

LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO DISCURSO: “PIQUETEROS” Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN ¹

MARIANO FERNÁNDEZ VALLE

I. INTRODUCCIÓN

Éste es un ensayo acerca de nuestras dudas e intuiciones. Como persona respetuosa del derecho a la libre expresión, es casi inevitable mi tentación de defender aquellos medios de protesta que habitualmente llenan las páginas de todos los diarios del país. Asumo que los cortes de ruta —“piquetes”— son un mecanismo de expresión y que, por tanto, deben gozar de una presunción de protección por parte de nuestro sistema constitucional y legal. Sin embargo, reconozco que las intuiciones me han jugado en contra a la hora de pensar y repensar de qué forma debemos tratar el balance entre los diferentes mecanismos de expresión y las dificultades que acarrearán —máxime cuando dichas dificultades pueden ser traducidas en términos de afectación de otros derechos constitucionalmente reconocidos—. Debo admitir, a su vez, que mi impresión hace años acerca de estos sucesos no es la misma que la actual; todas aquellas razones que *a priori* justificaban la protección de las expresiones derivadas de los cortes de ruta no son tan claras hoy día. No veo nítidamente las causas de esta variación —como sucede cuando nos manejamos con intuiciones—, aunque trataré de reconstruirlas en el presente trabajo. Asumo que el corte de ruta cada vez se aleja más del paraguas de la libertad de expresión (no así de la protección de otros derechos, como el de resistencia o desobediencia civil). Asumo también que algo falló en todas aquellas posturas que intentaron reconciliar lo valioso de los mecanismos de expresión con lo problemático de éstos.

¹ Este trabajo se realizó en el marco del seminario sobre “Temas Actuales de Derecho Constitucional”, organizado por Marcelo Alegre durante el año 2004. Agradezco especialmente a él, a Roberto Gargarella, a Jaime Malamud Goti y a Gustavo Maurino, por los comentarios y las críticas a versiones preliminares de este trabajo. Todos ellos sabrán disculpar los errores que persisten como productos de mi necesidad.

El fenómeno “piquetero” está atravesado por múltiples conflictos derivados del reconocimiento de otros derechos, del malestar social, de la cuestión más profunda acerca de cómo combatir la pobreza y garantizar mínimas condiciones ciudadanas, etcétera. Intentaré poner sobre la mesa algunas de las intuiciones que reseñé, vinculadas con la relación entre el derecho a la libre expresión y los cortes de ruta. Pero ante todo, una aclaración necesaria: no espero despejar interrogantes, sino agregar algunos.

II. PALABRAS INICIALES: LA RETÓRICA DEL LIBRE DISCURSO

Como comunidad hemos asumido innegablemente que el “piquete” es una forma de “expresión” que potencialmente podría caer bajo el amparo del derecho a la libre expresión, lo cual no es poco decir. Lo cierto es que reconocemos en el “piquete” una acción comunicativa, una forma expresiva. Las razones de esta situación pueden ser varias, pero creo que las principales pasan por (1) el reconocimiento de que los lugares públicos siempre han servido a la expresión de la gente ², y (2) la autodeterminación de los sujetos activos de estas acciones, que desde el primer momento enmarcaron su mecánica de protesta dentro de la retórica del libre discurso.

Con mayor o menor relevancia, consideramos una discusión de derechos —o la posibilidad de— alrededor de estas formas de expresión. A partir de allí, debatimos sobre la legitimidad del mecanismo, su criminalización o permisión, su censura o no. Casi todas las acciones comunican algo: una idea, un pensamiento, un sentimiento, algo; pero la defensa de la libertad de expresión aparece siempre en un campo más restringido. Si disparo un arma de fuego contra el Sr. Presidente, puedo querer comunicar muchas cosas: mi disconformidad con sus políticas de gobierno, mi desprecio a la gente del sur, etcétera. Así y todo, difícilmente esgrima la defensa de la libertad de expresión cuando inicien un proceso penal en mi contra. Resultaría más bien ridículo sostener que esa acción estaba amparada por la libertad de expresión, pese a que tenía el solo objetivo de comunicar. Si enciendo un cigarrillo de marihuana para expresar mi malestar frente a las políticas que criminalizan su tenencia, probablemente corra la suerte del asesino del presidente. Si amenazo a alguien, la misma historia. Si escribo *graffitis* en los edificios públicos y privados, la cuestión es menos clara. No digo que la defensa de la libertad de expresión sea un argumento implausible para este tipo de casos (aunque sin duda lo es frente a quien dispara un arma de fue-

² “Hague v. Cio”, 307 US 496 (1939), y “Schneider v. State”, 308 US 147 (1939).

go) sino que no se evidencia de la misma forma en que se evidencia frente al “piquete” como expresión cívica ³.

Creo que éste ha sido el primer triunfo del “piquete”: la posibilidad de enmarcarse dentro de una discusión de derechos, de derechos esenciales dentro de un sistema democrático y constitucional. La retórica del libre discurso marcó el inicio del tratamiento de este fenómeno y se extiende hasta hoy día. Uno de los objetivos de este ensayo es revisar cuánto de aquello que determinó esta situación inicial sigue en pie y de qué forma deberíamos enmarcar este fenómeno en la actualidad y hacia el futuro.

III. ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE UNA RELACIÓN CONFLICTIVA: “PIQUETE” Y DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN

El fenómeno de los cortes de ruta en nuestro país siempre ha sido cruzado por, al menos, dos deseos contrapuestos: la prohibición y la permisión. Los defensores de estos mecanismos de protesta llamaron la atención sobre la importancia que tiene la expresión pública para el robustecimiento del debate y el fortalecimiento democrático ⁴. Así, echamos mano de varias de las buenas razones que justifican la libre expresión de ideas en las sociedades democráticas modernas ⁵. Cualquier deseo inmediato de punición o censura de este tipo de prácticas debería sortear un obstáculo central en el ner-

³ Gritar “¡Fuego!” sin razón en un teatro lleno de gente, darle una orden de ataque a un perro guardián especialmente entrenado, dar asesoramiento médico sin contar con el título correspondiente, hacer publicidad comercial falsa, solicitar coimas, conspirar en forma delictiva, efectuar amenazas, realizar contratos que violen la ley, todas ellas son acciones comunicativas que, sin embargo, no forman parte de la retórica del libre discurso. No vemos en estas acciones una seria tensión entre el derecho a la libre expresión y el imperativo estatal de censurar tales expresiones (Cass Sunstein, seminario sobre pornografía y la Primera Enmienda, 14 de abril de 1993, Universidad de Michigan).

A su vez, existen teorías que diferencian entre “meras acciones” y “expresiones”, dotando a las “acciones” de un ámbito de protección notablemente menor que el que asiste a las “expresiones” (ver a modo de ejemplo: MACKINNON, “La pornografía no es un asunto moral”, en MACKINNON y R. POSNER, *Derecho y pornografía*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, ps. 45 y ss.). En mi opinión no existe tal diferencia y todas las acciones son comunicativas; de ahí la radical importancia de definir cuál será su ámbito de protección.

⁴ GARGARELLA, Roberto, “Expresión cívica y ‘cortes de ruta’”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* nro. 10 “Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público”, Universidad Diego Portales, Chile, 2000, p. 288. Ver también: GARGARELLA, Roberto, “Por qué el fallo ‘Alais’ es (jurídicamente) inaceptable”, publicado en LexisNexis —<http://www.lexisnexus.com.ar/Noticias/MostrarListado.asp?Tema=5 &Fecha=07/07/2004>—. En ambos trabajos, se citan los fallos norteamericanos “Hague v. Cio” y “Schneider v. State”, y la doctrina del “foro público”, que al tratar sobre casos de manifestaciones en lugares utilizados “desde tiempos inmemoriales” para protestar frente a las autoridades, proponen dar a las mismas una protección privilegiada.

⁵ Sobre la pluralidad de justificaciones del derecho a la libre expresión ver GREENAWALT, Kent, “Free Speech Justifications”, en *Columbia Law Review*, vol. 89, 1. Ver también: ELSTER, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2000.

vio democrático de nuestra comunidad: el derecho a la libre expresión⁶. En el país, los procedimientos democráticos no son precedidos de un robusto debate que garantice que la totalidad de los interesados pueda expresar sus opiniones respecto de los temas discutidos⁷. La representatividad política es imperfecta y aún no se encuentran satisfechas las condiciones mínimas para una deliberación en igualdad de condiciones. Por ello, asumir *a priori* una posición restrictiva frente a los cortes de ruta como mecánica de expresión de intereses resulta ciertamente abusivo. Si bien todos reconocemos severas dificultades derivadas de estas formas expresivas, debemos abstenernos de descalificarlas, de forma tal de garantizar aquellos presupuestos que hacen a la democracia normativamente valiosa y preferible a cualquier proceso alternativo: oportunidades de participación igualitaria en la discusión⁸, ampliación del debate y concentración en principios sociales intersubjetivos, reducción del déficit de representatividad, etcétera⁹.

La posibilidad de expresarse libremente es una herramienta fundamental a la hora de alcanzar las mejores decisiones públicas, las más inclusivas, las que tengan en cuenta la mayor cantidad de argumentos posibles. Una democracia más justa depende en cierta medida de cuán robusto es el debate dentro de ella. En este sentido, los “piqueteros” representan una voz más dentro del debate público, la voz de sectores que usualmente son vulnerados en el pleno goce de sus derechos. No es casualidad que estas personas protesten, y tampoco es casualidad que estas personas elijan precisamente estas formas de expresión. Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos¹⁰. Tratándose de sectores poblacionales invisibles en la arena política, sin acceso a medios de comunicación masi-

⁶ Como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de una sociedad democrática deben garantizarse las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia (Corte IDH, Opinión Consultiva nro. 5 —la Colegiación Obligatoria de Periodistas—, Considerando 69).

⁷ GARGARELLA, Roberto, “Expresión cívica y ‘cortes de ruta’”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* nro. 10, “Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público”, Universidad Diego Portales, Chile, 2000, p. 288.

⁸ NINO, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, España, 1997, p. 275.

⁹ NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 692/693.

¹⁰ “Adderley v. Florida”, 385, US 39 (1996), voto disidente.

vos, no podemos justamente cerrar las puertas de acceso a estos mecanismos de expresión cívica, por más conflictos que acarreen. Sin embargo, a varios años del bautismo de fuego de estas formas expresivas, mi primera impresión es que varias de sus consideraciones justificatorias deberían ser revisadas.

1. El estado actual del debate público y la dimensión colectiva de la libertad de expresión

Razonablemente, uno podría especular hoy día con que las expresiones canalizadas a través de los cortes de ruta han tomado estado público. Pocos desconocen el contenido de las demandas “piqueteras”¹¹, sus reclamos y los destinatarios de esos reclamos. Todos los diarios nacionales e internacionales destinan páginas a este fenómeno y sus consecuencias; los canales de televisión, a través de noticieros y programas periodísticos¹², ofrecen diferentes espacios a los líderes piqueteros; las radios y la *web* hacen lo propio; el ámbito académico diserta sobre estos temas¹³; el Congreso de la Nación también¹⁴; e incluso se ha comenzado a componer canciones o diferentes muestras artísticas en este sentido. Si valoráramos la libertad de expresión por la posibilidad de incluir ideas que de otra forma estarían excluidas, hemos llegado a un estadio donde ese objetivo se encuentra medianamente cumplido. Actualmente, los representantes de reclamos piqueteros tienen cierta posibilidad de canalizar sus voces a través de mecanis-

¹¹ O de la gran mayoría de ellas, por lo menos.

¹² “La Cornisa”, “Hora Clave”, “Fuego Cruzado”, “A dos voces”, “Desde el llano”, entre otros programas periodísticos. También algunos programas humorísticos y de variedades han ofrecido espacios de expresión a los representantes de movimientos piqueteros.

¹³ La utilización de los cortes de ruta como forma de expresión cívica ha motivado la elaboración de numerosos artículos doctrinarios desde el mundo jurídico y sociológico fundamentalmente (“La expresión cívica y los cortes de ruta”, “Por qué el fallo ‘Alais’ es jurídicamente inaceptable”, “El derecho de resistencia en situaciones de alineación legal”, todos del Dr. Roberto Gargarella; “La pobreza, la ley y la Constitución”, del Dr. Carlos Rosenkrantz; “El derecho penal y la criminalización de la protesta social”, del actual miembro de la Corte Suprema Eugenio Zaffaroni; “¿Los ‘piquetes’ son constitucionales?”, del Dr. Gustavo Ferreira, entre muchos más). De la misma forma, se han organizado numerosos seminarios de discusión sobre estos temas. A su vez, a propósito de las primeras sentencias importantes sobre “protesta social” (dicho sea de paso, injustamente insensibles a la situación inicial de estas mecánicas expresivas), se han encendido nuevamente estos debates (fallos “Schifrin”, “Gatti”, “Alais”, todos de la Cámara Nacional de Casación, máximo tribunal penal del país).

¹⁴ Existen diferentes proyectos presentados, todos ellos destinados a ofrecer soluciones al conflicto existente entre esta mecánica de expresión y los derechos de terceros. La mayor cantidad de estos proyectos versan sobre la modificación de las disposiciones del Código Penal corrientemente utilizadas para censurar la protesta piquetera (art. 194 del Código Penal, principalmente). Las soluciones propugnadas van desde un aumento de penas como política disuasoria hasta la creación de instancias conciliatorias entre las autoridades y los grupos manifestantes.

mos menos gravosos para los derechos de terceros, mecanismos que gozan de un total y consolidado amparo por parte del derecho a la libre expresión. Por ello, si se ha logrado incluir ciertos intereses en el debate público, si se ha logrado cierto acceso a mecanismos menos gravosos de expresión y claramente protegidos, ¿qué otras razones existen para mantener el amparo de la libre expresión a los cortes de rutas?

Claramente, nadie podría responder que aún les asiste el derecho a la libre expresión sobre la base de que sus demandas no fueron satisfechas, ése no es el objetivo ni la derivación del ejercicio de este derecho. Eso no quita que los “piqueteros” tengan un efectivo derecho a la satisfacción de sus pretensiones, incluso creo que así es: mínimas nociones de igualdad demandan la satisfacción de la mayoría de sus reclamos. Pero, en tal caso, ése es el derecho violado —igualdad— a través de la no atención, y no el derecho a la libre expresión. Volveré sobre este punto reiteradamente a lo largo del presente trabajo.

El alcance e interpretación del derecho a la libre expresión no puede desentenderse de las razones que lo fundamentan. Una de esas razones, de las más importantes, asume la importancia colectiva de la libertad de expresión, como piedra angular del ordenamiento democrático, que implica no sólo el derecho de quien desea emitir un mensaje, sino también de aquellos que lo reciben. En este sentido, es importante proteger el libre discurso porque de esta forma no sólo protegemos al emisor sino también a los receptores y a la sociedad en su conjunto ¹⁵. Esto, sumado a la vital importancia de la libertad para la construcción de un mejor sistema democrático, dotan al derecho de “libre expresión” de una protección especial ¹⁶, incluso frente a la colisión con el ejercicio de otros derechos. Asociar el sistema democrático con el ejercicio de la libertad de expresión no debe reducir a este último a un bien “exclusivamente colectivo” ya que no puede justificarse el derecho individual exclusivamente sobre la base de su función social. La libertad de expresión contribuye a la mejora de bienes colectivos, crea bienes colectivos, y por ello es un derecho “dotado de una especial protección”, pero de ello no se sigue que este derecho sólo debiera justificarse a partir de

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva nro. 5, Considerando 69/70.

¹⁶ GARGARELLA, Roberto. “Expresión cívica y ‘cortes de ruta’”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico* nro. 10, “Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público”, Universidad Diego Portales, Chile, 2000, p. 288. Si bien el autor destaca la importancia colectiva de la libertad de expresión y su especial protección dentro de un sistema democrático, de ninguna forma debe entenderse que a partir de esas afirmaciones el autor sostenga que la libertad de expresión se transforme exclusivamente en un bien de la comunidad, un bien colectivo agregativo, alienando de esta forma el derecho individual y poniéndolo exclusivamente en función de la sociedad.

esta contribución, desatendiendo toda consideración acerca de la importancia exclusiva para el individuo que lo posee.

Algo de lo que intento probar en este escrito es que la justificación del “piquete” ha perdido fuerza si ella está apoyada en su contribución al debate público. El balance de derechos debe necesariamente ser diferente en este caso. Ya no tenemos una situación que ponga de un lado de la balanza el derecho a la libertad de expresión individual, la exposición de voces corrientemente silenciadas, la producción de mayor debate, el fortalecimiento del nervio democrático, la posibilidad de que cualquiera pueda acceder al mensaje; y del otro lado de ella a “otros derechos”. En situaciones como la actual, donde una idea tomó suficiente estado público, y donde razonablemente puede sostenerse que los habitantes tienen información cierta acerca del contenido de ella, la protección “especial” de la libertad de expresión se torna menos justificable. Si se han consumado todos aquellos beneficios colectivos que respaldan la protección “especial” de un derecho como el de libre expresión, éste pasa a ser un derecho de beneficio exclusivamente individual. Hoy día, es mi idea, ya no existen aquellas razones colectivas que justifican una protección especial del derecho a la libre expresión. Considero que las demandas piqueteras han sido efectivamente incluidas en el libre mercado de las ideas ¹⁷. A su vez, es dable sostener que si una idea o expresión ha tomado estado público, también fue satisfecho el derecho de los individuos a recibir esa idea o expresión. En tal caso, creo que se han agotado en la actualidad aquellas razones democráticas y colectivas que justifican la adopción de un principio muy amplio a favor de la libertad de expresión.

Soy consciente de lo problemático de la afirmación anterior, pero considero que una teoría de la libertad de expresión debe necesariamente tomar en cuenta estos detalles para definir su alcance conceptual. En estos casos “trágicos” de conflictos de derechos, donde cualquier solución que se tome tendrá un costo importante, no podemos desentendernos de muchas de las consideraciones que aquí propongo. Es claro que resulta dificultoso establecer certeramente cuándo una expresión se ubica en el debate público como una “voz” más, capaz de influir en las decisiones. En otras palabras, es complejo determinar cuándo es que ciertos intereses “silenciados” alcanzan conocimiento público. De igual forma, el momento en que se satisface el derecho de la sociedad de recibir información también es difícil de verificar. Por otro lado, establecer cuál es la autoridad capacitada para tomar esta

¹⁷ John Stuart Mill defendió el libre mercado de ideas como instrumento necesario para la búsqueda de la verdad. Ver NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit., p. 260.

decisión me llena de dudas, aunque ciertamente creo que son los jueces quienes están mejor posicionados para hacerlo frente a cada caso concreto.

Reconozco también que centrar gran parte de la viabilidad del derecho en la expresión y no en los sujetos que la expresan es sumamente problemático¹⁸. Sin embargo, éste —los “piquetes”— parece ser el caso paradigmático: es bastante claro que todos conocemos el contenido de las demandas comunicadas y que se ha respetado el derecho de diversos sujetos a expresarlas en múltiples ocasiones¹⁹. La importancia individual y colectiva de la expresión “piquetera” ha sido satisfecha.

Estas consideraciones para evaluar el balance de derechos o las dificultades que acarrea el ejercicio de un derecho, aparecen frente a serias situaciones de conflicto. Poco importa que una idea se repita hasta el hartazgo si los mecanismos por los cuales se expresa no afectan los derechos de nadie. No es relevante que la idea ya forme parte del debate público o que haya sido receptada por otros sujetos, en aquellos casos en que no afecto los derechos de ningún individuo si continúo insistiendo todo el tiempo que considere necesario. Sin embargo, cuando nos disponemos a evaluar el significado y alcance de los medios expresivos en situaciones donde necesariamente debe trazarse el balance entre derechos y limitaciones de ejercicio, no podemos desentendernos de estas consideraciones. En situaciones de conflicto hay mejores argumentos para proteger una idea que nadie conoce, que siempre fue silenciada, que nunca nutrió el sistema democrático, que muchos desearían obtener, contrarrestar y sopesar; que ideas que ya han sorteado estos obstáculos y que sólo representan el interés individual de su emisor (máxime cuando, incluso, este interés individual también ha podido satisfacerse).

Todas estas afirmaciones mías son especulativas, quizá algo optimistas. Muchos podrán decir, con cierta razón, que no puede asumirse válidamente que tomó estado público una expresión “pro eliminación de la pobre-

¹⁸ El problema puede ser expresado de la siguiente forma: si “X” sujeto reiteró hasta el hartazgo determinada idea, yo, que nunca lo hice, podría estar desamparado sólo porque dicho punto de vista ya se encuentra en el debate público.

¹⁹ Lo que permitiría afrontar críticas de aquellos que sostengan que este ensayo se centra sólo en una justificación colectiva de la libertad de expresión y descarta toda consideración individual del derecho. Nuevamente quiero destacar que estamos ante un caso crítico, donde el ejercicio de un derecho tiene consecuencias disvaliosas importantes. Estos casos nos obligan a ser más sensibles frente a gran parte de las consideraciones que aquí propongo. Nadie podría decir “no debemos recortar” el derecho a la libre expresión resaltando su faz colectiva, si creen válida mi argumentación acerca de que ya no existen esos beneficios colectivos. Y muchos deberían rever la posibilidad de decir que “no debe recortarse” el derecho a la libertad de expresión apelando a su importancia individual frente a los casos de muchas personas que han tenido suficientes posibilidades de hacer escuchar una idea.

za y construcción de empleo” si nadie ha resuelto aún esa deficitaria situación; podría argumentarse que ningún individuo puede ser indiferente a tal demanda. Sin embargo, creo que hoy día el tema principal no es la dificultad expresiva sino precisamente la indiferencia existente ante el contenido de las expresiones emitidas. No estamos ante un problema de expresión, sino de desatención del reclamo. El derecho a la libre expresión no implica la satisfacción de la demanda concreta revelada (“*enforcement*”); esta satisfacción sólo depende del nivel de adherencia del gobierno, la sociedad u otros individuos al mensaje emitido. De expresarse no se sigue satisfacerse, y de la no satisfacción no se sigue siempre un problema de expresión. A comienzos de este fenómeno mi diagnóstico rondaba esos caminos: considerar que gran parte de la violación de derechos proviene de la escasa capacidad de hacer oír ciertas voces. De hecho, creo que ese diagnóstico sigue siendo perfectamente válido en casi todo nuestro arreglo institucional. Pero en este caso concreto y en este momento en particular, la situación es algo diferente: la no satisfacción de los derechos invocados proviene pura y exclusivamente de la indiferencia social y gubernamental, y no de la incapacidad de comunicar ciertas pretensiones.

2. La tolerancia hacia formas conflictivas de expresión

La dimensión colectiva del ejercicio del derecho a la libre expresión implica una mayor tolerancia a las consecuencias de dicho ejercicio. Si la libertad de expresión no sólo beneficia a quien emite un mensaje sino también a otros individuos o al mismo sistema democrático²⁰, hay mejores razones para justificar por qué otros individuos o la sociedad toda deben tolerar las dificultades que acarrearán determinadas formas expresivas. No es lo mismo imponer perjuicios a terceros a través de un derecho que sólo impacta en quien lo ejerce, que imponer perjuicios a terceros frente al ejercicio de un derecho del que, en definitiva, ellos también se beneficiarán. El mejoramiento del debate público se traduce en beneficios para toda la comunidad e incluso en términos individuales para todas las personas que de esta forma pueden acceder a visiones alternativas acerca de cómo afrontar diversos

²⁰ “Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas... Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (Corte IDH, Opinión Consultiva nro. 5, Considerando 30. Ver en igual sentido: Corte IDH, Caso “La última tentación de Cristo”, Considerando 64).

temas —en el caso, la pobreza, la falta de trabajo, etcétera—. Si los beneficios son colectivos, hay mejores razones para considerar que la distribución del daño también lo sea ²¹. En los inicios de este fenómeno, claramente era justo que se relegaran derechos como el libre tránsito (art. 14, CN, y pactos internacionales), el ejercicio de toda industria lícita (art. 14, CN, y pactos internacionales), el de trabajar (art. 14, CN, y pactos internacionales), contra un derecho tan importante como la libertad de expresión ejercido por grupos silenciados y sin acceso a vías alternativas de canalizar sus reclamos. Incluso, bajo una idea de distribución del daño, muchos argumentos comúnmente esgrimidos pierden valor. Quien se encuentra atascado en el tránsito no puede echar mano a un derecho a “no llegar tarde” ²² o algo por el estilo, que resulta bastante débil frente al ejercicio de una expresión que afecta—positivamente— el mismo nervio democrático. Quien llega tarde al trabajo no debería perder su premio por presencia, ya que tanto el trabajador atascado en el tránsito como el empleador se benefician de esa expresión, por lo que resultaría injusto que sólo uno de ellos (quien fortuitamente transcurría por una calle a una hora determinada) cargue con la totalidad del daño. Y así muchos ejemplos en los cuales el daño puede y debe distribuirse.

Pero cuando la libertad de expresión pierde ese halo de protección que referencié anteriormente, cuando pierde posibilidades de contribuir al debate público (porque la idea ya ha tomado estado público, porque todos sabemos de qué se trata la expresión, etcétera), se debilitan las buenas razones para justificar los daños ocasionados y los perjuicios esperables dentro de un conflicto en escala ascendente. Hay que tener en claro qué es aquello que la libertad de expresión protege, puesto que no se justifican los daños ocasionados por los cortes de ruta en situaciones donde ya se ha garantizado la dimensión individual y colectiva de la expresión. Actualmente, la libertad de expresión ha cumplido un importante cometido: incluir una problemática en la arena pública. En términos de expresión, el balance de derechos actual se redujo a un deseo de seguir reiterando un mensaje conocido contra una afectación más o menos severa ²³ de otros derechos —trabajar, transitar, ejer-

²¹ Lo que de ninguna forma implica negar que también el ejercicio de un derecho que sólo impacta en el individuo pueda obligar a todo el cuerpo social a tolerar sus posibles consecuencias.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “El derecho penal y la criminalización de la protesta social”, nota al fallo “Schiffrin, Marina”, de Cámara Nacional de Casación Penal, en JA 2002-IV-384.

²³ La mayor o menor severidad de la afectación de otros derechos también será un eje clave en la resolución de conflictos. Asumí en este escrito que, en líneas generales, el “piquete” afecta severamente otros derechos y sobre esa base estructuré conceptualmente el trabajo. Obviamente, si la afectación de otros derechos es nula o menor, el balance puede perfectamente dar un giro en favor de la libertad de expresión.

cer el comercio—. Esto no significa de ningún modo relativizar el contenido de las demandas “piqueteras”, pero eso es harina de otro costal. La libertad de expresión garantiza una posibilidad cierta de dar a conocer esta demanda ²⁴, y no una posibilidad cierta de satisfacer esta demanda. No encuentro hoy día las razones que señalé anteriormente para distribuir los costos de las formas expresivas sobre la base de los beneficios colectivos potenciales.

3. Finalmente, ¿es éste un conflicto de expresión?

Asumir que éste es un conflicto de expresión (o de falta de ella) abre un abanico enorme de posibilidades de solución. Si vamos a respetar el corte de rutas sobre la base de la necesidad de aportar argumentos en la arena democrática y promover el deseo individual de los emisores, existen múltiples formas alternativas que podrían promoverse para alcanzar este mismo objetivo ²⁵. Si sólo se trata de un problema de dificultades de expresión, la solución deja de ser a todo o nada. El Estado podría brindar espacios televisivos o radiales en las emisoras públicas, podría poner a disposición de los “piqueteros” las carteleras públicas e incluso hasta podría obligar a agentes particulares a brindar parte de sus espacios comunicativos para la expresión de estas demandas ²⁶. Por otro lado, si éste es en definitiva un conflicto de expresión, deberíamos reconocer una mayor posibilidad del Estado de regularlo sobre la base de consideraciones objetivas de “tiempo, lugar y modo” ²⁷, siempre y cuando se garantice una igual posibilidad de

²⁴ Objetivo ya satisfecho.

²⁵ El valor de las vías alternativas de expresión en el balance de derechos que la protesta social enmarca, ha sido rescatado por casi todos los que analizaron el tratamiento jurídico de este tema. Todos coinciden en que el “acceso a vías alternativas” de expresión es un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar cómo pararse frente al “corte de ruta” como conducta expresiva. Sin ir más lejos, la Cámara de Casación Penal utilizó (“mal utilizó” a mi criterio, dadas las características particulares del conflicto en el momento en que los hechos sucedieron —dificultades expresivas, demandas silenciadas, inequidad en el acceso a mecanismos relevantes de expresión pública, no garantía de la esfera colectiva de la libertad de expresión, etcétera—) el argumento de “las vías alternativas” para censurar la conducta piquetera (fallos “Schifrin” y “Alais”).

²⁶ Sobre las obligaciones estatales para garantizar una igual posibilidad de expresión a los habitantes ver: NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos...*, cit., p. 263; FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, traducción de Jorge Malem y Víctor Ferreres, Gedisa, Barcelona, 1999.

²⁷ Gran parte de los estudiosos del derecho a la libre expresión coinciden en afirmar que existen limitaciones razonables basadas en criterios como “el tiempo, el lugar y el modo”. Así, sostiene la ACLU —American Civil Liberties Union— que “el gobierno puede limitar el amparo de alguna expresión al imponer restricciones de “tiempo, lugar y manera”. Esto se hace más comúnmente mediante requerimientos de permisos para reuniones, conglomeraciones de grupo y manifestaciones” (ver: <http://www.aclu.org/About/About.cfm?ID=12344&c=246>). En igual sentido: EPSTEIN, Richard A., “Fundamentos

hacer audible la expresión. No creo que sea compatible (1) reconocer un conflicto de expresión y (2) cerrar la puerta a regulaciones razonables sobre la base de consideraciones como las enunciadas.

Sin embargo, me inclino a creer que aun si se garantizara el acceso a alternativas de expresión menos invasivas que el “piquete”, éste seguiría siendo utilizado. Ello porque el conflicto actual ya no pasa por la existencia (o inexistencia) de canales expresivos, sino por la satisfacción de demandas concretas. Si la solución al conflicto depende exclusivamente de la satisfacción del contenido del mensaje, el problema ya no es expresivo (mejor dicho, ya no es ámbito del derecho a la libre expresión de ideas). Los “piqueteros” no renunciarían a estas mecánicas aun si se garantizaran alternativas que permitieran una igual capacidad expresiva. Tampoco se mostrarían dispuestos a tolerar límites de “tiempo, lugar y modo”, ya que ése es precisamente el juego de la expresión “piquetera”: elegir los tiempos más molestos, los lugares más incómodos y los modos más gravosos. El piquete se ha transformado en una política de “*enforcement*” del contenido de sus pretensiones, lo que de ningún modo puede ser objeto de protección a través del derecho al libre discurso. *Si uno asocia en forma tan estrecha el ejercicio del derecho a la libre expresión con la satisfacción del reclamo expresado, está socavando los mismos principios democráticos que dan razón de ser a este derecho: la posibilidad de que una voz se haga escuchar, sea contrapesada, discutida, debatida y luego de ello desechada o aceptada, legitimada o no, descalificada o no.*

IV. OTROS PROBLEMAS DE LA RETÓRICA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La discusión alrededor de la protección del libre discurso ha desviado la atención sobre la discusión sustantiva relativa al contenido de las demandas concretas. Finalmente, todo quedó centrado en la discusión acerca de la posibilidad de sostener públicamente —a través del corte de una ruta— que existen necesidades de alimentación, trabajo, etcétera. Y la discusión central acerca del derecho a la satisfacción del reclamo ha sido relegada. Discutir alrededor de un conflicto teñido por el fantasma de la libertad de ex-

de la libertad de expresión”, publicado originalmente en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 10, nro. 10, 1987.

Autores como Gargarella coinciden en la relevancia de estas consideraciones a la hora de regular los modos de expresión. Sin embargo, este autor es reacio a admitir que la necesidad de “permiso de la autoridad competente” forme una parte necesaria y configurativa del derecho a la libre expresión en los casos de protestas sociales, ocupación de espacios públicos y cortes de ruta (ver GARGARELLA, Roberto, “Expresión cívica...”, cit.: “Por qué el fallo...”, cit.).

presión no permite centrarse en las demandas concretas, en el análisis del contenido del mensaje ²⁸. El ámbito de protección de este derecho es insensible al contenido de la emisión ²⁹.

La libertad de expresión ofreció un justificado manto de protección a los cortes de ruta sobre la base de su eficacia para alzar una voz en el debate. Una vez que esa voz ya fue alzada, el manto de protección cae (o debería caer). La discusión acerca de la legitimidad del mensaje —calidad de alimentación, trabajo, educación— podría ser mejor encarada a través de la invocación de otros derechos: resistencia ³⁰, igualdad, autonomía ³¹; derechos que sí tienen poder de “*enforcement*” sobre el contenido de la expresión, derechos de los que se puede echar mano todas las veces que sea necesario en la medida en que no se satisfagan los reclamos, derechos que no están sujetos a regulaciones que los “piqueteros” no aceptarían ³². La discusión acerca de cómo tratar el fenómeno “piquetero” no debería seguir estancada alrededor de un falso conflicto de expresión. Ello evita centrarse en la demanda sustantiva y explica en parte el porqué de la no resolución de este conflicto. Si éste es un conflicto expresivo —como nos empecinamos muchas veces en sostener— las soluciones pasan por ampliar las posibilidades de expresión y no por la satisfacción del reclamo.

V. PALABRAS FINALES: EN BÚSQUEDA DE UN NUEVO DISCURSO

El conflicto de los cortes de ruta revive una vieja discusión acerca de las razones que tenemos para obedecer el derecho. Creo que la situación real de los piqueteros transita un camino hacia la desobediencia de las normas. No pretendo indagar aquí acerca de si dicha obediencia es o no justificada, aunque *a priori* consideraría que lo es: el grado de indiferencia hacia el reclamo de los sectores desprotegidos y el contenido de sus reclamos ofrece

²⁸ Dice Alegre sobre este punto: “Si cortar una ruta estuviera permitido por ser la expresión de una idea, entonces deberíamos tolerar, lo que me parece absurdo, que se corte una ruta para manifestar cualquier opinión o punto de vista (para anunciar el fin del mundo, o exigir el despido del técnico de la selección, etc.)”. Ver ALEGRE, Marcelo, “Protestas sociales: violación o reivindicación del derecho”, inédito, 2004.

²⁹ Ver NINO, Carlos S., *Fundamentos...*, cit., p. 263; GARGARELLA, Roberto, “Expresión cívica...”, cit., p. 289; “Por qué el fallo ‘Alais’...”, cit.; EPSSTEIN, Richard A., “Fundamentos...”, cit., entre muchos otros.

³⁰ Suponiendo el caso de que existiera un derecho como este. Una excelente construcción de la “resistencia” como derecho puede verse en GARGARELLA, Roberto, “El derecho de resistencia...”, cit. Conclusiones contrapuestas pueden verse en ROSENKRANTZ, Carlos, “La pobreza, la ley y la Constitución”, cit.

³¹ Entendida de una forma amplia —positiva— que habilite la exigencia al Estado de determinados bienes y cree una correlativa obligación por parte de éste de otorgarlos.

³² Llamo la atención sobre una cuestión relevante: reconocer la existencia de un derecho como el de “resistencia” no admite el reconocimiento de muchas limitaciones.

cada vez mayores y mejores razones para obviar el cumplimiento de determinadas pautas de conducta. Sin embargo, la retórica del libre discurso evita incluso reconocer que aquí hay un problema de relación entre algunos grupos y las normas jurídicas. La consumación de un tipo penal —art. 194 del Código Penal de la Nación³³— como mecanismo de expresión tiene que ver con esto: con la utilización del incumplimiento legal para la satisfacción de demandas concretas. No sé si tiene sentido forzar ciertas normas (o el alcance de ciertos derechos) para regular este conflicto, sino discutir acerca de si existen razones para que esas normas obliguen a determinados grupos. Creo que a esta altura del partido, instalada la temática en el debate público y reconocida la indiferencia de los destinatarios sobre su contenido, la discusión pasada debe dejar paso a una nueva. Poco importa si podemos ajustar el tipo penal al ejercicio de un derecho, o si podemos leer el tipo penal a la luz del derecho a la libre expresión, ejercicios que muchas veces terminan en una desnaturalización conceptual de las normas y los derechos. Lo que interesa ahora es discutir quiénes están obligados por las normas jurídicas y por qué.

³³ Todos los fallos de la Cámara de Casación Penal —máximo tribunal penal del país— sobre estos temas coincidentemente sostuvieron que el “corte de ruta” es una acción tipificada como delito por el art. 194 del Código Penal de la Nación.

Opinión en contrario puede verse en ZAFFARONI, Eugenio. “El derecho penal y la criminalización de la protesta social”. Zaffaroni sostiene que el corte de ruta que no causa un peligro, común o individual, serio, es una conducta “atípica”.