

La protesta como coreografía: Sobre los límites de la regulación legal de la protesta

Domingo Lovera Parmo*

Universidad Diego Portales (Chile)

Recibido: 21 de mayo del 2020 | Aceptado: 17 de julio del 2020 | Modificado: 18 de agosto del 2020

Cómo citar: Lovera Parmo, Domingo. "La protesta como coreografía: sobre los límites de la regulación legal de la protesta". *Latin American Law Review*, no. 06 (2021): 25-51, doi: <https://doi.org/10.29263/lar06.2021.02>

Resumen

Este trabajo advierte sobre los riesgos que las regulaciones legales acarrearán para la protesta social. Parte señalando que el potencial de las protestas descansa en el hecho de que son un mecanismo de aparición pública. Esa aparición, que incluye coreografías como formas de manifestación artística, permite a la ciudadanía amasar poder social con el que confronta al poder establecido, llamándolo a capítulo. Sin embargo, la excesiva legalidad que ha rodeado a las protestas, a pesar de haber sido celebrada por algunas voces, las ha hecho perder su carácter disruptivo colocando en jaque su potencial emancipador. Las ha transformado, así, en coreografías de otro orden; más alegóricas que incómodas.

Palabras clave

Protesta, regulación de derechos, coreografía.

Protests as choreography: On the limits of the legal regulation of demonstrations

Abstract

This work warns about the risks that legal regulations entail for social protest. It begins by explaining that the potential of social protests rests on the fact that they are a mechanism which facilitate

* Doctor en Derecho por Osgoode Hall Law School, Canadá. Profesor Asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Chile. Santiago, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3601-096X>.
✉ domingo.lovera@udp.cl

public appearances. Those appearances, which include choreographies as artistic forms of contentious politics, allows the people to gather social power with which they confront hegemonic powers. However, the excessive legal regulations that have surrounded the protests, despite being celebrated by some voices, have deprived them of their disruptive character. They have thus transformed protests into choreographies of a different order; choreographies with allegorical rather than confronting nature.

Keywords

Protest, rights limitations, choreography.

INTRODUCCIÓN

Durante 2006, miles de estudiantes de secundaria salieron a las calles de varias ciudades de Chile. Enarbolando una serie de reclamos políticos —‘ya es suficiente’, ‘la educación es un derecho, no un privilegio’, ‘pongamos fin a la educación de Pinochet’, por nombrar algunos— demandaron reformas comprehensivas al sistema educacional chileno. La ‘revolución pingüina’ —como se conoció a una serie de protestas que se extendieron por meses a lo largo de Chile y cuyo nombre arranca de los colores oscuros (grises y blancos) de los uniformes estudiantiles— enfrentó lo que, hasta entonces, era la doctrina prácticamente unánime: que la libertad de enseñanza reconocida en el texto constitucional habilitaba a los particulares a fundar establecimientos educacionales y a administrarlos de conformidad con los mandamientos del libre mercado¹. En respuesta a estos embates populares, el Congreso chileno aprobó la Ley General de Educación (20.370 de 2010) que venía a reemplazar la antigua Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (18.962). Como dicha reforma no abordó los aspectos centrales de las demandas estudiantiles, una segunda oleada de protestas vio la luz en 2011. Este segundo ciclo de protestas se agrupó, principalmente, en torno al reclamo en contra del lucro. Esto es, en contra de la posibilidad de que corporaciones de derecho privado se sirvieran de fondos estatales destinados a la educación para beneficio personal, lo que acertadamente ha sido descrito como el corazón del sistema educacional chileno².

Desde entonces se han aprobado diversas reformas legales que han abordado distintos aspectos de los diferentes niveles de la educación. Si bien las regulaciones legales específicas pueden estar en mayor o menor sintonía con las demandas estudiantiles, lo cierto es que todas ellas se han impulsado a la luz de una nueva comprensión constitucional. Esa nueva comprensión constitucional que ha encontrado eco no solo en las cámaras del Congreso Nacional, sino también en las salas del Tribunal Constitucional, se instaló a partir de las protestas sociales que vengo relatando.

1 Sobre las protestas de 2006, véase: Sofía Donoso, “Dynamics of Change in Chile: Explaining the Emergence of the 2006 Pingüino Movement”. *Journal of Latin American Studies*, n.º 45 (2013), doi:10.1017/S0022216X12001228.

2 Un resumen de estas demandas se encuentra retratado en Francisco Figueroa, *Llegamos para quedarnos: Crónicas de la revuelta estudiantil* (Santiago: LOM, 2013).

Por supuesto que el cambio de comprensión constitucional —en palabras de Jack Balkin, la aceptación de argumentos antes no considerados constitucionales, que ahora pasan a ser parte del nuevo entendimiento del texto constitucional³— no fue sencillo. Ello se debe, en parte importante, al escenario constitucional sobre el que se plantearon las demandas estudiantiles. Ese es un escenario que se ha dibujado sobre la base de considerar *lo constitucional* como un asunto técnico y, por consiguiente, restringido a ciertas formas de participación política⁴. De allí que no debiera extrañar que esta nueva lectura del texto constitucional, ofrecida por estudiantes en las calles y por medio de la aglomeración, fuera vista con sospecha (cuando no calificada rápidamente como antidemocrática) por las élites políticas.

Este trabajo tiene un doble propósito. De una parte, busca explicar en términos constitucionales eventos como al que acabo de aludir, presentando una visión diferente a la que el liberalismo constitucional suele ofrecer frente a ellos⁵. ¿Cómo concibe el liberalismo constitucional sucesos como los de las protestas? Permítanme echar mano a Maquiavelo para intentar explicarlo. En sus *Discursos*, el florentino narraba de este modo la que, en su opinión, era una de las causas de las buenas leyes romanas:

Sostengo que quienes censuran los conflictos entre la nobleza y el pueblo condenan lo que fue primera causa de la libertad de Roma, teniendo más en cuenta los tumultos y desórdenes ocurridos que los buenos ejemplos que produjeron, y sin considerar que en toda república hay dos humores, el de los nobles y el del pueblo. Todas las leyes que se hacen en favor de la libertad nacen del desacuerdo entre estos dos partidos, y fácilmente se verá que así sucedió en Roma⁶.

-
- 3 Jack Balkin, "How Social Movements Change (Or Fail To Change) the Constitution: The Case of the New Departure". *Suffolk University Law Review*, n.º 39 (2005): 51-6.
 - 4 Christopher May, "The rule of law as the Grundnorm of the new constitutionalism", en *New Constitutionalism and World Order*, editado por Stephen Gill and A. Claire Cutler (Nueva York y Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 69.
 - 5 Para efectos de este trabajo entiendo por liberalismo constitucional uno en que las comprensiones constitucionales requieren de un cierto foro, en el que participa un particular tipo de sujeto que echa mano a una determinada forma de argumentación. Así, en el liberalismo constitucional las comprensiones de la Constitución o lo constitucional son preferentemente (aunque no exclusivamente) desarrolladas en los tribunales o algún tribunal o corte superior, en desmedro de otras instancias. Esas otras instancias que terminan siendo preteridas en el liberalismo constitucional, son aquellas avenidas políticas —institucionales (el Congreso) o no institucionales (las protestas)— que se asumen como un foro propicio para el desarrollo de pasiones en vez de la razón. Consecuentemente, el liberalismo constitucional abraza ciertas formas discursivas tradicionales en perjuicio de otras formas comunicativas menos estilizadas. Finalmente, el liberalismo constitucional —justamente por lo anterior— termina reservando la deliberación constitucional a jueces, abogados y gente del derecho, en desmedro de la ciudadanía de a pie. Todo ello, desde luego, con la pretensión de mostrar que se trata de un modelo imparcial de determinación de los asuntos comunes que se desarrolla con objetividad, lo que oscurece el hecho de que él mismo obedece a los privilegios de una élite hegemónica movilizadora por su resistencia a la presión popular. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism* (Cambridge y Londres: Harvard University Press, 2004), 38-49; Allan C. Hutchinson, "Waiting for Coraf (or the beatification of the Charter)". *University of Toronto Law Journal*, n.º 41 (1991): 332-52.
 - 6 Niccolò Machiavelli, *Discourse on Livy* (Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 1996), 16 (Traducción propia).

Pues bien, el liberalismo constitucional suele quedarse, como reprochaba Maquiavelo, en los tumultos, los ruidos, las aglomeraciones, los desórdenes, los gritos, la informalidad, todo lo que lo pone nervioso antes que en prestar atención a los buenos efectos —las buenas leyes, de hecho, decía Maquiavelo— que esos conflictos traen de la mano para la libertad de las repúblicas. Y quizá no cabría esperar otra cosa. ¿Por qué las cláusulas que reconocen el derecho de reunión son las únicas, de todo el catálogo de derechos, que enfatizan que ese derecho debe ejercerse pacíficamente y sin armas? ¿Es acaso la regla general que los demás derechos y libertades fundamentales pueden ejercerse de forma violenta y con armas? Si la respuesta es (como lo es) que no, entonces, ¿qué permite develar la necesidad de enfatizar que las reuniones en lugares de uso público deben desarrollarse pacíficamente y sin armas? Siguiendo a Salát, cláusulas de este tenor —que exhiben con toda su fuerza la animadversión hacia las asambleas de personas—, han abierto un campo fértil a las restricciones indebidas a la protesta⁷.

El primer propósito de este trabajo, entonces, como vengo diciendo, consiste en reivindicar la constitucionalidad democrática de las protestas. Para ello, en la primera parte (1) advertiré cómo las protestas sociales pueden funcionar como mecanismos de negociación de significados constitucionales. En breve: la protesta social funciona como una herramienta a la que la ciudadanía echa mano, para, a través de ella, amasar poder social que luego buscará transformar en poder político institucional⁸. De este modo, las decisiones que toma el Estado siguiendo las protestas son, antes que decisiones arrancadas a la fuerza, el fruto de la interacción entre la ciudadanía —el pueblo— y sus instituciones. Esa interacción, como diré, es necesaria para configurar una democracia representativa robusta —o la causa de buenas leyes, volviendo a Maquiavelo—. Si esto es así, que es lo que defenderé, las protestas operan como medios a través de los que la ciudadanía ofrece sus lecturas populares de la Constitución, ampliando, de esta manera, el perfil de quienes pueden vincularse a *lo constitucional*, democratizando las avenidas para abordar la actualización de los acuerdos comunes y dotando a las decisiones formales —las leyes— de legitimidad popular⁹.

El segundo propósito de este trabajo, aunque es el que se ha tomado el título, (2) consiste en llamar la atención sobre los costos —o riesgos, si se prefiere— que corremos al reivindicar una noción de derecho (positivo) a la protesta en los términos del propio liberalismo constitucional¹⁰. Esto puede resultar paradójico. Mientras la protesta social requiere para su configuración como derecho constitucional ciudadano (en los términos de Marx)¹¹ *al derecho*, ese recurso al derecho trae de la mano, o ha traído de la mano, la indebida regulación de la

7 Orsolya Salát, *The Right to Freedom of Assembly. A comparative study* (Oxford y Portland: Hart Publishing, 2015), 3.

8 La referencia a la idea de poder social que la protesta es capaz de amasar la he tomado de Michael Lipsky, "Protest as a Political Resource". *The American Political Science Review*, n.º 62 (1968): 1145. La de poder político, como es evidente, de Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge: MIT Press, 1998), 362-4.

9 He desarrollado parte de este argumento en Domingo Lovera, "¿Tres son Multitud? Constitucionalismo popular, cortes y protesta", en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, editado por Roberto Niembro y Micaela Alterio (México D.F.: Editorial Porrúa, 2013).

10 Derecho positivo por diferenciación de uno de carácter natural o puramente político.

11 En los términos en que lo utiliza en Karl Marx, "On the Jewish Question", en *The Marx-Engels Reader*, editado por Robert C. Tucker (Nueva York: W.W. Norton, 1978), 46.

protesta y, con ello, una afectación severa —los más críticos dirán fatal— de la capacidad disruptiva (y por ende negociadora) de la protesta.

1. LA PROTESTA COMO HERRAMIENTA DE NEGOCIACIÓN CONSTITUCIONAL

En esta primera parte expongo el papel (o uno de los papeles) que le cabe a la protesta social en una democracia constitucional. Comenzaré señalando (1.1) que una democracia representativa requiere de procedimientos e instituciones en las que se adoptan las decisiones autoritativas. Enseguida diré (1.2), con apoyo del trabajo de la profesora Nadia Urbinati, que ello, sin embargo, no es suficiente. Una democracia representativa requiere, además, ofrecer un espacio de poder para la opinión pública. Una democracia representativa en forma es una que logra acomodar tanto a la voluntad democrática que se configura al amparo de los procedimientos como a la opinión pública, evitando las desfiguraciones —esto es, la imposición indebida de una sobre la otra—. Explicado esto, (1.3) sostendré que la protesta social es una de las vías a través de las cuales la ciudadanía contribuye a formar opinión pública con su aparición pública (una primera forma de coreografía, que aprovecharé para anotar acá), y que ella, cuando aborda asuntos constitucionales, permite vehiculizar las concepciones populares que la ciudadanía sostiene respecto de la Constitución. Dicho esto, (1.4) terminaré echando un breve vistazo a las regulaciones del derecho que permiten configurar un derecho positivo (por diferenciación del derecho natural) a la protesta social. La segunda parte de este trabajo, como dije, (2) aborda los riesgos de esta configuración.

1.1. Voluntad democrática

De acuerdo con Nadia Urbinati, la democracia representativa es una diarquía, esto es, un gobierno de dos soberanas o dos cabezas¹². De una parte, en su dirección interviene la reina o la soberana de la *voluntad democrática*. Esta soberana se expresa por medio de procedimientos formales, altamente detallados, cuando no deliberadamente complejos¹³. Un ejemplo de voluntad democrática lo constituyen los procedimientos de elaboración de las leyes. Como sabemos, los proyectos de ley deben cumplir con una serie de formalidades para poder ser admitidos a tramitación y, una vez hecho esto, se gatillan una serie de etapas que, fuera de los avatares propios de la política (las negociaciones, las transacciones, las pasadas de cuenta, etc.), brillan por la alta formalidad que las acompaña.

Estos procedimientos, una vez que se ponen en marcha por las autoridades previamente investidas, “dentro de su competencia y en la forma que prescrib[e] la ley” (así lo dispone el

12 Nadia Urbinati, *Democracy Disfigured. Opinion, truth, and the people* (Cambridge y Londres: Harvard University Press, 2014a).

13 *Ibíd.*, 22.

texto constitucional chileno aún vigente), producen decisiones autoritativas (por ejemplo, la ley). Permítanme citar un ejemplo local. De conformidad con el art. 115 i. 3 de la Constitución colombiana:

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Como se aprecia, los actos de voluntad democrática devienen en autoritativos únicamente si en ellos participan funcionarios investidos en sus funciones estatales; si esos funcionarios y esas funcionarias ponen en marcha los procedimientos detallados en la Constitución, leyes y demás reglamentaciones; y cuando esas decisiones, dictadas satisfaciendo todas esas formalidades, respetan los límites de contenido que otros órganos —igualmente integrados por otros funcionarios y otras funcionarias, que deben haber sido previamente investidos en sus funciones y que deben, también, respetar sus propios procedimientos— se encargan de tutelar. ¿Es esto suficiente para una democracia?

1.2. La opinión pública

Que la democracia sea una diarquía, sin embargo, nos dice que esto no es suficiente. Nos advierte —sostiene Urbinati— que ella no se agota en el apego irrestricto a las formas y procedimientos detallados en constituciones y leyes, sino que debemos atender las órdenes o la voluntad de la otra soberana que concurre a conferir legitimidad a la democracia representativa: la opinión pública¹⁴. A diferencia de la voluntad democrática, la opinión pública se construye lejos de las avenidas formales. Si la voluntad democrática es equivalente a procedimientos, avenidas formales y regulaciones, la opinión pública es, en cambio, el dominio de lo extra institucional, de la informalidad y —esto es especialmente evidente en el caso de la protesta— de la presencia¹⁵. Tampoco es, como lo señalara Habermas, “representativa en el sentido estadístico”. No puede ser tenida como una suma de “opiniones privadas expresadas por personas individualmente consideradas”¹⁶, razón por la que no puede ser confundida con (o reducida a) las encuestas. De allí que la opinión pública no pueda ser concebida como certeza; esta cambia, muta, es a ratos amorfa. No es *episteme*, es *doxa*; *opinión*¹⁷. Está, como lo señaló Hegel, plagada de accidentes, ignorancia y juicios equivocados¹⁸. Pero de allí su

14 *Ibíd.*, 27.

15 Sobre esto véase, en particular, Judith Butler, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly* (Cambridge: Harvard University Press, 2015).

16 Habermas, *Between Facts and Norms*, 362.

17 Urbinati, *Democracy Disfigured*, 28-31.

18 G.W.F. Hegel, *Philosophy of Right* (Kitchener: Batoche, 2001), 264.

fuerza. Es que es justamente por lo anterior que, en principio, la opinión pública no conoce de límites —nótese la diferencia con el funcionamiento de la voluntad formal—. No sugiere ella que haya voces que deban desoírse, sino todo lo contrario; su base eminentemente igualitaria, abierta a todos los “juicios, las opiniones y consejos respecto de los asuntos del Estado”¹⁹, por más desinformados y equivocados que estén, reclama la concurrencia de todas ellas.

Ambas soberanas, la voluntad formal democrática y la voluntad informal de la opinión pública, gobiernan en la democracia representativa. Ambas se influyen la una a la otra en una suerte de equilibrio dinámico²⁰ al que concurren en una posición equiprimordial²¹, aunque sin confundirse²². Como lo señaló Schmitt, es justamente en una democracia que el pueblo no puede constituirse en un aparato administrativo o en un órgano del Estado. “Tal como un partido político no puede transformarse en un órgano oficial sin perder su naturaleza de partido” —escribió— “la opinión pública no puede permitir su transformación en una jurisdicción oficial...”²³.

Las decisiones de una democracia representativa en forma —permítanme ocupar esta deportiva expresión—, se construyen sobre la base de una red de discursos que se despliegan en dos ámbitos y que evidencian ese diálogo continuo al que hice referencia antes echando mano al trabajo de Urbinati: (a) el de la política institucional, altamente estructurada y procedimentalizada que apunta a la formación de voluntad (por ejemplo, el Congreso Nacional); y (b) el de la política informal, más dispersa y menos estructurada que apunta a la formación de poder social y que busca influir definitivamente en la política institucional. Mientras la voluntad democrática determina los contornos (la legalidad) por los que se mueve la opinión pública, la opinión pública influye, o esperamos que influya, las decisiones institucionales. Como lo expuso James Madison, “la opinión pública determina los límites de cada gobierno, y es la real soberana de un gobierno libre”²⁴. La opinión pública, dicho de otro modo, se transforma en la piedra de toque de las decisiones adoptadas por medio de los procedimientos y canales institucionales del poder. No en vano, “el grado de correspondencia entre voluntad general y opinión general es” —apunta Urbinati recordando a Rousseau— “el termómetro que mide la fuerza y salud de la comunidad política”²⁵. O como lo ha señalado más recientemente Robert Post, la brecha entre la opinión pública y las políticas del Estado nos sirve como una herramienta para evaluar la justicia social de las decisiones gubernamentales²⁶. En palabras de Maquiavelo, ahora en otra obra, el príncipe debe sentir que es afectado por el pueblo y el

19 Hegel, *Philosophy of Right*, 252.

20 Lani Guinier and Gerald Torres, “Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements”. *Yale Law Journal* 123, n.º 8 (2014): 2749.

21 Tomo esta idea de Tully, quien al referirse a los órdenes constitucionales modernos, sostuvo que el principio democrático y el del estado de derecho se encontraban en esa relación “equiprimordial”. James Tully, “The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy”. *Modern Law Review* 65, n.º 2 (2002): 207.

22 Urbinati, *Democracy Disfigured*, 1-5.

23 Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham y Londres: Duke University Press, 2008), 271, 275.

24 Como aparece recogido en Robert C. Post, “Participatory democracy as a theory of free speech: a reply”. *Virginia Law Review* 97, n.º 3 (2011): 620.

25 Urbinati, *Democracy Disfigured*, 38.

26 Post, “Participatory democracy”, 624.

pueblo tiene que sentir que afecta al príncipe²⁷. Es la interacción entre estas dos voluntades y su justo equilibrio, en efecto, lo que nos permite identificar una democracia representativa con valor normativo y no como un mero sucedáneo de la hoy irrealizable democracia directa —la gran tarea a la que se ha dedicado Urbinati²⁸—.

Por eso es importante proteger la configuración igualitaria de la opinión pública, para lo que cobra especial relevancia en el contexto de sociedades heterogéneas²⁹. Y es que una opinión pública que excluye voces o, para decirlo de otra forma, que solo se construye a partir de voces (por cualquier criterio) seleccionadas, corre el riesgo de ofrecer un parámetro popular de cotejo de las decisiones institucionales que es incapaz de dar cuenta de manera fidedigna de la real salud y fuerza de la comunidad³⁰. Y ello transforma a esa comunidad, y sus decisiones institucionales, en pura fuerza e imposición —y la pura fuerza y el terror, nos advirtió Rousseau, “no constituye derecho alguno”³¹—.

1.3. La protesta como una forma de opinión pública

Como se ha apuntado hasta ahora, la democracia representativa presupone una relación estrecha entre las instituciones formales de toma de decisión, como el Parlamento, y los espacios informales de formación de la opinión³². La legitimidad de los primeros, de hecho, depende de qué tan abiertos se muestran a ser permeados por la opinión pública. La protesta es, en este contexto, uno de los medios (y para algunos y algunas para quienes los canales tradicionales de participación no se encuentran disponibles, el único medio a la mano)³³ a través del cual la ciudadanía concurre a la formación de la opinión pública frente a la cual, luego, el Estado y sus instituciones responden. La protesta se ofrece como herramienta de *aparición política*, por medio de la que, voces que de otro modo estarían silenciadas, se instalan en el espacio público para constituirse en actores políticos³⁴.

27 Según el parafraseo recogido desde Urbinati, *Democracy Disfigured*, 48.

28 Véase, en general, Nadia Urbinati, *Representative Democracy. Principles and Genealogy* (Chicago: Chicago University Press, 2006).

29 Robert C. Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*”. *Harvard Law Review* 103, n.º 3 (1990): 639.

30 Robert C. Post, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State* (New Haven: Yale University Press, 2013), 21.

31 Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract* (Indianapolis y Cambridge: Hackett Publishing, 2019), 6.

32 En ciertas ocasiones de desamparo y falta de atención a las demandas de la ciudadanía, de hecho, y como acertadamente lo ha señalado Sebastián Lalinde, la protesta social contribuye a formar Estado. Sebastián Lalinde, *Elogio a la bulla: Protesta y democracia en Colombia* (Bogotá, D.C.: DeJusticia, 2019), 26-7.

33 Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: el primer derecho* (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2007), 205-7. Respecto al sistema regional de derechos humanos, véase, Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Relatoría para la Libertad de Expresión, “Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal” (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19 septiembre 2019), para. 15-6.

34 Butler, *Performative Theory of Assembly*, 9-11.

La protesta es, así, una forma de coreografía política —una primera forma de coreografía—. En efecto, se trata de una puesta en escena y una representación que ofrece una opinión que reclama atención y que, no en pocos casos, entretiene. Primero, porque, como lo ha indicado Judith Butler, la nota distintiva de las reuniones es la aparición pública y unida de las personas. Pero no solo de personas en un sentido figurado o abstracto (del modo que el mismo texto constitucional afirma que las personas nacen libres e iguales en dignidad o el Código Civil presupone que las personas contratantes se encuentran en posición de completa libertad para hacerlo), sino de personas en su sentido corporal, que con sus experiencias de exclusión y reclamos se sitúan en el espacio público³⁵. Y es su nota distintiva porque la reunión en espacios públicos obtiene su fuerza social a partir de su carácter performativo. “Todo poder”, como lo sostiene Pierre Rosanvallon, “requiere una puesta en escena”³⁶.

En segundo lugar, porque las coreografías y otras formas de representaciones son parte del repertorio al que se recurre en las protestas sociales³⁷. Y es que si el poder de las protestas es generalmente oblicuo, es decir, opera dirigiéndose a la autoridad, pero también a los públicos a los que la autoridad presta atención³⁸, entonces la capacidad de la representación, la escenificación y la dramatización son únicas³⁹. En efecto, a través de las coreografías quienes protestan pueden intentar crear un espacio de intimidad (aun cuando en público) y complicidad con el reclamo que formulan⁴⁰. Las emociones y vivencias de la demanda, así, se hacen comunes. Quizá el caso más notable del que hemos tomado conocimiento en el último tiempo lo representa la coreografía del colectivo feminista Las Tesis “Un violador en tu camino”, apropiada por movimientos de todo el mundo⁴¹. Junto con la fuerza de la protesta, además, las coreografías permiten que las personas que generalmente están en la posición de público asuman el papel de actores y actrices del poder. Ello colabora a transformar en verdaderos escenarios los espacios públicos emblemáticos de las ciudades, disputando (por medio de su resignificación

35 Ídem., 9-11.

36 Pierre Rosanvallon, *La contrademocracia: La política en la era de la desconfianza* (Buenos Aires: Manantial, 2008), 231.

37 En términos generales, y relatando algunos episodios de *flash mobs* —que parafraseando alguna definición podríamos identificar como una “aglomeración pública de extraños, organizados vía internet o teléfonos móviles”, realizada en el contexto de protestas sociales con el objetivo tanto de atraer la atención del, como entretener al, público— que tuvieron lugar en las protestas estudiantiles chilenas de 2011, véase Camila Ponce y Natalia Miranda, “Redes de confianza *online* y *flash mobs*: movilizados por la educación”. *Observatorio* 10 (2016).

38 Lipsky, “Protest as a Political Resource”.

39 Debe reconocerse, sin embargo, que existe una delgada línea que separa lo que podría ser el aprovechamiento de un momento de atención político para volverlo en una despliegue presuntuoso puramente estético (en cualquier caso uno que se mantiene exclusivamente dentro de las coordenadas de un proyecto artístico), de lo que podría ser el recurso a la coreografía —y a otras formas de arte en general— para (lo que es propio de los repertorios) llamar la atención política en torno a las demandas que se formulan. En este segundo caso —los tipos de coreografías sobre los que llamo la atención acá—, al arte opera como un medio (más). Susanne Foellmer, “Choreography as a Medium of Protest”. *Dance Research Journal* 48, n.º 3 (2016): 63, doi:10.1017/S0149767716000395

40 Ameet Parameswaran, “Performance, Protest, and the Intimate-Public”. *TDR: The Drama Review* 60, n.º 2 (2016).

41 Paula Serafini, “‘A rapist in your path’: Transnational feminist protest and why (and how) performance matters”. *European Journal of Cultural Studies* 23, n.º 2 (2020).

política) su uso regular⁴². Por último, también es posible que, junto con el mensaje de creatividad, las coreografías —con su alegoría— envíen una señal que permita bajar las tensiones de las respuestas estatales, en especial las de la policía⁴³.

La protesta, de este modo, abre paso a la ciudadanía corporal: una forma de ciudadanía que enfatiza la presencia de los cuerpos y que, sobre la base de ese giro ontológico —que coloca de relieve la inescapable conexión de las personas con sus diferencias sociales, materiales y naturales—, amplía la estrecha concepción de ciudadanía, generalmente abstracta, que ofrece la variante legal de la misma. Esto permite explicar, por ejemplo, cómo es posible que niños, niñas y adolescentes, excluidos para todos los efectos de la ciudadanía legal, puedan devenir por medio de la aparición pública en sujetos políticos⁴⁴. De esto pueden dar cuenta las y los estudiantes que se movilizaron durante 2006 en Chile. Ellos y ellas pasaron de ser adolescentes que se encontraban debajo de la edad ‘legal’, a transformarse en las y los actores políticos que instalaron la discusión política más relevante de la que hayamos tenido noticia en los últimos 15 años en Chile: la relativa a la política educacional nacional que, dicho sea de paso, persiste. A ellos y ellas la protesta y la coreografía les permitió representar sus reclamos a la comunidad política. A través de la aparición pública de individuos que, de otra forma, estaban relegados a la patria potestad de sus padres y madres, la protesta les permitió amasar poder social que —de manera más o menos imperfecta, pero nadie dudará que de *alguna manera*— se ha venido transformando en distintas formas de poder político: en decisiones institucionales, en voluntad democrática⁴⁵.

Desde luego que la opinión pública que la protesta ayuda a configurar alcanza, también, las lecturas constitucionales. Esto es lo que hicieron, por ejemplo, los y las estudiantes en Chile. Por medio de movilizaciones populares ofrecieron sus lecturas alternativas de lo que debía ser la adecuada relación entre derecho a la educación y libertad de enseñanza. No fueron abogados y abogadas los que se animaron a ofrecer ese nuevo paradigma; no se trabó esa nueva relación en las salas de alguna Corte; los actores y las actoras que definieron esa nueva comprensión constitucional no vestían oscuro traje de talle y corbata. Antes bien, esa nueva comprensión constitucional se originó en las calles, fue avanzada por estudiantes vistiendo zapatillas y jean, y echando mano al lenguaje popular, a los cantos y a los memes.

El primer paso para poder aceptar que desde la ciudadanía pueden formularse interpretaciones (o como las llamo acá, lecturas) populares de la Constitución, supone abrazar una versión de *lo constitucional* que rechaza su comprensión exclusivamente legalista. Se trata de rechazar la idea conforme a la cual la Constitución y su comprensión —para parafrasear *Marbury v. Madison*— es enfáticamente tarea de la judicatura⁴⁶. Tal noción, no es innecesario

42 Ignacio Szmulewicz, “Activismo y contractivismo - arte y movilizaciones estudiantiles en el Chile reciente”. *Poiesis*, Niterói 18, n.º 29 (2017): 150-1.

43 Serafini, “A rapist in your path”, 291; Ponce y Miranda, “Redes de confianza online”, 166.

44 Teena Gabrielson y Katelyn Parady, “Corporeal citizenship: rethinking green citizenship through the body”. *Environmental Politics* 19, n.º 3 (2010).

45 Domingo Lovera, “Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes”, en *Constitución política e infancia Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, editado y coordinado por Anuar Quesille (Santiago: UNICEF, 2017).

46 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), 177 “It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is” también cuando esa ley es la Constitución.

insistir en esto, transforma la Constitución en un contrato y, de paso, confiere el monopolio de su lectura a los abogados y abogadas, que son quienes han sido adiestrados en la lectura e interpretación jurídica. Las avenidas públicas, de este modo, ceden frente a las salas judiciales y la política frente al derecho.

La comprensión constitucional que acá se sugiere, en cambio, rechaza lo que Hirschl ha denominado ‘juristocracia’⁴⁷, y pretende hacer efectivo el ideal del autogobierno democrático, ideal que, desde luego, debe también alcanzar nuestros acuerdos fundamentales que definen la forma y sustancia de nuestra identidad política. Por oposición al modelo judicial de la lectura constitucional, donde jueces y juezas son los encargados exclusivos, o en cualquier caso últimos, para interpretar la Constitución, el constitucionalismo popular o democrático que acá se defiende devuelve al pueblo ese papel central (y si nunca lo tuvo, reclama su reconocimiento)⁴⁸. En concepto de Reva Siegel y Robert Post, el constitucionalismo democrático apoya el papel que juegan el gobierno representativo y los ciudadanos movilizados en la implementación de la Constitución⁴⁹, justamente el tipo de interacción a que hace referencia Urbinati. La protesta es, entonces, en esta comprensión, una de las formas a través de las cuales la ciudadanía ofrece sus lecturas populares de los acuerdos constitucionales. A través de ella, la ciudadanía se transforma en una comunidad de consentimiento de las interpretaciones constitucionales que avanzan las instituciones, las que algunas veces impulsan, pero frente a las cuales, ciertamente, se erige como control de legitimidad⁵⁰.

1.4. El derecho positivo a la protesta

¿Qué papel ha cumplido el derecho en todo esto? ¿Ha contribuido el derecho a asegurar esta herramienta que permite a la ciudadanía ofrecer sus propias lecturas constitucionales? Por cierto que sí. Esta es la cara amable del derecho. Esto ha ocurrido, en primer lugar, cuando el derecho ha ofrecido su fuerza protectora a estas formas de intervención política informal. Es decir, el derecho también protege las formas no institucionales de participación, y lo hace a partir de una amalgama de derechos y libertades que se encuentran reconocidos en las constituciones de la región. ¿Qué derechos? Aunque típicamente se invocan la libertad de expresión⁵¹ y el derecho de reunión⁵² (la más de las veces subsumiendo, y de paso privándolo de su

47 Hirschl, *Towards Juristocracy*.

48 Es justamente porque se trata de un reclamo que busca devolver al, o reclamar para el, pueblo su papel central en la comprensión de los acuerdos constitucionales que no basta con que exista una juristocracia —para insistir en el lenguaje de Hirschl— que, aunque siendo legalista, abra espacios a la deliberación ciudadana. Otro tanto ocurrirá con una que se aparte de las lecturas legalistas para abrazar comprensiones diferentes. El reclamo, entonces, es uno sobre el o la protagonista.

49 Robert Post y Reva Siegel, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42, n.º 2 (2007): 379.

50 Guinier y Torres, “Changing the wind”, 2744; Gerald Torres y Lani Guinier, “The Constitutional Imaginary: Just Stories About We the People”. *Maryland Law Review* 71, n.º 4 (2012): 1054-5.

51 Véase, por todos, Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 268.

52 Por todas, Salát, *The Right to Freedom of Assembly*.

propia dogmática, al segundo *en el primero*⁵³) para configurar el derecho positivo (como señala el título de esta sección) a la protesta, hay otros como la privacidad, el derecho a formular peticiones y la libertad ambulatoria que también podrían concurrir. Como fuere, este abanico de derechos y libertades concurre, como digo, a dar forma al derecho a la protesta social.

Diversos tribunales de distintas partes lo han reconocido. La Corte Federal alemana ha señalado, por ejemplo en el caso *Brokdorf*, que “el derecho de los ciudadanos a participar en la formación de la voluntad política no solo se expresa votando en las elecciones, sino también ejerciendo influencia en el proceso continuo de formación de la opinión política, la que en un Estado democrático debe ser libre, abierta, sin regulaciones y, en principio, ajena a la intervención estatal”⁵⁴. Algo similar sostuvo la Corte Suprema de Chile, cuando, casi apostando, señaló que la protesta “puede ser relevante para generar debates en la opinión pública”⁵⁵. La Corte Suprema de Canadá, a su turno, ha dicho que las protestas —aunque en el caso que cito se refiere a las de orden laboral— se fundan en una serie de derechos fundamentales que involucran valores cruciales para una democracia: el desarrollo de la autonomía, la intervención en decisiones sociales y políticas, y en el intercambio común de ideas⁵⁶. Más recientemente, a fines de 2018, la Corte Constitucional de Sudáfrica insistiría en que la protesta es esencial en democracias como las nuestras, por cuanto le confiere voz a la sociedad civil para “influir en el proceso político...”⁵⁷. El mismo año la Corte Constitucional de Colombia afirmó, en similar sentido, que “la reunión y la manifestación pública y pacífica son derechos fundamentales”, que, ejercidos dentro de sus márgenes, no hacen otra cosa que “fortalecer el principio democrático en el sistema constitucional actual”⁵⁸.

Es la contribución a la legitimidad de las decisiones políticas, quizá, la razón más poderosa para proteger constitucionalmente a las protestas. Al abrir la política a la participación ciudadana más allá del momento autoritativo manifestado en el voto⁵⁹, se enfatiza el valor del autogobierno: el principio sobre el que se construye la democracia y conforme al cual no solo somos súbditos de un Estado, sino ciudadanos y ciudadanas en cuanto podemos vernos reflejados y reflejadas como autores y autoras de las decisiones estatales. Como lo afirmara la Corte Constitucional de Sudáfrica algunos años atrás, ahora en otro caso: “tener al pueblo involucrado en el proceso de creación de las leyes fortalece la legitimidad de la legislación a ojos de la comunidad [...] y porque es abierto y de carácter público, ese sistema actúa como un contrapeso al lobby secreto. La democracia participativa es de especial importancia para aquellos sectores de la comunidad que se encuentran relativamente desempoderados en un

53 John D. Inazu, *Liberty's Refuge. The forgotten freedom of assembly* (New Haven y Londres: Yale University Press, 2012), 1-2.

54 He tomado la traducción de Schwabe, Jürgen. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003), 195.

55 Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N.º 23.540-2014, 4 de noviembre de 2014, para. 6.

56 Corte Suprema de Canadá, *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.* [2002] 1 SCR 156, para. 32.

57 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Mlungwana and Others v S and Another* [2018] ZACC 45 [61], para. 63.

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-009/18, 7 de marzo de 2018, 31.

59 Tomo estas ideas, evidentemente, de Nadia Urbinati, “Representative democracy and its critics”, en *The Future of Representative Democracy*, editado por Sonia Alonso, John Keane y Wolfgang Merkel (Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 2011).

país como el nuestro, donde existe una gran disparidad de riqueza e influencia”⁶⁰. La Corte Constitucional de Colombia ha hecho el mismo énfasis: la protesta “contribuye a disminuir el déficit de representación de muchos sectores de la sociedad colombiana y busca ‘llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades que ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades”⁶¹.

De allí que la protesta, una forma de ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, entre otros, deba protegerse constitucionalmente, pues esa protección que el derecho le dispensa permite —como afirma Post— “salvaguardar el proceso comunicativo por medio del cual la opinión pública se forma, de modo de asegurar la integridad del gran proceso por medio del cual la opinión pública se transforma en voluntad pública, la ley”⁶². Hay veces en que las personas tomarán parte de dicho proceso comunicativo por medio del discurso y la prensa. Pero desconocer que dichas instancias están disponibles solo para un grupo muy reducido de personas es equivalente a realizar una petición de principios. Por eso es que, otras veces, la participación en el proceso comunicativo tomará la forma de piquetes, quema de banderas y carnavales⁶³. Cuando los movimientos sociales recurren a la protesta, entonces, lo hacen porque se encuentran facultados constitucionalmente para recurrir a mecanismos no institucionales de participación por medio de los que intervienen en la configuración de la opinión pública. Como lo sostuvo recientemente la Corte Constitucional de Sudáfrica, la protesta es “central para nuestra democracia. Existe en primer lugar para darle voz a los que carecen de poder. Esto incluye a los grupos que carecen de poder político y económico, y otras personas vulnerables [...] en muchos casos, para estas personas y grupos este será el único mecanismo disponible que tendrán a la mano para expresar sus legítimas preocupaciones”⁶⁴.

Por el contrario, si la opinión pública se conforma solo de acuerdo a un puñado de voces, en general las voces que tienen fácil acceso al poder de los medios de comunicación, entonces esas decisiones tendrán, no obstante su validez formal, una legitimidad político-constitucional muy débil. Esto quiere decir que es precisamente cuando se limita el acceso de las personas al espacio público cuando se afecta la legitimidad democrática constitucional. Cuando el Estado impone límites exorbitantes a la protesta o sobre otras formas de agencia política informal, la voz pública a la que aquel responde equivale a la voz exclusiva de unos pocos y unas pocas, cuestión que, como no podría ser de otra forma, solo exacerba la desconfianza en las instituciones, en sus decisiones y, a final de cuentas, en la democracia⁶⁵.

60 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others* (CCT12/05) [2006] ZACC 11, para. 115.

61 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-009/18, 7 de marzo de 2018, 33.

62 Post, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom*, 14.

63 Post, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom*, 15. Defendiendo una configuración no elitista de la libertad de expresión, véase, Domingo Lovera, “El mito de la libertad de expresión en la creación artística”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 23, n.º 1 (2010).

64 Corte Constitucional de Sudáfrica, *Mlungwana and Others v S and Another*, para. 61.

65 De hecho, el principio fundante de la democracia representativa, como ha señalado Urbinati —ahora comentando unas conferencias de Robert Post sobre la relevancia democrática de la libertad de expresión— es el igual poder que tenemos las personas “para votar y para hablar” cuando se trata de tomar decisiones. Que se lo conceptualice como un poder igual —insiste de manera brillante Urbinati—, quiere decir que debemos

2. LOS COSTOS DEL DERECHO A LA PROTESTA

Hasta acá he presentado, de modo aún esquemático, el derecho (positivo) a la protesta social. *Grosso modo*, he señalado que en una democracia constitucional este se encuentra protegido por el ejercicio de derechos fundamentales y que hay buenas razones para que ello ocurra: el recurso a la protesta permite concurrir a la formación de la opinión pública frente a la que las instituciones responden. Esto es especialmente necesario en el caso de ciertos grupos sociales para quienes —como también señalé—, la protesta es el único medio que tienen a disposición para poder participar. En esta parte del trabajo avanzo sobre otro tipo de asuntos. Primero, (2.1) dejaré planteados de modo inicial los riesgos y costos que van envueltos en la regulación legal del derecho a la protesta. Esto, que podría parecer obvio, debe mirarse en perspectiva de un entorno legal que ha tendido a aplaudir estas regulaciones. Como diré en la segunda parte de esta sección (2.2), esa mirada benevolente hacia las regulaciones de la protesta celebra que estas ahora no sean directamente castigadas por el Estado —hecho que antes apuntó la sociología⁶⁶—. Lo que las nuevas regulaciones legales de la protesta permitirían —esta es la apuesta de esas voces celebratorias— es abrir espacios para que las partes involucradas (las autoridades políticas, la policía y las personas que protestan) puedan acordar antes que solo disputar —disputa en la que la ciudadanía se llevaba, desde luego, la peor parte— su desarrollo⁶⁷. Finalizaré esta parte (2.3) colocando una nota de cautela que retoma el riesgo que pasará enseguida a enunciar: y es que parece que las regulaciones legales que de una parte le dan la bienvenida al derecho a la protesta, se han logrado (si cabe la expresión) a costa de domesticar el carácter disruptivo de esta. Y con ello, su potencial político.

2.1. Riesgos y costos

La idea de esta segunda parte, como dije al comienzo, es la de advertir sobre los riesgos que la concepción jurídica o legalista de la protesta social trae de la mano —concepción que sin embargo es necesaria, y de allí lo paradójico, para poder interactuar en términos constitucionales—. ¿Cuáles son los costos del derecho positivo a (o dicho de otro modo, de la positivación de) la protesta social? ¿Cuáles son los riesgos de la legalización de la protesta? Para decirlo en breve: bajo la (¿)ilusión(?) de garantizar las interacciones populares con *lo constitucional*, la legalización del derecho a la protesta social —como diré, principalmente, las regulaciones que ese reconocimiento legal trae de la mano— le resta valor contestatario. Su legalización y regulación, lo propio del derecho, afecta severamente el valor disruptivo de las movilizaciones. Esas regulaciones que se posan sobre la protesta, no obstante se presentan como una forma de asegurar el derecho, hacen realidad con peculiar claridad aquello que Wendy Brown —de

poner atención a las diferentes formas en que se trata de distorsionar tanto el proceso de formación de la voluntad general como el de la opinión pública. Nadia Urbinati, “Free Speech as the Citizen’s Right”, en *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Robert C. Post (Cambridge y Londres: Harvard University Press, 2014), 132-4.

66 Sidney Tarrow, *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política* (Madrid: Alianza Universidad, 1997), 189.

67 *Ibíd.*, 190-1.

ella tomo las expresiones riesgos y costos— identificó como la paradoja del idioma universal de los derechos y sus efectos locales: mientras los derechos, dice, pueden operar como una herramienta de emancipación en algún momento de la historia, pueden, en otro momento, volverse “mecanismos de obstrucción o cooptación de las formas más radicales de demandas políticas [...] una promesa vacía”⁶⁸.

En ese entendido —quiero insistir en esta paradoja—, el reconocimiento de un derecho positivo a la protesta, que en algún momento de la historia constituyó un avance⁶⁹, por cuanto ya no se prohibían las reuniones públicas⁷⁰ y la ciudadanía no era sencillamente (en términos que era visto como aceptable) reprimida por el Estado cuando recurría a ellas⁷¹, es hoy, en cambio, un golpe severo a esta⁷². En efecto, al privarla de la espontaneidad propia de la aparición disruptiva, al prácticamente eliminar la incertidumbre política en torno al evento, el reconocimiento legal ha terminado minando crucialmente su poder social.

Dicho de otro modo, si la virtud de la protesta es (o era) la de servir como una herramienta de negociación política y popular de entendimientos constitucionales, una herramienta para empujar a la soberana formal a prestar atención a lo que la otra soberana, la informal, demanda, su regulación legal ha redundado en un aplacamiento de ese poder social que una protesta más disruptiva es capaz de provocar. De este modo, la soberana de la opinión pública queda, indebidamente, domesticada. Indebidamente porque, de esta manera, la opinión pública se configura solo con algunas voces, quedando excluidas las que la ciudadanía puede directamente presentar. De paso, con ello se trunca la fricción necesaria para producir las buenas leyes.

2.2. Las regulaciones de la protesta

¿Dónde pueden identificarse esos riesgos? Permítanme comenzar indicando de inmediato que, en el derecho comparado —y nuestros países no son la excepción —, el reconocimiento legal del derecho a la protesta ha ido acompañado de diversas regulaciones. Y esto es así porque los derechos, lo sabemos, se ejercen en un entorno de regulaciones que permiten identificar sus contornos, es decir, identificar —con independencia de la tesis que abracemos respecto de las regulaciones de derechos fundamentales— qué es lo que podemos hacer bajo el halo

68 Wendy Brown, *States of Injury. Power and freedom in late modernity* (New Jersey: Princeton University Press, 1995), 97-8.

69 Tilly y Wood, en efecto, se refieren a un derecho que adquirió un “incómodo estatuto legal”. Charles Tilly y Lesley Wood, *Los movimientos sociales, 1768-2008. Desde sus orígenes a Facebook* (Barcelona: Crítica, 2010), 36-7.

70 Tarrow, *El poder en movimiento*, 138-9.

71 Reacción que, dicho sea de paso, iba de la mano con una cierta comprensión de las apariciones colectivas y públicas como actos irracionales y de simple desorden. David Schweingruber, “Mob Sociology and Escalated Force: Sociology’s Contribution to Repressive Police Tactics”, *The Sociological Quarterly* 41, n.º 3 (2000).

72 Por ahora diere golpe en tanto domesticación; reservaré la expresión represión, en línea con su uso común, para aquellas instancias en que el Estado aparece echando mano a su fuerza policial para descargar la violencia contra quienes protestan. Es, además, el uso sociológico adecuado del término: “Repression we define as the attempt by a state or its agents against challengers in order to end their challenge by arresting them, harassing them, or destroying their organizations”. Charles Tilly y Sidney Tarrow, *Contentious Politics* (Nueva York: Oxford University Press, 2015) 37.

protector de un derecho constitucional y qué no. En el derecho comparado, esas regulaciones del derecho a la protesta se conocen como las regulaciones manera, tiempo y lugar (MTL) de la protesta⁷³.

Como los derechos, incluso los constitucionales, no pueden ejercerse de cualquier forma, entonces la protesta puede desarrollarse solo de ciertas maneras, en ciertos horarios y en algunos lugares. En el derecho comparado e internacional se ha señalado que estas regulaciones no son inconstitucionales o contrarias a las convenciones internacionales en sí mismas. Tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, las regulaciones MTL de las protestas son adecuadas, considerando que estas permiten a la autoridad hacerse una idea de las medidas que debe tomar (por ejemplo, cómo reordenar el flujo de tránsito) para lograr que las movilizaciones se desarrollen tan libres de problemas como sea posible, así como para salvaguardar los derechos de terceras personas⁷⁴.

De este modo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el caso *Kozlov et al. v. Belarus, Communication*, ha señalado que las regulaciones MTL son compatibles con el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos en la medida que se sujeten a los requerimientos generales de las regulaciones de los derechos⁷⁵. Otro tanto se ha sostenido en la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁶. A nivel regional, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha tenido oportunidad de decidir un caso sobre estos asuntos, ha sido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión la que ha sostenido idéntico criterio. En su informe de 2005 —cuyos criterios reitera en el citado más arriba de 2019— sostuvo que “dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros”⁷⁷. En el caso del derecho constitucional comparado, las regulaciones al derecho a la protesta también se han aceptado como parte del escenario regular. Ellas buscarían y permitirían la protección de los derechos e intereses de terceras personas⁷⁸.

¿Se trata, entonces, de permisos? No deberían serlo. La mayoría de las constituciones e instrumentos de derechos humanos que reconocen el derecho de reunión —sobre el que se cimienta la protesta— lo reconocen ‘sin permiso previo’. Si a ello sumamos la fuerza protectora de la libertad de expresión y la prohibición de censura previa o de discriminación de los puntos de vista que la acompañan, entonces no hay duda de que las restricciones previas no suelen ser miradas con simpatía por el derecho. Por eso es que, otra vez, tanto en el derecho

73 En términos generales, Ulrich Preuß, “Associative Rights (The Rights to the Freedoms of Petition, Assembly, and Association)”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Miche Rosenfeld y Andrés Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012) 952; Barendt, *Freedom of Speech*, 306.

74 Una idea desarrollada tempranamente por el Tribunal Constitucional español. Tribunal Constitucional de España, STC 66/1995, 8 de mayo.

75 *Kozlov et al. v. Belarus, Communication*, N.º 1949/2010, U.N. Doc. CCPR/C/113/D/1849/2010 (2014), para. 7.4.

76 *Djavit v. Turkey* (2003) App no 20652/92 (ECHR, 20 February 2003). para. 65.

77 Comisión Interamericana de Derechos Humanos - Relatoría para la Libertad de Expresión, “Informe Anual 2005, para. 93.

78 Ulrich Preuß, “Associative Rights”, 952. Sin ir más lejos, este era el tufillo de la propuesta que anunció el Gobierno de Chile para regular el derecho de reunión, en pleno desarrollo del denominado ‘estallido social’ a fines de 2019 y comienzos de 2020. En términos generales, véase, Gladys Piérola, “Derecho a reunión: La Moneda da un giro y evalúa el apoyo a una propuesta opositora”, *Pauta*, 4 de febrero de 2020, <https://www.pauta.cl/politica/gobierno-evalua-proyecto-de-oposicion-para-regular-derecho-de-reunion>

comparado como en el internacional estos procedimientos de regulación MTL deben ser considerados como mecanismos de notificación a la autoridad. Notificación a la autoridad y no, en cambio, una solicitud de permiso puesta en manos de un agente con facultades ilimitadamente discrecionales⁷⁹.

Nótese que acá podemos observar un primer momento en que la aparición del derecho comienza a perturbar el carácter disruptivo de la protesta⁸⁰. Y lo hace allí donde, no obstante reconocer el derecho sin permiso previo, ordena a las personas dar aviso a la autoridad de la ocurrencia de una protesta⁸¹. Adviértase que ni siquiera estoy hablando del caso —esta es la situación de Chile— en que es posible identificar una brecha entre lo que se denomina la Constitución escrita y la Constitución real, una distancia entre los textos constitucionales que garantizan la protesta sin permiso previo, de una parte, y la práctica política que ha transformado estas regulaciones en verdaderas instancias de autorización, de otra⁸². Sino que me refiero al ‘caso ideal’ en que el derecho se garantiza sin permiso previo, pero en el que se obliga a las personas, de todas formas, a dar aviso a la autoridad: el primer paso al control de la disidencia. Y es que, como han dicho Bassa y Mondaca, no deja de ser hasta cierto punto curioso que “si la protesta social se articula en contra de la autoridad [...] sea esa propia autoridad [la] que fije no solo los límites de la protesta, sino también las maneras en que esta deba expresarse”⁸³.

2.3. Regulación como domesticación⁸⁴

¿Cómo se profundiza esta domesticación? Déjeme partir comentando el caso chileno —que no dista mucho de las experiencias comparadas—. En Chile es un decreto (Decreto Supremo

79 Véase, por todos, Naciones Unidas, “Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and association” (A/74/349, 11 September 2019), para. 23. En el caso colombiano, la Corte Constitucional sostuvo hace poco que “el requisito de un aviso previo es, en principio, una limitación permisible al derecho de reunión y manifestación, siempre que tenga finalidad de información y no de autorización”. Sentencia C-281/17, 3 de mayo de 2017, 5.3.3.

80 ¿Por qué es esto relevante? Porque en parte importante (aunque no exclusivamente) la fuerza social de las protestas descansa en la incertidumbre que son capaces de crear en la autoridad y que es la que las lleva —junto a otras razones, como podría ser una sensibilización genuina con la demanda— a prestar atención a los reclamos. Sin embargo, la legalización de las protestas —o manifestaciones, como escribe Tarrow— las comenzó a transformar en acciones convencionales e institucionalizadas que además (o quizá por lo mismo) incluso fueron vistas como “ventajosas” por los Estados. Tarrow, *El poder en movimiento*, 189-91.

81 Nótese que aquí no se señala que solo con esto se logre la domesticación de las protestas, sino que es un primer paso en esa dirección al tratarse de la puerta de entrada a las regulaciones que posteriormente acompañan el desarrollo de reuniones públicas.

82 Sobre esta brecha, al menos para el caso chileno, puede consultarse Domingo Lovera, “Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución”, en *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, editado por Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y Christian Viera (Santiago: Lom, 2015).

83 Jaime Bassa y Daniel Mondaca, “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”. *Izquierdas*, n.º 46 (2019), 113.

84 He tomado esta idea de Murphy. La domesticación no supone la erradicación de las protestas, sino el control de la fuerza social de estas a través del recurso a medios convencionales —como el derecho o los discursos de las autoridades— en los que la autoridad aparece (este es su objetivo) tanto asegurando los derechos de quienes salen a las calles como la preservación del orden público. J. M. Murphy, “Domesticating dissent: The Kennedy and the freedom rides”. *Communication Monographs* 59, n.º 1 (1992), 67.

N.º 1.086 de 1983) el que regula las reuniones públicas. De conformidad con este decreto, las personas que planifiquen realizar manifestaciones públicas en “lugares de uso público”, deberán presentar un formulario a la Intendencia Regional (o Gobernación, según corresponda). En ese formulario se debe (i) individualizar un responsable; (ii) especificar el recorrido que la marcha pretende realizar; (iii) presentar cuál es el objeto de la movilización; (iv) identificar quiénes harán uso de la palabra; (v) detallar el lugar en el cual la marcha acabará; y, finalmente, (vi) identificar el número aproximado de asistentes⁸⁵.

En el derecho internacional de los derechos humanos, pero como señalé, también en el comparado, se ha sostenido que estas regulaciones han abierto un espacio para que las personas que protesten puedan iniciar una negociación con las autoridades. Este es el cambio de paradigma respecto a las protestas que varias voces han celebrado: se dejó de verlas como episodios de desorden que deben ser reprimidos⁸⁶, para considerarlas formas convencionales de participación que deben permitirse⁸⁷. Y no solo que deben permitirse, sino que se trataría —sostiene esta idea— de acciones que canalizadas a través de las regulaciones MTL responderían a los intereses de todos los involucrados. Y es que las regulaciones MTL sentarían las bases para la instalación de mesas tripartitas en las que protestantes, autoridades civiles y policiales, negocian y acuerdan (i) el modo de la protesta, (ii) el lugar en que se desarrollará y (iii) la hora en que tendrá lugar⁸⁸. Eso insinuó la Corte Constitucional de Colombia cuando afirmó que un sistema de notificaciones, por ejemplo, permitía justamente realizar el derecho a la protesta. Se trataría, en buenas cuentas, de regulaciones —sostuvo la Corte— que “no contienen cosa distinta que mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales, en aras de la convivencia pacífica...”⁸⁹. En el derecho internacional de los derechos humanos se ha seguido un patrón similar al considerar las regulaciones MTL como catalizadores de un espacio de negociación. Se las presenta, en efecto, como “mejores prácticas” relacionadas con la libertad de reunión⁹⁰.

¿Son estas noticias que hay que celebrar? No tan rápido. Si bien es cierto que el derecho a la protesta florece en el contexto de Estados democráticos —no obstante haber sido también

85 Al día de hoy, una copia de ese formulario puede consultarse en “Autorización para realizar Actos Públicos”, *Intendencia Región Metropolitana de Santiago*, acceso 18 de mayo de 2020, <http://www.intendenciametropolitana.gov.cl/autorizacion-para-realizar-actos-publicos/>

86 En efecto, y solo por mencionar alguno, se ha reportado que los acercamientos más dialógicos al control de la protesta han contribuido a una mejor evaluación de los eventuales riesgos involucrados en las protestas como una respuesta policial más proporcionada. Hugo Gorringer, Clifford Stott y Michael Rosie, “Dialogue Police, Decision Making, and the Management of Public Order During Protest Crowd Events”. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 9, n.º 2 (2012).

87 John D. McCarthy y Clark McPhail, “The Institutionalization of Protest in the United States”, en *The Social Movements Society: Contentious Politics for a New Century*, editado por David S. Meyer y Sidney Tarrow (Lanham, Boulder, Nueva York, Toronto y Oxford: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1998), 83-4.

88 Donatella Della Porta y Olivier Fillieule, “Policing Social Protest”, en *The Blackwell Companion to Social Movements*, David A. Snow et al. editores (Malden-Oxford-Carlton: Blackwell Publishing, 2007), 219.

89 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-281/17, 3 de mayo de 2017, 5.3.3.

90 Por tomar un ejemplo, aunque recoge informes del derecho internacional antes que manifestar su propia opinión, véase, Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile - ACNUDH, *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales* (Santiago: INDH-ACNUDH, 2014), 38-41, 52-55.

repertorio común en movimientos democratizadores⁹¹—, la experiencia latinoamericana indica que a ella recurren principalmente —como algunas visiones, sobre todo provenientes del derecho internacional de los derechos humanos han enfatizado— aquellos y aquellas para quienes los canales tradicionales de comunicación se encuentran cercenados. Para ellos y ellas, que carecen de acceso a los canales regulares de información e influencia de la opinión pública, las protestas bien pueden venir a ser la única alternativa de participación disponible. Este panorama de la región lo dibujó recién, nomás, la secretaria ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Alicia Bárcena, quien a comienzos de 2020 sostuvo en el Foro de Davos que, “[l]a desigualdad conspira contra el crecimiento y recientemente ha dado lugar a conflictos por demandas sociales insatisfechas, como la insuficiente provisión de bienes públicos y la baja protección social”⁹². Si esto es así, es decir, si a la protesta social recurren los grupos sociales (no necesariamente en condiciones de pobreza, pero) cuyas demandas enfrentan al poder estatal y económico, ¿qué posibilidades hay de que exista una genuina negociación entre quienes se sientan a la mesa constreñidos por las regulaciones MTL?

La verdad es que el perfil político y social de quienes echan mano a la protesta ofrece asimetrías de entrada en las negociaciones a que da lugar la regulación constitucional, legal y reglamentaria de la protesta. Y la impactan de la peor forma posible: no es cierto que las regulaciones sean establecidas sobre la base de consensos o negociaciones. De hecho, se ha dicho que las regulaciones MTL de las protestas terminan mostrando a un Estado que se comporta, precisamente, como cualquier otro propietario⁹³. Como alguien, o algo, que define a su antojo quiénes intervienen, cuándo y cómo⁹⁴. Es que no debe pasarse por alto que estas regulaciones no dejan de ser la materialización, aunque por otra vía que la de la pura fuerza, del control represivo de las protestas⁹⁵. En un contexto tal, es el Estado el que define los espacios de disenso⁹⁶ y transforma las protestas en rutinas permitidas e institucionalizadas⁹⁷. Pero además en eventos que, una vez que ya empezó a regular, puede seguir sujetando hasta el fin. Es decir, incluso aunque fuera posible pensar en protestas que mantienen su carácter disruptivo no obstante se encuadren dentro de los lineamientos regulatorios del ejercicio del derecho a la protesta (sobre lo que diré algo en las conclusiones), lo cierto es que esto (que se estén cumpliendo esas regulaciones producto, justamente, de la disrupción) será algo que las autoridades estarán dispuestas siempre a disputar. Y no es necesario pensar en la disrupción

91 Manuel A. Garretón, “Movimientos sociales y procesos de democratización. Un marco analítico”. *Excerpta*, n.º 2 (1996): <http://www.insumisos.com/httpdocs/articulos/Movimientos%20sociales%20y%20democratizacion.pdf>

92 “La desigualdad y el bajo crecimiento se asocian y conspiran contra el desarrollo, la innovación, la inclusión y la productividad: Alicia Bárcena”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, acceso el 21 de mayo de 2020, <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-crecimiento-se-asocian-conspiran-desarrollo-la-innovacion-la-inclusion-la>

93 Patrick Rafail, “Asymmetry in Protest control? Comparing protest policing patters in Montreal, Toronto, and Vancouver 1998-2004”. *Mobilization* 15, n.º 4 (2010).

94 Tabatha Abu El-Haj, “The Neglected Right of Assembly”. *UCLA Law Review* 56, n.º 3 (2009).

95 Mike King, “Disruption is Not Permitted: The Policing and Social Control of Occupy Oakland”. *Critical Criminology* 21, n.º 4 (2013), 464.

96 Don Mitchell and Lynn A. Staeheli, “Permitting Protest: Parsing the Fine Geography of Dissent in America”. *International Journal of Urban and Regional Research* 29, n.º 4 (2005): 800-1.

97 Abu El-Haj, “The Neglected Right to Assembly”, 547.

como equivalente a la violencia: es común que las autoridades objeten la solicitud reiterada de reuniones en lugares de uso público, no obstante se trate, justamente, de solicitudes que se ajustan a las regulaciones del derecho. Lo mismo podría afirmarse, en rigor, de cualquier forma de protesta que saque de su zona de confort al modelo de la gestión negociada (*negotiated management*)⁹⁸.

¿Cómo no ver en estas regulaciones, entonces, una burocratización innecesaria que transforme las (denominadas) regulaciones de la protesta en un nuevo sistema que excluye y segrega, o vuelve a segregar, a los peor situados y a quienes presentan visiones de disenso frente a la hegemonía imperante? La aceptación de un amplio poder regulatorio para el Estado, se ha desarrollado a costa de privar a las protestas de su potencial político. Como se ha señalado, se trata de regulaciones que no permiten la disrupción⁹⁹ o que facilitan las protestas solo a condición de que sean inefectivas¹⁰⁰. A fin de cuentas, las regulaciones MTL han llevado a configurar el derecho a la protesta como una suerte de concesión graciosa del Estado, lo que ha condicionado fuertemente la capacidad de la ciudadanía para ser un actor político relevante. La aceptación poco crítica y hasta cierto punto celebratoria de las regulaciones MTL ha transformado los actos, otrora de disrupción y por lo tanto de contienda política, en presentaciones que quedan en (o que son empujadas, a decir verdad) el terreno de la coreografía o la mímica antes que en el de la aparición agencial de la ciudadanía.

CONCLUSIÓN: ¿QUÉ HACER?

En este trabajo me he servido de la idea de coreografía para apuntar dos versiones de esta en relación con las protestas. Primero, como parte del repertorio al que las personas que protestan echan mano y que les permite, en rigor, dramatizar sus reclamos y presentarlos (ponerlos en escena, podríamos decir) ante los y las demás. Segundo, como el ritual de escenificación al que son empujadas las protestas, las que al ser sometidas a intensas regulaciones legales devienen en actos rutinarios, sitiados y controlados por el Estado. Quiero concluir este trabajo arrojando algunas ideas —recién a modo de sugerencias— para encarar el desafío que coloca sobre la mesa Lucas Arrimada y que se conecta con este segundo aspecto de la protesta que acabo de terminar de revisar: “¿Cómo regular la protesta [pregunta Arrimada] sin castrar su potencial vitalista, su capacidad espontánea de comunicar rápidamente necesidades y reclamos?”¹⁰¹.

Primero, es importante ofrecer un matiz relevante. De todo lo que he señalado en la segunda parte de este trabajo, y en especial en la sección 2.3, no se sigue que la protesta haya perdido absolutamente el potencial transformador. La práctica indica que, así sea domesticada —un factor que las organizaciones sociales, por lo demás, internalizan—, es aún capaz de

98 Peter Dauvergne y Genevieve LeBaron, *Protest Inc. The Corporatization of Activism* (Cambridge-Malden: Polity, 2014), 110.

99 King, “Disruption is Not Permitted: The Policing”.

100 Hugo Gorringer et al., “Facilitating ineffective protest? The policing of the 2009 Edinburgh NATO protests”. *Policing and Society* 22, n.º 2 (2012).

101 Lucas Arrimada, “Razones para no regular la protesta”. *Le Monde Diplomatique*, n.º 178 (abril, 2014).

provocar procesos de cambio social. Y ello se debe, desde luego, a factores que la sociología desde hace un tiempo ya ha apuntado y que, en buena medida, escapan a los contornos del derecho (aunque este, o más propiamente las autoridades echando mano a aquel, tratan de modular). En efecto, como notara Tarrow tiempo atrás, la fuerza política de las acciones colectivas convencionales, esto es, de las acciones aceptadas como regulares y permitidas en una democracia, como las protestas, descansa no solo en la disrupción que sean capaces de provocar. Esto quiere decir que, si bien esa disrupción es relevante, y que es lo que empuja a la autoridad a negociar significados constitucionales —y en ocasiones excepcionales, constituyentes¹⁰²—, hay otras consecuencias de las protestas que, como digo, aun domesticadas pueden estar presentes y son relevantes para los Estados. Me refiero a los efectos indirectos que ellas traen de la mano —sobre lo que algo dije arriba citando a Lipsky—. En efecto, parte importante del poder social que los grupos que protestan logran amasar descansa no solo sobre sus propios hombros, sino también sobre los de las demás personas que se solidarizan con el reclamo que se formula¹⁰³.

Segundo, el tango se baila entre dos. Si quienes protestan asumen la alegoría de las protestas, son los primeros y las primeras en hipotecar su potencial social. Cuando lo que más importa es el rito, la experiencia de participar, antes que el sentido político-constitucional de la demanda, entonces la protesta nace como una coreografía —pero de las del segundo tipo—, antes que como una herramienta de negociación de sentidos constitucionales o de contienda política.

Tercero, hay que preguntarse si las movilizaciones que tensionan las comprensiones constitucionales deben necesariamente enmarcarse en el ejercicio de derechos. No se trata de alentar la ilegalidad, desde luego, pero sí de rescatar el potencial disruptivo de las protestas mirando más allá de las regulaciones legales¹⁰⁴. Por ejemplo, una buena primera pregunta que podemos hacernos es por qué las Cortes supremas o tribunales constitucionales han comenzado a reconocer la constitucionalidad del derecho a la protesta, un derecho que supone gente en las calles y que, por eso mismo, es esencialmente molesto para el liberalismo constitucional (que nace, ni más ni menos, para colocar a la multitud entre paréntesis). Una alternativa es que lo hacen para que otras formas de aparición política de ciudadanías subalternas, más confrontacionales a los Estados, queden teñidas de ilegalidad. Permítanme mirar otra vez el caso chileno. Cuando la Corte Suprema de Chile, en el caso arriba identificado, reconoció la legalidad del derecho a la protesta, lo hizo mientras reprochaba la ilegalidad de las tomas u ocupaciones de establecimientos educacionales. Dijo, en efecto, que “la toma de una escuela es, por definición, un acto de fuerza que no constituye un medio legítimo de emitir opinión ni forma parte del contenido del derecho a manifestarse. Es un comportamiento antijurídico que no respeta los derechos de los demás”¹⁰⁵. Si se coloca esta sentencia en contexto, quizá

102 Domingo Lovera, “Protestas constituyentes: octubre del ‘19”, en *Proceso constituyente en Chile: desafíos para una Nueva Constitución*, editado por Jaime Bassa (Santiago: Thomson Reuters, 2020).

103 Tarrow, *El poder en movimiento*, 191-2.

104 En buena medida son las propias prácticas ciudadanas las que, ya sea de modo cotidiano o apareciendo con especial fuerza, como en los episodios de protesta, perfilan —desde abajo— el contorno de los derechos.

105 Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N° 23.540-2014, para. 5. He abordado con algo más de detalle esta sentencia en Domingo Lovera, “Toma de colegios (y protestas). Comentario de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23.540-2014, de 4 de noviembre de 2014”. *Revista De Derecho (Coquimbo)* 22, n.º 1 (2015).

pueda entenderse mejor el reproche: mientras los movimientos estudiantiles en Chile lograban confrontar la política educacional de la autoridad echando mano a las tomas extendidas tanto temporal como territorialmente, la protesta se había vuelto, justamente por lo que vengo señalando en este trabajo, un evento predecible y alegórico. Pero no un problema serio para el Gobierno como las tomas, las que incluso buscó penalizar¹⁰⁶.

Cuarto, no es fácil escapar del derecho. Esto debe llevarnos a observar las respuestas a esta crítica que el propio derecho ha ido generando y que no debiera sorprendernos: el derecho está plagado de contradicciones que suelen poner en tensión la existencia de un solo modelo normativo. Esas tensiones —permítanme parafrasear *Anthem* de Leonard Cohen— bien pueden ser esas grietas a través de las que, a veces, se asoma la luz. Anotaría, para terminar, dos tipos de situaciones. De una parte, no son pocas las protecciones que el derecho mismo ha aportado para, aun en el contexto limitado que vengo reseñando, proteger las protestas. De este modo, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho comparado han señalado que no procede la penalización de las protestas espontáneas —es decir, las que se realizan, justamente, al margen de las regulaciones MTL—; que una excesiva burocratización de las regulaciones MTL atenta contra los derechos sobre los que se erige la protesta; que el Estado debe ser escrutado especialmente cuando recurre a la fuerza o a las herramientas penales para enfrentar las protestas; en fin, que es deber del Estado disponer espacios públicos para que las personas puedan reunirse y participar de la formación de la opinión pública.

De otra parte —que me parece más interesante y desafiante— hay veces en que el mismo derecho opera como una suerte de mediador entre legalidad y facticidad, mediación que transforma algunas manifestaciones de esa facticidad en actos legales o simplemente permitidos. Nótese las palabras de uno de los magistrados de la Corte Suprema de Chile que acompañó su voto disidente con la siguiente reflexión en la sentencia que, recuérdese, había sostenido la ilegalidad de las tomas:

Que sin perjuicio de considerar que la toma de un establecimiento educacional, por la fuerza, constituye un hecho en principio ilegal, puede, en circunstancias extraordinarias, no ser objeto de reproche por la sociedad y, más aún, ser considerada como forma última de la expresión de reclamo ante la necesidad de adoptar cambios urgentes en materia educacional, e incluso, como forma de protesta para la obtención de cambios políticos mayores¹⁰⁷.

Hay otros ejemplos que traban este flirteo con la facticidad. En 2014 la Audiencia Nacional de Madrid debía pronunciarse sobre un cúmulo de acusaciones dirigidas en contra de un grupo de manifestantes que decidió bloquear el acceso al Parlamento catalán. Junto con impedir el acceso de los parlamentarios de la comunidad, les arrojaron pinturas y rasgaron alguna

106 “Proyecto de ley del Gobierno convierte en delito las tomas de recintos”, *Radio Cooperativa*, acceso el 19 de mayo de 2020, <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/seguridad-ciudadana/proyecto-de-ley-del-gobierno-convierte-en-delito-las-tomas-de-recintos/2011-10-03/074123.html>

107 Corte Suprema de Chile, Sentencia Rol N° 23.540-2014, voto disidente del ministro Pierry, considerando 1° de su voto. En sus propias palabras, lo que en verdad había empujado a la Corte a declarar la ilegalidad de las tomas era la “reiteración de tomas de colegios por parte de estudiantes”, lo que la hacía perder “su posible legitimación y su eventual carácter épico” para transformarse “simplemente en un fastidio social”.

que otra chaqueta. Las acusaciones incluían los delitos de contra las instituciones del Estado en concurso ideal con el de atentado a la autoridad agravado y el delito de asociación ilícita. La Audiencia, sin embargo, rechazó las acusaciones. Y sostuvo, para ello, que:

Cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar.¹⁰⁸

¿Qué hacer, entonces, frente a la transformación de la protesta en una coreografía consentida por el Estado? He querido concluir advirtiendo que existen, en el derecho, algunos ecos de este reclamo. Ya sea para bien —advirtiendo los límites al propio derecho— o para mal —volviendo a engullir todo aquello que busca expresión propia fuera de él—. Por ahora, diría que el trabajo que hacemos quienes trabajamos en, y con el derecho —sin pretender agotar la discusión, desde luego—, es explorar y exponer las ventajas y desventajas que este, a ratos amigo, a ratos enemigo, ofrece para el desarrollo de una democracia representativa más vigorosa. Una democracia en que el diálogo entre la soberana formal y la soberana informal sea, no obstante tenso y molesto, uno que permita arribar a mejores leyes. Y las mejores leyes se logran con todas las voces.

REFERENCIAS

1. Abu El-Haj, Tabatha. "The Neglected Right of Assembly". *UCLA Law Review* 56, n.º 3 (2009): 543-589.
2. Arrimada, Lucas, "Razones para no regular la protesta". *Le Monde Diplomatique*, n.º 178, abril 2014, <https://www.eldiplo.org/178-la-nueva-guerra-fria/razones-para-no-regular-la-protesta/>.
3. "Autorización para realizar Actos Públicos". *Intendencia Región Metropolitana de Santiago*, <http://www.intendenciametropolitana.gov.cl/autorizacion-para-realizar-actos-publicos/>
4. Balkin, Jack. "How Social Movements Change (Or Fail To Change) the Constitution: The Case of the New Departure". *Suffolk University Law Review* 39, n.º 27 (2005): 27-65.
5. Barendt, Eric. *Freedom of Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
6. Bassa, Jaime y Daniel Mondaca. "Protesta social y derecho: una tensión irresoluble". *Revista Izquierdas*, n.º 46 (2019): 105-136.

108 Audiencia Nacional - Sec. 1ª Sala Penal, Sentencia No 31/2014, 7 de julio de 2014, 57-8. Esta sentencia fue luego revocada.

7. Brown, Wendy. *States of Injury. Power and freedom in late modernity*. New Jersey: Princeton University Press, 1995.
8. Butler, Judith. *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.
9. Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Relatoría para la Libertad de Expresión. “Informe Anual 2005. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”. (OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 7. 27 de febrero de 2006).
10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Relatoría para la Libertad de Expresión. “Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal” (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19 Septiembre 2019).
11. Dauvergne, Peter and Genevieve LeBaron. *Protest Inc. The Corporatization of Activism*. Cambridge-Malden: Polity, 2014.
12. Della Porta, Donatella and Olivier Fillieule. “Policing Social Protest”, in *The Blackwell Companion to Social Movements*, edited by David A. Snow, Sarah A. Soule and Hanspeter Kriesi, 217-241. Malden-Oxford-Carlton: Blackwell Publishing, 2007.
13. Donoso, Sofía. “Dynamics of Change in Chile: Explaining the Emergence of the 2006 Pingüino Movement”. *Journal of Latin American Studies* 45, n.º 1 (2013): 1-29, doi:10.1017/S0022216X12001228
14. Figueroa, Francisco. *Llegamos para quedarnos: Crónicas de la revuelta estudiantil*. Santiago: LOM Ediciones, 2013.
15. Foellmer, Susanne. “Choreography as a Medium of Protest”. *Dance Research Journal* 48, n.º 3 (2016): 58-69, doi:10.1017/S0149767716000395
16. Gabrielson, Teena and Katelyn Parady. “Corporeal citizenship: rethinking green citizenship through the body”. *Environmental Politics* 19, n.º 3 (2010): 374-391, <https://doi.org/10.1080/09644011003690799>
17. Gargarella, Roberto. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.
18. Garretón, Manuel A. “Movimientos sociales y procesos de democratización. Un marco analítico”. *Excerpta*, n.º 2 (1996), <http://www.insumisos.com/httpdocs/articulos/Movimientos%20sociales%20y%20democratizacion.pdf>
19. Gorringe, Hugo; Clifford Stott and Michael Rosie. “Dialogue Police, Decision Making, and the Management of Public Order During Protest Crowd Events”. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 9, n.º 2 (2012): 111-125, <https://doi.org/10.1002/jip.1359>
20. Gorringe, Hugo; Michael Rosie; David Waddington and Margarita Kominou. “Facilitating ineffective protest? The policing of the 2009 Edinburgh NATO protests”. *Policing and Society* 22, n.º 2 (2012): 115-132, <https://doi.org/10.1080/10439463.2011.605260>
21. Guinier, Lani and Gerald Torres. “Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements”. *Yale Law Journal* 123, n.º 8 (2014): 2574-3152.
22. Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998.

23. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Philosophy of Right*. Kitchener: Batoche Books, 2001.
24. Hirschl, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge and Londres: Harvard University Press, 2004.
25. Hutchinson, Allan. "Waiting for Coraf (or the beatification of the Charter)". *University of Toronto Law Journal* 41, (1991): 332-358.
26. Inazu, John D. *Liberty's Refuge. The forgotten freedom of assembly*. New Haven and Londres: Yale University Press, 2012.
27. Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile – ACNUDH. *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales*. Santiago: INDH-ACNUDH, 2014.
28. King, Mike. "Disruption is Not Permitted: The Policing and Social Control of Occupy Oakland". *Critical Criminology* 21, n.º 4 (2013): 463-475, <https://doi.org/10.1007/s10612-013-9198-z>
29. "La desigualdad y el bajo crecimiento se asocian y conspiran contra el desarrollo, la innovación, la inclusión y la productividad: Alicia Bárcena". *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-crecimiento-se-asocian-conspiran-desarrollo-la-innovacion-la-inclusion-la>
30. Lalinde, Sebastián. *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia*. Bogotá, D.C.: De-Justicia, 2019.
31. Lipsky, Michael. "Protest as a Political Resource". *American Political Science Review* 62, n.º 4 (1968): 1144-1158.
32. Lovera, Domingo. "El mito de la libertad de expresión en la creación artística". *Revista de Derecho (Valdivia)* 23, n.º 1 (2010): 155-180, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100007>.
33. Lovera, Domingo. "¿Tres son Multitud? Constitucionalismo popular, cortes y protesta", en *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, editado por Roberto Niembro y Micaela Alterio, 129-152. México D.F.: Editorial Porrúa, 2013.
34. Lovera, Domingo. "Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución", en *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, editado por Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y Christian Viera, 99-119. Santiago: Lom Ediciones, 2015a.
35. Lovera, Domingo. "Toma de colegios (y protestas). Comentario de la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 23.540-2014, de 4 de noviembre de 2014". *Revista de Derecho (Coquimbo)* 22, n.º 1 (2015b): 585-595.
36. Lovera, Domingo. "Ciudadanía constitucional de niños, niñas y adolescentes", en *Constitución política e infancia. Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, editado y coordinado por Anuar Quesille, 151-186. Santiago: Unicef, 2017.
37. Lovera, Domingo. "Protestas constituyentes: octubre del '19", en *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una Nueva Constitución*, editado por Jaime Bassa, 97-118. Santiago: Thomson Reuters, 2020.
38. Machiavelli, Niccolò. *Discourse on Livy*. Chicago and Londres: University of Chicago Press, 1996.
39. Marx, Karl. "On the Jewish Question", in *The Marx-Engels Reader*, edited by Robert C. Tucker. Nueva York: W.W. Norton & Company, 1978.

40. McCarthy, John D. and Clark McPhail. "The Institutionalization of Protest in the United States", in *The Social Movements Society: Contentious Politics for a New Century*, edited by David S. Meyer and Sidney Tarrow, 83-110. Lanham, Boulder, Nueva York, Toronto and Oxford: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1998.
41. May, Christopher. "The rule of law as the Grundnorm of the new constitutionalism", in *New Constitutionalism and World Order*, edited by Stephen Gill and A. Claire Cutler, 63-75. Nueva York and Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
42. Mitchell, Don and Lynn A Staeheli. "Permitting Protest: Parsing the Fine Geography of Dissent in America". *International Journal of Urban and Regional Research* 29, n.º 4 (2005): 796-813, <https://doi.org/10.1111/j.1468-2427.2005.00622.x>
43. Murphy, J. M. "Domesticating dissent: The Kennedys and the freedom rides". *Communication Monographs* 59, n.º 1 (1992): 61-78. <https://doi.org/10.1080/03637759209376249>
44. Parameswaran, Ameet. "Performance, Protest, and the Intimate-Public". *TDR: The Drama Review* 60, n.º 2 (2016): 1-2.
45. Piérola, Gladys, "Derecho a reunión: La Moneda da un giro y evalúa el apoyo a una propuesta opositora", *Pauta*, 2020, <https://www.pauta.cl/politica/gobierno-evalua-proyecto-de-oposicion-para-regular-derecho-de-reunion>
46. Ponce, Camila y Natalia Miranda. "Redes de confianza online y *flash mobs*: movilizados por la educación". *Observatorio* 10, (2016): 161-175.
47. Post, Robert C. "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*". *Harvard Law Review* 103, n.º 3 (1990): 601-686.
48. Post, Robert C. "Participatory democracy as a theory of free speech: a reply". *Virginia Law Review* 97, n.º 3 (2011): 617-632.
49. Post, Robert C. *Democracy, Expertise, and Academic Freedom. A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*. New Haven: Yale University Press, 2013.
50. Post, Robert and Reva Siegel. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash". *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42, n.º 2 (2007): 373-433.
51. Preuß, Ulrich. "Associative Rights (The Rights to the Freedoms of Petition, Assembly, and Association)", in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, 949-965. Oxford: Oxford University Press, 2012.
52. "Proyecto de ley del Gobierno convierte en delito las tomas de recintos". Radio Cooperativa, <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/seguridad-ciudadana/proyecto-de-ley-del-gobierno-convierte-en-delito-las-tomas-de-recintos/2011-10-03/074123.html>
53. Rafail, Patrick. "Asymmetry in Protest control? Comparing protest policing patterns in Montreal, Toronto, and Vancouver 1998-2004". *Mobilization* 15, n.º 4 (2010): 489-509, <https://doi.org/10.17813/mai.15.4.p64822u83v032715>
54. Rosanvallon, Pierre. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2008.
55. Rousseau, Jean-Jacques. *On the Social Contract*. Indianapolis and Cambridge: Hackett Publishing, 2019.

56. Salát, Orsolya. *The Right to Freedom of Assembly. A Comparative Study*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2015.
57. Schmitt, Carl. *Constitutional Theory*. Durham and Londres: Duke University Press, 2008.
58. Schwabe, Jürgen. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
59. Schweingruber, David. "Mob Sociology and Escalated Force: Sociology's Contribution to Repressive Police Tactics". *The Sociological Quarterly* 41, n.º 3 (2000): 371-389.
60. Serafini, Paula. "'A rapist in your path': Transnational feminist protest and why (and how) performance matters". *European Journal of Cultural Studies* 23, n.º 2 (2020): 290-295, <https://doi.org/10.1177/1367549420912748>
61. Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association. "Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association" (A/74/349, 11 September 2019).
62. Szmulewicz, Ignacio. "Activismo y contractivismo - arte y movilizaciones estudiantiles en el Chile reciente". *Poiesis, Niterói* 18, n.º 29 (2017): 145-160, <http://dx.doi.org/10.22409/poiesis.1829.145160>
63. Tarrow, Sidney. *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid: Alianza Universidad, 1997.
64. Tilly, Charles y Lesley Wood. *Los Movimientos Sociales, 1768-2008. Desde sus orígenes a Facebook*. Barcelona: Crítica, 2010.
65. Tilly, Charles and Sidney Tarrow. *Contentious Politics*. Nueva York: Oxford University Press, 2015.
66. Torres, Gerald and Lani Guinier. "The Constitutional Imaginary: Just Stories About We the People". *Maryland Law Review* 71, n.º 4 (2012): 1052-1072.
67. Tully, James. "The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy". *ModernLawReview* 65, n.º 2 (2002): 204-228, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00375>
68. Urbinati, Nadia. *Representative Democracy. Principles and Genealogy*. Chicago: Chicago University Press, 2006.
69. Urbinati, Nadia. "Representative democracy and its critics", in *The Future of Representative Democracy*, edited by Sonia Alonso, John Keane and Wolfgang Merkel, 23-49. Cambridge and Nueva York: Cambridge University Press, 2011.
70. Urbinati, Nadia. *Democracy Desfigured. Opinion, Truth, and the People*. Cambridge and Londres: Harvard University Press, 2014a.
71. Urbinati, Nadia. "Free Speech as the Citizen's Right", in *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Robert C. Post, 125-140. Cambridge and Londres: Harvard University Press, 2014b.