –sigo aquí a Martí, 2007.

A partir de tal identificación, puede presentarse una comprehensiva caracterización de las principales virtudes que le aporta la deliberación al proceso de configuración de la voluntad general y la subsiguiente formación de las leyes. Siguiendo estrictamente a Gargarella, y la lectura que presenta de Nino en algunos aspectos, la concepción deliberativa de la democracia censura la toma de decisiones que benefician intereses privados –individuales o colectivos–, en la medida en la que procura fomentar el trato igual a todos los ciudadanos, por lo cual este sistema favorece la toma de decisiones imparciales. La democracia no sólo es respaldada porque valora el sufragio sino, y fundamentalmente, porque valora el proceso de reflexión colectiva que lo antecede, el cual condiciona en gran medida la imparcialidad de las decisiones y, por tanto, representa lo valioso que resulte un sistema político.

Dentro de las razones para conectar las ideas de deliberación e imparcialidad, Gargarella enseña cinco, a saber: 1) la discusión evidencia y, consecuentemente, ayuda a eliminar los errores fácticos y lógicos que normalmente presentan nuestros juicios, la deliberación actúa como un “filtro externo” al exteriorizar tales juicios ante otros, quienes contribuyen colectivamente a mostrar consecuencias adicionales o contradicciones entre los mismos; 2) al deliberar se intercambia información, lo cual redundará en un enriquecimiento de los juicios y en una ampliación del panorama de sus posibilidades de acción<sup>18</sup>; 3) la

<sup>18</sup> Estas dos razones provienen esencialmente de Nino (1996, cap. 5). La deliberación alienta un genuino intercambio de argumentos.

eliminación de prejuicios sociales, malentendidos y errores interpretativos que afectan la calidad de los argumentos también es una de las ventajas de la discusión, muchas veces la falta de apoyo o respaldo a una decisión importante socialmente no está condicionada por el auto-interés egoísta, sino por el desconocimiento de las preferencias y necesidades de otros; el conocimiento del interés ajeno tiende a robustecer la formación del consenso<sup>19</sup>; 4) La deliberación puede forzar a que determinados planteamientos sean eliminados o modificados para que sean aceptables por los demás<sup>20</sup>; la imparcialidad se favorece en este punto al motivar a las personas a que sólo respalden determinada decisión en su propio interés, y 5) el “carácter educativo” de la deliberación radica en que, intercambiando argumentos, escuchando otras razones y ajustando algunas perspectivas, las personas se educan a sí mismas en la convivencia cívico-democrática (Gargarella, 1995; 1996, pp. 157-160).

El profesor argentino ajusta un clavo suelto en la teoría, al sustentar que el respeto a las mayorías deliberantes no implica de forma alguna el desamparo a los intereses minoritarios, por lo que las razones producto de un proceso deliberativo son más justas en la medida en que toman en consideración, tanto los intereses ampliamente respaldados como los de quienes no cuentan con poder político o representatividad parlamentaria<sup>21</sup>. Antes bien, y en contra de posturas pluralistas de la democracia (que no enfatizan la importancia de la deliberación y sólo procuran ampliar el número de intereses divergentes participantes en el proceso de toma de decisiones), la concepción deliberativista tiene un presupuesto individualista que considera a las personas como *unidades fundamentales* del proceso democrático (Gargarella, 1995), por lo cual puede decirse que es anti-elitista, al rechazar la idea de que una persona o grupo de ellas es más competente para decidir los asuntos públicos de manera imparcial.

<sup>19</sup> Nino profundizó en torno a esta cuestión al defender una justificación epistemológica de la democracia, en *The Ethics of Human Rights*.

<sup>20</sup> La deliberación así entendida opera como en una especie de “velo de ignorancia” rawlsiano, en la medida en que precisamente las personas, cuando van a elegir los principios de justicia, deben dejar a un lado la información específica sobre su situación para operar de manera conjunta e imparcial, y condicionados sólo a elegir determinados bienes que cualquier ciudadano pueda perseguir. Así, en la adopción de reglas básicas para el diseño de una sociedad ordenada mediante instituciones políticas justas, debe propiciarse la suficiente información para garantizar el acuerdo racional sobre cuestiones de principios.

<sup>21</sup> En torno a las restricciones a la deliberación, en lo concerniente a decisiones que, siendo producto de un amplio proceso de discusión oponen sobre alguna minoría un cierto modo de vida, ver: Gargarella, 1996, pp. 164-172.

Nino, siguiendo a Mill, sostuvo que los ciudadanos son mejores jueces para decidir lo que les conviene. Tal presupuesto se expresa en la defensa de los derechos subjetivos sobre políticas que benefician a las mayorías que no consideran los intereses legítimos minoritarios. En virtud de dicha defensa (a partir de Rawls y pasando por Dworkin<sup>22</sup>), la maximización de los beneficios para la comunidad en su totalidad no puede menoscabar los intereses que no están ampliamente respaldados. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que “Condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica, puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías –y a esas minorías radicales que son las personas– de que su dignidad e igualdad serán respetadas” (Sentencia C-350 de 1994).

Considerando que los jueces en sus análisis sobre el rol de las protestas usualmente toman parte en discusiones sobre teorías de la democracia, y que la concepción deliberativa contribuye a que se cuente con una democracia más robusta e incluyente (por lo que los movería a tomar decisiones diferentes a las que de hecho toman actualmente), Gargarella recurre en respaldo de su argumentación a varias sentencias de la Suprema Corte norteamericana y a una interesante apertura ideológica en los recientes desarrollos de las teorías deliberativas de la democracia, las cuales reconocen y validan expresiones enérgicas que alteran el normal transcurrir de la sociedad, así como otras formas de comunicación, como la retórica y la estratégica –protestas callejeras, por ejemplo– (Gargarella, 2008a).

Dos conspicuas autoras, Jane Mansbridge e Iris M. Young<sup>23</sup>, rescatan un componente expresivo de los actos de protesta, al incluir los actos no verbales dentro de las teorías que enfatizan la deliberación pública como característica central de la democracia, por lo cual

<sup>22</sup> La crítica de Rawls al utilitarismo se encuentra desde las primeras páginas de *Teoría de la justicia* (1995). Para la concepción de Dworkin de los derechos como cartas de triunfo, véase: 1995; y sobre la perspectiva utilitarista de la justicia, Dworkin, 2006.

<sup>23</sup> Gargarella se refiere, puntualmente, a Young, 2000; 2001. Mansbridge, 2005. Estlund, 2006.

critican a su turno las concepciones predominantes dentro de esta teoría por omitir tales formas de comunicación, en procura de enfatizar exclusivamente el consenso y el intercambio de argumentos y razones. En particular, la objeción de Mansbridge radica en que de manera frecuente la deliberación ha sido percibida como un medio dirigido a alcanzar un entendimiento que produce un consenso sustantivo, relegando indebidamente el conflicto; pero debe enfatizarse que “la buena deliberación también debería iluminar el conflicto. Debería conducir a los participantes a un entendimiento más matizado de sí mismos y de sus intereses, idealmente menos influenciados por ideas hegemónicas, de manera que pueda situarlos en conflicto abierto con otros participantes” (Mansbridge, 2005, pp. 1-2).

Al rechazar la concepción deliberativista de Habermas por considerar la discusión como el discurso privilegiado y legítimo en la esfera pública, Young sostiene que formas alternativas de expresión deberían ser consideradas como formas valiosas de discurso, ya que muchos de tales actos están orientados a conseguir la inclusión social: “en una sociedad profundamente democrática la presunción debería estar a favor de los manifestantes cuyo propósito es persuadir” (Young, 2000, p. 48). Secunda igualmente la importancia de abrir espacios teóricos para el reconocimiento de acciones que desafían directamente las formas dominantes o más aceptadas de comunicación política.

Para David Estlund, en condiciones de “asimetría de poder” ciertos actos disruptivos pueden ser caminos perfectamente justificados para devolver el significado normativo a las conclusiones del discurso, con miras a remediar ciertas desviaciones desde un acuerdo deliberativo ideal que es sumamente valioso para la estabilidad y la armonía sociales. Desde un enfoque epistémico de la democracia deliberativa, como el representado por Nino, Estlund considera que “una actividad política muy aguda, disruptiva e incluso informalmente represiva [puede ser incorporada] en una aproximación deliberativa de la política democrática, recuperándose así una parte crucial de la promesa moral de la democracia según la conocemos por las experiencias históricas” (Estlund, 2006, pp. 12 y 19).

El hecho de que las protestas se lleven a cabo en espacios públicos es una razón adicional para valorar los componentes expresivos de estos actos y protegerlos. Gargarella en su investigación recurre en sustento a una jurisprudencia consolidada en Estados Unidos y Europa, en virtud de la cual los ciudadanos tienen el derecho a utilizar los espacios públicos para presentar sus quejas y reclamos al grueso de la población. Puntualmente, señala el caso de la Suprema Corte norteamericana *Hague vs. CIO* (307 U.S. 501-18, 1939), que inauguró la doctrina del “foro público” al reconocer

(en la opinión del Magistrado Roberts) un derecho amparado por la Constitución, el de utilizar “calles y parques para la comunicación de opiniones”, que se fundamentó en el hecho de que tales lugares, entre otros utilizados tradicionalmente para la protesta, “han sido siempre destinados para el uso del público y, a través del tiempo, han sido utilizados para la realización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre los ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas”, razón por la cual debe preservarse tal componente.

Desconocer la transmisión de mensajes políticos por otros medios y enfocarse exclusivamente en la sanción de tales actos, es darle la espalda a una parte crucial del asunto, en la medida en que tales actos que alteran el transcurrir normal de la sociedad son en su mayoría recursos desesperados que tienen como objetivo llamar la atención al resto de la sociedad en general y a las autoridades públicas en particular, sobre una cuestión importante para un amplio sector que ha sido descuidado o vulnerado. En los casos de protestas habría que reflexionar, entonces, sobre las oportunidades de los grupos desfavorecidos de las sociedades latinoamericanas, que cuentan con menores posibilidades de acceder a espacios que les permitan presentar sus reclamos. “En muchos casos, el medio puede ser bien el mensaje”, como se dijo en otra sentencia (*FCC vs. Pacifica Found*, 438 U.S. 726, 1978). Si bien es difícil distinguir entre expresiones de un grupo movido por intereses legítimos y algunos integrantes de las protestas que son violentos y vándalos, debe preservarse en la medida de lo posible el “componente expresivo” de estas acciones que se transmiten de diferentes formas que pueden trascender las escritas o las propias del lenguaje verbal.

En un ensayo próximo a publicarse, escrito en la atractiva forma de diálogo entre quienes sostienen argumentos y contra-argumentos favorables u hostiles a los intereses de los manifestantes, Gargarella (2008a) retoma algunas de sus tesis sobre el derecho a la protesta y, a partir del caso *Adderley vs. Florida* (385 U.S. 39, 1966), ilustra uno de los principios que acuña para respaldar el punto de vista de los manifestantes, el cual denomina *principio de imparcialidad deliberativa*, en virtud del cual el grado de marginación del debate público que padece un grupo, debe ser proporcional a la sensibilidad con la cual se juzgan las protestas que llevan adelante dichos grupos por sus demandas. Los jueces se equivocan al juzgar a los protestantes como miembros plenamente integrados de la comunidad deliberativa. Después de admitir la posibilidad de contar con protestas al interior de las democracias, se debería considerar si las demandas sociales expresadas por su intermedio merecen protección constitucional. El principio no implica

que, debido a la difícil situación de ciertos grupos, se deba simplemente aceptar sus demandas o no considerar la manera como se presentan, pues la decisión judicial, advierte Gargarella, depende de las particularidades del caso.

El caso *Adderley* es particularmente interesante porque implicó la presencia de “acciones directas” y la participación de grupos que enfrentaban una situación socio-económica difícil. La Corte tuvo que decidir si revocaba o confirmaba la condena a unos manifestantes, después de haber bloqueado la entrada de una prisión donde algunos de sus compañeros estaban arrestados por participar en una protesta por los derechos civiles. Aunque se confirmó el arresto (en una votación de 5 contra 4) es interesante observar la opinión disidente, citada por Gargarella:

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

El otro es el *principio de las violaciones sistemáticas*, en virtud del cual las autoridades deberían prestar atención a las protestas, ya que son consecuencia de la violación sistemática de derechos básicos, considerándolas justificadas cuando la injusticia es grave y persistente. Los jueces no deberían ser indiferentes a las situaciones extremadamente difíciles que enfrentan los manifestantes, que requieren atención urgente por parte de las autoridades públicas. Como efecto de acciones, omisiones o ambas, el Estado puede ser considerado responsable de privaciones que sufren grupos desfavorecidos, por lo cual es razonable pedirle a los jueces (dispuestos a obrar con justicia) que toleren las protestas que en otros casos podrían ser inadmisibles, advierte Gargarella. En síntesis, situaciones extremas (particularmente cuando son provocadas y/o mantenidas por el Estado) pueden requerir medios extremos de protesta.

## Conclusión

Además de diverso, Colombia es un país desigual: la mitad de los ciudadanos permanece bajo la línea de pobreza; quienes padecen condiciones

de miseria ascienden a 11 millones y la mortalidad infantil registra un alarmante 35%. La desigualdad económica conduce a la desigualdad social, y éstas a la desigualdad en la representación política, por lo cual los pobres han estado históricamente marginados de los procesos de toma de decisiones y, así, de una voz que permita hacer conocer sus necesidades. Amplísimos grupos sociales son acogidos por el ordenamiento jurídico pero despreciados por el sistema político.

La capacidad económica determina la oportunidad de acceder a la difusión pública de un mensaje, y si tal mensaje pretende denunciar la situación de niños que se mueren de hambre en el Chocó, otros muchos que también por hambre deben abandonar sus estudios en Córdoba y miles de ciudadanos a quienes, por ejemplo, no se les atienden sus reclamos por las alzas desproporcionadas en la tarifa de los servicios públicos esenciales, la protesta se convierte en un recurso legítimo para insertarse en las dinámicas deliberativas que procuran igualar en la realidad a las personas, a partir del cumplimiento del amplio catálogo de derechos como los consignados en la Constitución<sup>24</sup>.

En contextos de desigualdad el derecho a la protesta se reserva a quienes no tienen otros medios (directos) para hacer conocer su punto de vista y exteriorizar, mediante foros en la plaza pública, peticiones a nivel institucional. Es decir –fundamentalmente– quienes no tienen acceso a los medios de comunicación no cuentan con capacidad económica que se traduzca en representación política, a partir de la cual se pueda materializar demandas acuciantes de amplios sectores que incluyan al grueso de la población sin medios para difundir sus mensajes ni acceso ante quienes toman las decisiones que, directa o indirectamente, los afectan.

Podríamos decir que los gobiernos son responsables de los bloqueos a las vías terrestres porque históricamente han bloqueado las vías de comunicación que lo

<sup>24</sup> Sobre el ideal de la democracia deliberativa en torno a la representación plena de la ciudadanía, ver la contribución de Gargarella en: Elster, 1998, cap. 10.

vinculan con la ciudadanía. Muchas veces son los representantes del pueblo quienes socavan los derechos expresivos esenciales (organizar manifestaciones y asambleas, y protestar) de quienes los eligen, cuando la expresión política en tales situaciones requiere de protección pública. Para Gargarella, la única política pública concebible frente al conflicto social suscitado por la protesta legítima, no puede seguir siendo la de sacar la caballería a la calle y movilizar a los servidores del derecho penal. En este punto parece pertinente traer a colación la frase de Thomas Hill Green (adeudada al profesor Gargarella): “Antes de penar a alguien por la comisión de un crimen, deberíamos asegurarnos de que esa persona tuvo una posibilidad equitativa de no cometerlo”.

Las únicas medidas admisibles en la reglamentación del ejercicio de tales derechos son aquellas relacionadas con el tiempo, lugar y modo en el cual se ejercen, mas no en su contenido. El ejercicio de tales derechos expresivos sólo puede limitarse si dicha limitación 1) no implica, en los hechos, discriminaciones entre puntos de vista diferentes, 2) es diseñada del modo más “estrecho” posible y 3) deja abiertos canales expresivos igualmente significativos para que pueda alcanzarse la audiencia a la que el discurso del caso quiera alcanzar. Gargarella ejemplifica al respecto con la jurisprudencia extranjera que invalidó una norma que impedía a los grupos protestantes repartir panfletos y colgar carteles en las calles, pues en la realidad tales restricciones sólo afectaban a los grupos integrados por los ciudadanos que tienen menor acceso a los medios para hacer conocer sus mensajes. Procedimientos equitativos (tales como impedirles protestar “a todos”) producen resultados injustos, en la medida en que quienes pueden costear otras formas de hacer conocer sus mensajes, en efecto, lo harán.

La protesta, incluida por el constitucionalismo desde su génesis como un elemento básico<sup>25</sup>, es un derecho, al tiempo, válido dentro de un ordenamiento

<sup>25</sup> Sobre este punto ver: Gargarella, 2005c. “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema” fue publicada también en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía* 4, 2007; en inglés (“The Right of Resistance in Situations of Severe Deprivation”) se incluyó en *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor?* (T. Pogge (ed.), Oxford University Press, 2007).

jurídico y natural manifestación debido a las muy precarias condiciones que viven cientos de miles de ciudadanos por la gravedad de las violaciones de derechos que sufren, debido a las cuales se puede entender y justificar, excepcionalmente, que ciertos grupos recurran a vías de expresión no tradicionales que involucren la afectación de derechos de otros. Los Estados no sólo tienen un deber de solidaridad frente a los pobres, sino que son responsables en grado sumo por la protección de sus derechos.

Los grupos que protestan por la salvaguarda o la recuperación de sus derechos no sólo están en una difícil situación, en la medida en que se les afectan derechos mínimos (como los sociales<sup>26</sup>) que hacen parte, precisamente, de aquellas condiciones sin las cuales no es posible desarrollar proyecto de vida alguno, sino que al carecer de oportunidades para acceder a espacios de difusión recurren a la protesta como último recurso (Cf. Arango, 2004).

Con fina ironía el profesor Gargarella sostiene que:

los cortes de calle no nacieron como un modo divertidísimo de festejar la disputa sobre un derecho, sino como un recurso último y desesperado para llamar la atención de autoridades que cerraban las puertas, las ventanas, los ojos y los oídos a quienes venían a reclamar de rodillas por la protección de derechos arrasados por el poder. (Gargarella, 2008b)

El razonamiento que debe orientar el criterio general, pero particularmente el de las autoridades respecto de las restricciones impuestas a las diversas formas de ejercer actos de protesta, es resultante de la ponderación entre la medida restrictiva y la situación particular de quienes (en la realidad, más no sólo en la formalidad) resultan más afectados por normas como la de impedir la repartición de panfletos.

Democracias permanentemente protestadas, como la colombiana, resultarían beneficiadas al fortalecer (ya

<sup>26</sup> Gargarella considera que deberían modificarse las leyes y transformarse las doctrinas prevalecientes en Argentina sobre derechos sociales y protesta social. En ese sentido se encuentra trabajando actualmente sobre la teoría del castigo y la falta de legitimidad del Estado para reprochar ciertas conductas, mientras no asegure las precondiciones básicas de la responsabilidad penal.

que se encuentran instaurados en la Constitución, en la ley que regula el funcionamiento del Congreso (5/92) y en la jurisprudencia constitucional) los procesos deliberativos que se encaminan hacia la elusión de las severas condiciones de inequidad en las decisiones públicas al interior de los sistemas jurídico-políticos; condiciones que no hacen más que perpetuar entre los grupos sociales desfavorecidos una especie de situación de humillación severa que implica que sus miembros, al no tener voz para expresar sus necesidades, no se perciben a sí mismos como destinatarios, ni siquiera como merecedores, de derechos. Los procesos deliberativos propenden por integrar más voces parlamentarias, o por escuchar a las existentes, en el proceso de configuración de la opinión pública para que no sea simplemente un resultado previamente asegurado de intereses privados o, en todo caso, que no correspondan a cuestiones de interés general.

Hay que precisar en este punto que, como modelo normativo de democracia, la teoría de la democracia deliberativa *no describe cómo son* las cosas en realidad (cómo operan las instituciones jurídico-políticas que cuentan con representatividad popular) sino que *prescribe cómo deben ser* (o sea cómo hay que concebir o razonar en torno a las instituciones de la política pública a partir de una valoración que dé cuenta de un estado de cosas ideal). Esta teoría sobre la democracia se encamina hacia el entendimiento de que la toma de decisiones en el escenario público es un procedimiento discursivo, basado en el intercambio de razones y argumentos en respaldo a una u otra opción y que se orienta hacia la transformación de las preferencias políticas mediante el convencimiento racional, es decir, atendiendo al argumento que posea mayor fuerza, con el ideal de alcanzar un consenso ampliamente vinculante.

Si, conforme a Rawls –perspectiva que asume Gargarella–, en la deliberación radica la idea misma de la democracia deliberativa (Rawls, 2001, p. 138), procedimentalmente ésta permite que se amplíe el panorama de los juicios a partir de un intercambio de razones y de sus fundamentos articulados con las cuestiones de política pública. Los deliberantes que representan al pueblo, al tener conciencia de que deben exteriorizar sus posiciones y contar con sustentos sólidos enfocados hacia el bien común, aumentan la posibilidad de que las decisiones públicas cuenten con un alto grado de razonabilidad. Como afirmara en su *Magnum opus*: “El intercambio

de opiniones con los demás modera nuestra parcialidad y ensancha nuestra perspectiva; se nos hace ver las cosas desde otros puntos de vista, así como los límites de nuestra propia visión” (Rawls, 1995a, p. 327).

La deliberación limita las razones que los ciudadanos pueden otorgar en sustento de sus opiniones políticas a aquellas acordes con una consideración igualitaria de los otros ciudadanos (Elster, 1998), quienes clarifican y, en muchos casos, redefinen sus propias perspectivas sobre los asuntos que afectarán al resto de la sociedad, ampliando el rango de alternativas de solución a los problemas planteados. Esta consideración deliberativista tiene dos caras: de un lado, puede manifestar falta de compromiso social e irrespeto a minorías culturales pero, de otro lado, constriñe a pensar en las pretensiones de los demás favoreciendo la solidaridad hacia los problemas que aquejan al resto de la sociedad, por lo cual los ciudadanos o sus representantes piensan con un sentido más orientado hacia la comunidad. Se avanza así en la construcción de decisiones más razonables, pues deben ser permanentemente oponibles ante terceros.

Además de la gran utilidad arrojada por el análisis de Gargarella sobre el derecho a la protesta y el vínculo con teorías normativas de la democracia, como la deliberativa, el análisis de la polémica jurídico-social y política suscitada por protestas, como la de Gualeguaychú, permite contar con interesantes perspectivas respecto de la situación de la política colombiana: el sistema democrático y los usos y abusos del derecho, así como los límites que se imponen a las manifestaciones de quienes han sido relegados históricamente de la protección de sus derechos mínimos y no cuentan con algún otro medio para exteriorizar sus angustias.

Este país, como sabemos, es escenario de constantes protestas sintomáticas de los déficit en la garantía y realización de los derechos: las tomas de vías de los indígenas caucanos, las constantes protestas de los sectores más desfavorecidos de la sociedad por alzas injustificadas en los servicios públicos o el encarecimiento general del costo de vida; recuérdense también las protestas en todo el país cuando en el primer gobierno de Uribe se pretendió gravar con el impuesto al valor agregado (IVA) varios elementos de la canasta familiar y los libros.

Los procesos de decisión pública, en los cuales la deliberación se cuenta como un requisito esencial, se orientan hacia la legitimidad del Estado y el

<sup>27</sup> Uno de los asuntos principales de los que Habermas se ha ocupado es el de la democracia en la concepción deliberativa. Esta perspectiva conduce a otra de las cuestiones de importancia en su obra, la racionalidad comunicativa (Habermas, 1998, caps. VII-VIII; 1999, cap. "Tres modelos normativos de democracia").

<sup>28</sup> En "Consideraciones en torno a la discusión sobre la justiciabilidad judicial de los derechos sociales" (*II Congreso Internacional "Derecho y sociedad en el Estado Constitucional"*, Universidad de Manizales, 2007) sostuve que en Colombia asistimos a una especie de "reversión de la objeción contra-mayoritaria", cuya enunciación fundamental sostiene que comporta la recurrente crítica de la que son objeto los jueces porque, al ser nombrados en lugar de elegidos por el constituyente primario, supuestamente no podrían en sus decisiones definir los contornos de la democracia, regular parte del gasto público (piénsese en la protección a los derechos sociales) o dejar sin efecto leyes aprobadas por el Congreso. Si bien éste es el que, en principio, debía reflejar mejor sus intereses, preferencias y concepciones, la reversión tiene que ver con que en Colombia la ciudadanía parece sentirse más cercana a la Corte Constitucional, órgano sobre el que no interviene en su elección ni cuenta con mecanismos para la remoción cargos, como pasa con los parlamentarios. Esto puede responder, en parte, al agudo déficit en la representación ciudadana *real* en el Congreso, evidente, entre otros factores, por la corrupción, la 'para-política', las finalidades clientelistas y

sistema jurídico<sup>27</sup>. La adscripción a las virtudes del modelo deliberativista señala la posibilidad de encontrar caminos para solucionar los desaciertos en los que se incurre durante el trámite de leyes y actos legislativos<sup>28</sup>. Si dicho trámite fuera más visible, por los medios de comunicación y por la labor de entidades dedicadas al control y seguimiento de esta labor, (ONG, centros de estudios, observatorios...) los congresistas, o al menos un buen número, tendrían más precauciones e impedimentos al momento de secundar proyectos que respondan a intereses sectoriales o no-políticos, o al intentar fundamentar sus decisiones con argumentos que no puedan ser oponibles y sustentables ante sus electores, pero particularmente ante el pueblo.

Con base en mecanismos que exterioricen las razones e intenciones de los representantes en el Congreso, entre otros concernientes a la agenda deliberativista, se propenderá por una política nacional más razonable, en armonía con su consagración constitucional y desarrollo jurisprudencial. Los caminos que remedien los vicios parlamentarios son imperativos institucionales en un sistema democrático como el nuestro, que tiene que encontrar mecanismos para ser más justo y extensamente vinculante; mecanismos que se articulen fructíferamente con los postulados de la teoría de la democracia deliberativa. La deliberación puede impedir, o al menos ayudar a prevenir, la adopción de decisiones infundadas, sesgadas o no-políticas, tal como lo ha enseñado el profesor Roberto Gargarella en su extensa obra, la cual suministra interesantes métodos y conceptos producto de sus análisis de diversas tradiciones teóricas (más que de autores puntuales) que han influido en el plano académico, pero también (aunque no tanto como debería) en el político y el social de su país y otras latitudes. Gargarella persuade para abrir los horizontes intelectuales y tomar conciencia del rigor que exige la labor investigativa. Con la sucesión de debates y

publicaciones, la teoría de Gargarella ha adquirido nuevas dimensiones y perspectivas, dentro de las que se destaca el que las haya llevado a un diálogo fructífero con otras disciplinas, particularmente al derecho constitucional. También resulta de la mayor utilidad su mirada crítica sobre las pasajeras modas intelectuales cuya recepción no pasa por un tamiz riguroso. Su obra –en plena y constante evolución– aporta elementos valiosos para el derecho y la teoría constitucionales en Colombia, y es un ejemplo a seguir para la conformación y el fortalecimiento de sus comunidades académicas, así como para repudiar las complicidades autistas de quienes evitan o rechazan la confrontación crítica 

electoreras en las propuestas legislativas. Es decir, la institución con menor representación popular (la Corte) pareciera reflejar más los intereses, perspectivas de vida y cosmovisiones de la opinión pública en general.

## Bibliografía

- Arango, Rodolfo (ed., 2007) *Filosofía de la democracia*. Bogotá, Siglo del Hombre.
- Botero, Juan J. (ed.) (2005) *Con Rawls y contra Rawls*. Bogotá, Universidad Nacional.
- Cortés, Francisco (1999) *De la política de la libertad a la política de la igualdad*. Bogotá, Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (2007) *Justicia y exclusión*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ y Monsalve, Alfonso (eds., 1996) *Liberalismo y Comunitarismo: Derechos Humanos y democracia*. Bogotá: Colciencias.
- \_\_\_\_\_ (coords.) (1999) *Multiculturalismo: los derechos de las minorías culturales*. Medellín: Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia.
- Cortés, Francisco – Giusti, Miguel (eds.) (2007) *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Durán, Vicente *et al.* (eds.) (2006) *Contribuciones filosóficas para una mayor justicia*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Durango, Gerardo (2006) *Democracia deliberativa y derechos fundamentales*. Bogotá: Temis – Universidad de Medellín.
- Dworkin, Ronald (1995) *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- \_\_\_\_\_ (2006) *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Elster, Jon (ed.) (1998) *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press.
- Estlund, David (2006) “Democracy and the Real Speech Situation”. En: Martí, José L. – Besson, Samantha (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate.
- Ferreres, Víctor (1997) *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García, Leonardo (ed.) (2004) *John B. Rawls: el hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas, Departamento de Filosofía.
- Gargarella, Roberto (1995) “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo”. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.
- \_\_\_\_\_ (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- \_\_\_\_\_ (comp.) (1999) *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- \_\_\_\_\_ (2000) “Expresión cívica y cortes de ruta”. En: González, Felipe – Viveros, Felipe (eds.) *Igualdad, libertad de expresión e interés público*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- \_\_\_\_\_ (2002) “La comunidad igualitaria y sus enemigos”. En: Hernández, Andrés (ed.) *Republicanism contemporáneo*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes-CIDER.
- \_\_\_\_\_ (2005a) *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- \_\_\_\_\_ (2005b) “Nuevos desarrollos en la teoría de la democracia deliberativa”. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

- \_\_\_\_\_ (ed.) (2005c) *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Davila.
- \_\_\_\_\_ (2005d) “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes”. En: *Jurídicas* Vol. 2 No. 1, Universidad de Caldas, CIS, Manizales (enero-jun.).
- \_\_\_\_\_ (2005e) “La falla de la Corte Constitucional”. En: *Semana On-Line* 11-XI-05. (Visitada el 18-III-06).
- \_\_\_\_\_ “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema”. En: Cante, F. y Ortiz, L. (comps., 2006) *Umbrales de reconciliación, perspectivas de acción política noviolenta*. Bogotá, Universidad del Rosario.
- \_\_\_\_\_ (2006a) “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. En: Martí, José L. – Besson, Samantha (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate. Vers. cast. de Leonardo García J. “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”. En: Arango, Rodolfo (ed.) (2007) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (2006b) “Canapé Rights”. En: [www.bonk.com.ar/tp/fangal/1117/canape-rights](http://www.bonk.com.ar/tp/fangal/1117/canape-rights) (Publicada el 28-VIII-06. Visitada el 4-I-08).
- \_\_\_\_\_ (2006c) “El constitucionalismo en Sudamérica” (1810-1860). En: *Precedente. Anuario Jurídico*. Universidad Icesi, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cali.
- \_\_\_\_\_ (2006d) “Réplica a “*Las paradojas de la democracia deliberativa*” de Andrés Palacios”. En: *Jurídicas* Vol. 3 No. 2, Universidad de Caldas, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Manizales (jul. - dic.).
- \_\_\_\_\_ (2008a) “Un diálogo sobre la ley y la protesta social”. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.
- \_\_\_\_\_ (2008b) “Los derechos en juego”. En: *El país*, enero 22. (Visitada el 23-I-08).
- Grueso, Delfín Ignacio (1997) *Rawls. Una hermenéutica pragmática*. Cali: Universidad del Valle.
- \_\_\_\_\_ (ed.) (2005) *John Rawls. Legado de un pensamiento*. Cali: Universidad del Valle.
- Habermas, Jürgen (1998) *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_ (1999) *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.
- Haddad L., Yebrail (2006) *La democracia deliberativa. Perspectiva crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hernández, Andrés (ed.) (2002) *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*. Bogotá: Siglo del Hombre, CIDER-Universidad de los Andes.
- \_\_\_\_\_ (2006) “Modelos de democracia liberal representativa”. En: *Coherencia*, No. 4 Vol. 3, Universidad Eafit, Medellín (enero-junio).
- Hongju, Harold – Slye, Ronald. (eds.) (1999) *Deliberative Democracy and Human Rights*. New Haven: Yale University Press.

- Hoyos, Luis E. (ed.) (2004) *Estudios de filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Universidad Nacional.
- Hoyos, Guillermo – Uribe, Ángela (Comps.) (1998) *Convergencia entre ética y política*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Lafont, Cristina (2007) “Democracia y deliberación pública”. En: Arango, Rodolfo (ed.) *Filosofía de la democracia*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (2006) “Is the ideal of a deliberative democracy coherent?”. En: Martí, José L. – Besson, Samantha (eds.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. London: Ashgate.
- Mansbridge, Jane (2005) “Deliberation Everywhere”. Trabajo presentado a *IVR Conference*, Granada, España.
- Martí, José L. (2007) *Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino*. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.
- Mejía Quintana, Oscar (1997) *Justicia y democracia consensual*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- \_\_\_\_\_ (1998) *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis.
- \_\_\_\_\_ (2005) *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.
- Murillo, Gabriel – Pizano, Lariza (2003) *Deliberación y construcción de ciudadanía*. Bogotá: Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política.
- Nino, Carlos S. (1996) *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press. Vers. cast. de Roberto Saba (1997) *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Vers. cast. de María Dolores González (1995a) *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- \_\_\_\_\_ (2001) *The Law of Peoples with “The Idea of Public Reason Revisited”*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Rodríguez, María Luisa (2005) *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rosenkrantz, Carlos (1991) “La democracia: una crítica a su justificación epistémica”. En: *Doxa*. No. 10, Alicante.
- Young, Iris M. (2000) *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_ (2001) “Activist Challenges to Deliberative Democracy”. En: *Political Theory* 29(5).