

¿Es legítima la criminalización de la protesta social?

Derecho Penal y libertad de expresión
en América Latina

Eduardo Bertoni
COMPILADOR

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Este libro se publica gracias al apoyo financiero de la
Fundación Open Society Institute.

© 2010 Universidad de Palermo - UP

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires I Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500 I Fax: (54 11) 4963-1560
cele@palermo.edu I www.palermo.edu/cele

Impreso en agosto de 2010 en
VOROS S.A. Bucearelli 1160.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina

Es legítima la criminalización de la protesta social? :
derecho penal y libertad de expresión en América Latina /
compilado por Eduardo Andrés Bertoni. - 1a ed. - Buenos
Aires :

Universidad de Palermo - UP, 2010.
288 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-1716-13-5

1. Derecho Penal. I. Bertoni, Eduardo Andrés, comp.
CDD 345

Fecha de catalogación: 11/08/2010

Índice

Introducción	
Eduardo Bertoni	I
ARGENTINA	
E. Raúl Zaffaroni	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	1
BOLIVIA	
Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit L. Rojas Tudela	
<i>Criminalización y derecho a la protesta</i>	17
COLOMBIA	
Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	47
CHILE	
Francisco Cox	
<i>Criminalización de la protesta social: “No tiene derecho a reunirse donde le plazca”</i>	75
ECUADOR	
Daniela Salazar Marín	
<i>El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías</i>	101
MÉXICO	
Miguel Rábago Dorbecker	
<i>La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada”</i>	145
NICARAGUA	
Dayra Karina Valle Orozco	
<i>Criminalización de la protesta social en Nicaragua como forma de restricción de la libertad de expresión</i>	163

PERÚ

Ronald Gamarra Herrera

<i>Libertad de expresión y criminalización de la protesta social</i>	183
--	-----

VENEZUELA

Carlos Ayala Corao

<i>La criminalización de la protesta en Venezuela</i>	209
---	-----

INFORME I

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	235
--	-----

INFORME II

Centro de Estudios Legales y Sociales	261
---	-----

Sobre las autoras y los autores	277
--	-----

INFORME II

Centro de Estudios Legales y Sociales

Criminalización de la protesta social*

En un Estado de derecho existen límites jurídicos para considerar que una conducta puede ser merecedora de pena y sólo el respeto a esos límites, enunciados generalmente en forma de principios, permite a un Estado desplegar un proceso contra un individuo y, en última instancia, imponerle un castigo. Entre la concepción misma del poder de Estado y su manifestación a través del poder penal¹ existe una relación estrecha, que aun con las dificultades referidas a la determinación de su contenido preciso, hace evidente que el Estado de derecho se caracteriza, al menos, “por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actuación del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos de tal manera que los mismos resulten en todo caso comprensibles. En lo demás, se sostiene en la actualidad que el Estado de derecho es ‘una forma de racionalización de la vida estatal’ que permite, a la vez, un eficaz cumplimiento de los cometidos del Estado y, por otra parte, hacer calculable la acción estatal mediante la seguridad jurídica”².

La selección estatal de un acto de protesta como ilícito penal, cuando esta selección se realiza en infracción a aquellos principios del poder penal de Estado –por ejemplo, porque el acto de protesta está amparado en el ejercicio legítimo de un derecho– constituye un supuesto de criminalización ilegítima, o de “criminalización de la protesta”³. Los principios que limitan la intervención estatal también pueden ser entendidos, sin demasiada complejidad, como mandatos de acción a cada uno de los poderes de Estado, lo que permite hablar de criminalización legal, judicial o ejecutiva, dentro del ámbito de atribuciones de cada poder con participación en el proceso de selección de acontecimientos susceptibles de reacción penal.

* Este artículo es un extracto del capítulo III del libro *El Estado frente a la protesta social (1996-2002)*, publicado por Siglo XXI y CELS en el año 2002 en el marco de la colección “Temas para pensar la crisis”. El texto corresponde a una investigación que abarca el período definido en el título y no fue actualizado para esta publicación.

¹ Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

² Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 231.

³ La expresión ha recibido un uso más o menos coherente en este último sentido y está cargada ya de una connotación disvaliosa entre quienes se han referido a la cuestión, por lo que no nos apartaremos de este uso, aun cuando conceptualmente pueden imaginarse supuestos válidos de criminalización de actos expresivos.

I. La intervención del Poder Judicial sobre la protesta social

Desde 1996 el Poder Judicial ha abusado en muchos casos de sus potestades constitucionales para sofocar la protesta social, pero la criminalización judicial de la protesta ha gestado su naturaleza más propia en la iniciación de miles de procesos penales al margen del derecho, con la única finalidad de controlar ilícitamente la acción política en el campo popular. De tal modo, el poder penal de Estado, lejos de conformar un recurso de última *ratio* para el aseguramiento de la paz social, se utiliza como un mecanismo espurio de control social.

El poder jurisdiccional, cuya legitimidad democrática sólo abrevia en el poder de decir el derecho vigente allí donde una acción u omisión lo ha lesionado, lejos de consolidar su relación con la comunidad ha participado activamente en el desmantelamiento de las garantías de la Constitución. Es imposible reconocer una judicatura democrática allí donde la reacción penal se incrementa mientras el desguace social avanza y se dificulta el ejercicio de cualquier derecho imaginable. La pobreza sólo pudo haber aumentado al mismo ritmo que la reacción penal porque los jueces renegaron de su vínculo con la comunidad.

La actividad del Poder Judicial, y no la de otros poderes constitucionales, ha sido crucial en la determinación del fenómeno de la criminalización de protestas. No han existido importantes deficiencias en la actuación de los poderes legislativos nacional y provinciales y si bien se han verificado groseras violaciones de derechos en la faz ejecutiva del Estado –en particular, en la actuación de las fuerzas de seguridad–, ello ha sido posible, precisamente, gracias a la sustantiva ausencia de una intervención activa del Poder Judicial durante su actuación y, luego de ella, en la investigación de lo ocurrido. Lamentablemente, la magistratura no se ha limitado a omitir controlar a los otros poderes de Estado, sino que ella misma ha realizado en muchos casos un aporte decisivo para criminalizar la protesta.

II. Principios del poder penal de Estado

Los límites al poder penal de Estado –bajo la forma de principios de que se compone todo modelo de derecho penal– enuncian cada uno una condición sin la cual no está permitido al Estado imponer una pena⁴. Si aceptamos que la responsabilidad penal es el conjunto de las condiciones normativamente exigidas para que una persona sufra una pena, cada uno de estos principios designa, además, una condición de la responsabilidad penal. Luigi Ferrajoli propone una clasificación de diez principios que seguiremos aquí, dado la claridad y profundidad expositiva de su trabajo⁵. De un modo u otro, cada uno de ellos ha sido

⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, Trotta, Madrid, p. 92. Según este autor, es posible “trazar una tabla analítica y sistemática” de todos los principios que componen el modelo garantista del derecho penal. Estos principios, “formulables todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales (...) están ligados entre sí. Es, pues, posible formalizarlos, aislar los fundamentales de los derivados y ordenarlos” (p. 91).

⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 91.

puesto en crisis por los órganos del Estado argentino durante el período analizado, por lo que nos referiremos muy brevemente a ellos para analizar inmediatamente después su infracción⁶.

No hay pena sin crimen: el principio de retribución

La pena estatal no puede ser impuesta sino ante la acción típica, antijurídica, culpable y reprochable a una persona determinada⁷. La exigencia de la comisión de un delito como antecedente para la imposición de una pena constituye una garantía sustancial que excluye cualquier finalidad

No hay crimen sin ley: el principio de legalidad

Sencillamente, no hay delito sin una ley previa que así lo establezca⁸: “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable (...)” (art. 9, CADH)⁹. El principio de legalidad posibilita una limitación del poder del Estado y con ello asegura la libertad del individuo¹⁰. Su contenido se manifiesta en cuatro exigencias:

⁶ Los seis primeros principios corresponden a garantías vinculadas al derecho penal de fondo y los cuatro últimos a garantías del derecho procesal penal. Sin perjuicio de la dificultad que existe en ciertos casos para diferenciar unas y otras en torno a ciertos institutos (v. gr., la prescripción de la acción penal), el respeto a todos ellos debe verificarse para que la imposición de una pena sea legítima, razón por la cual los tratamos aquí conjuntamente.

⁷ Es así como “La garantía del carácter retributivo de la pena –en virtud del cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)– sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier otra finalidad utilitarista o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente cuando se lo considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito, etc.” (Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 369).

⁸ Históricamente, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es producto de la Ilustración. Así, ya aparece en las constituciones americanas de 1777, en el Código Penal austríaco de 1787, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y poco después en el derecho territorial prusiano de 1795. Actualmente, se la reconoce en casi todos los códigos penales del mundo (cfr. Roxin, Claus, *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, Universidad de Sevilla, 1981, p. 100).

⁹ El artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) también incorpora el principio de legalidad. Su alcance fue indicado en el caso “Kokkinakis c. Grecia” como sigue: “el artículo 7.1. del Convenio no se restringe a la prohibición retroactiva de la ley penal al acusado. Prescribe, asimismo, más generalmente, el principio que sólo la ley puede definir un crimen y establecer la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio de que la ley penal no puede ser construida extensivamente en detrimento del acusado, por ejemplo, por medio de la analogía; se sigue de esto que un delito debe estar claramente definido en la ley. Esta condición se satisface cuando un individuo puede conocer de las palabras de las normas relevantes y si es necesario con la asistencia de la interpretación de los tribunales acerca de qué actos y omisiones lo harán responsable”.

¹⁰ Según ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “en una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de la legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio representativo de la democracia” (*La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva N° 6, del 9 de mayo de 1986, Serie A, N° 6, párrafo 33).

lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta (ley previa, escrita, cierta y estricta), de las que se derivan cuatro prohibiciones: está prohibida la aplicación retroactiva de la ley, la aplicación de derecho consuetudinario, la sanción de leyes penales indeterminadas¹¹ y la extensión del texto legal a situaciones análogas en contra del acusado¹².

No hay ley sin necesidad: el principio de proporcionalidad

La reacción penal debe ser proporcional a la importancia del derecho afectado pues el derecho penal constituye una limitación de derechos fundamentales. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las restricciones de derechos sólo son razonables cuando resultan necesarias para el ejercicio de otros derechos y de allí que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (...) la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”¹³.

No hay necesidad sin ofensa: el principio de lesividad

Sólo las acciones que dañan a terceros pueden ser consideradas delito (CN, art. 19). No basta con que una conducta sea reprochable moralmente, sino que es necesaria una justificación externa a la norma penal, mediante la incorporación de criterios ético-políticos y de justicia a la legislación. Estos principios, luego, son idóneos “para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales (...) sólo a las acciones reprochables por ‘sus efectos’ lesivos a terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y socia-

¹¹ “El contenido de esos actos de intervención han de estar suficientemente detallados y especificados y por último el ciudadano ha de tener la posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos como también el fundamento de ellos” (Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Ariel, Madrid, 1989, p. 143).

¹² Con frecuencia se ha repetido que este principio constituye la *carta magna del delincuente*, “este punto de vista ha sido puesto en duda en la actualidad. Se piensa, en este sentido, que la consideración del principio de legalidad como instrumento para la protección de los delincuentes distorsiona su correcto significado y tiene consecuencias no probables desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En efecto, si ya se sabe que quien está ante un tribunal es un delincuente (como creían poder saber los positivistas) siempre cabría preguntarse: ¿por qué razón limita la defensa de la sociedad frente a los delincuentes? Es decir, si el principio de legalidad es un *mal necesario*, dado que protege al ‘malo’ frente al ‘bueno’ (el Estado), es claro que la reducción de sus alcances debería merecer comprensión. Por el contrario, si el principio de legalidad protege a personas de las que no es posible afirmar si son o no delincuentes, mientras no hayan sido condenadas, es indudable que se trata de un *bien necesario*, pues protege al débil (el ciudadano) frente al fuerte (el Estado). Consecuentemente, la reducción de sus alcances no debería contar con la comprensión de los demócratas” (cfr. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., ps. 234-235).

¹³ Corte IDH, “La colegiación obligatoria de periodistas” (art. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva N° 5, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párrafo 46.

les representados por estos *efectos lesivos* y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal”¹⁴.

No hay ofensa sin acción: el principio de materialidad de la acción

Ningún daño, aun el más relevante, puede ser imputado a una persona si no ha sido el resultado de una acción individual. Para ello, es necesario que una relación de causalidad sea establecida entre la acción y el resultado. Consecuentemente, “los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimos interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas –materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables– describibles, exactamente, en cuanto tales, por la ley penal”¹⁵.

No hay acción sin culpa: principio de culpabilidad

No puede castigarse a alguien sino por los actos propios –principio de responsabilidad por el hecho–¹⁶ que haya podido prever y evitar –principio de dolo o culpa–. El principio de culpabilidad también exige que el autor de la conducta haya podido motivarse conforme a la norma, es decir que el hecho debe haber sido “producto de una motivación racional normal”¹⁷.

No hay culpa sin juicio: principio de inocencia

Nadie puede ser penado sin juicio previo. No se puede tratar a quien se le atribuye un crimen como si fuera culpable –cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación– hasta tanto el Estado, por medio de sus órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie

¹⁴ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 465.

¹⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 480

¹⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona, 1996, ps. 79-80.

¹⁷ *Ibídem*. El principio de culpabilidad en sentido estricto requiere que la pena se aplique “sólo al autor de un delito que haya podido comprender, por lo menos, la ilicitud de su comportamiento y haya podido comportarse de acuerdo con ésta, así como que haya obrado sabiendo qué acción realiza, o por lo menos, infringiendo los deberes de cuidado que le incumben. De estas exigencias generales se deriva que tanto el error sobre las circunstancias del hecho punible como el que recae sobre la antijuridicidad deban ser reconocidos como eximentes de responsabilidad, cuando hayan sido inevitables para el autor” (cfr. Bacigalupo, *Derecho Penal*, cit., p. 240). Por otro lado, el principio de culpabilidad incide en la individualización de la pena, “estableciendo que la gravedad de la culpabilidad determina el máximo de la gravedad posible de la pena aplicable. Esta exigencia es reconocida en la actualidad cualquiera sea la fundamentación que se siga en lo referente a los criterios de justificación de la pena... Dicho de otra manera: el principio de culpabilidad excluye de manera categórica la posibilidad de determinar la pena sólo o fundamentalmente, por la peligrosidad del autor o por las necesidades de defensa social. En este sentido el principio de culpabilidad se vincula de una manera decidida con uno de los valores fundamentales del Estado de derecho: el respeto de la *dignidad de la persona*” (cfr. Bacigalupo, *Derecho Penal*, cit., p. 240).

la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena¹⁸. Luego, “la inocencia o la culpabilidad se mide (...) según lo que el imputado ha hecho o ha dejado de hacer en el momento del hecho que le es atribuido”¹⁹ y culpable es “quien se comportó contraviniendo un mandato o una prohibición, de manera antijurídica, culpable y punible”²⁰. Este principio supone, entre otras consecuencias, que, como regla, la persona a quien se le impute la comisión de un delito debe gozar de libertad durante el proceso sin estar sujeto a restricciones por parte del Estado²¹.

No hay juicio sin acusación: el principio acusatorio

El órgano encargado de juzgar no puede cumplir con la función de acusar y de investigar. El Estado tiene el monopolio de la persecución pública de los delitos y como consecuencia de ello debe acusar, investigar y juzgar a sus responsables. Sin embargo, para garantizar el derecho a un juicio justo resulta imprescindible que esas funciones recaigan sobre diferentes órganos, en tanto esto constituye un riesgo funcional²² que compromete la imparcialidad de sus decisiones²³. Por otra parte, el principio acusatorio exige del acusador la circunscripción del hecho imputado a una acción u omisión concreta de una persona identificada, expresada de manera clara, precisa y circunstanciada. Ello implica “describir un acontecimiento –que se supone real– con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (...) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto ya ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio, y no para mentar categorías conceptuales”²⁴.

¹⁸ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 490.

¹⁹ Ídem, p. 491.

²⁰ Ibídem.

²¹ Sin embargo, existen supuestos en los que se justifica la imposición de ciertas medidas de coerción antes de la sentencia firme de condena. Es lo que Maier denomina “coerción procesal”. Estas medidas deben encontrarse justificadas por los dos fines del proceso, ellos son la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal. Dichos fines pueden ser puestos en peligro por la fuga del imputado o por cualquier acción u omisión suya o de otra persona que obstaculice la consecución de los fines enumerados.

²² Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2000, p. 93.

²³ Por esta razón, no se admiten como funciones de los tribunales “las de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquélla” (Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., p. 31).

²⁴ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 553.

No hay acusación sin prueba: el principio de la carga estatal de la prueba

Para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable²⁵. El Estado, por intermedio del acusador oficial, tiene la carga de probar el hecho ilícito y la responsabilidad del imputado en aquél y ello excluye cualquier colaboración del imputado con la acusación. De ahí la prohibición de la autoincriminación, que supone el derecho del imputado a permanecer callado. El acervo probatorio debe estar integrado por todos los indicios que justifican la acusación: ninguna de las pruebas debe mantenerse en secreto²⁶ y la responsabilidad penal debe ser demostrada mediante datos probatorios objetivos, “nunca deducida de presunciones”²⁷.

No hay prueba sin defensa: el principio del contradictorio

El acusado tiene derecho a resistir la hipótesis acusatoria desde el primer momento de la persecución penal. Ello implica, en primer lugar, que la persona imputada de un ilícito debe ser informada, mediante una intimación previa, acerca de los aspectos relevantes de la imputación y de las pruebas existentes en su contra²⁸. El imputado tiene el derecho de efectuar su descargo o de guardar silencio, sin que esta última opción pueda ser considerada en su contra (CN, art. 18). Si ofrece prueba de descargo, el imputado tiene derecho a que ésta sea valorada por el tribunal.

Además del derecho a la defensa personal, el acusado tiene el derecho irrenunciable a contar con el asesoramiento de un defensor técnico²⁹ y a tener una comunicación fluida y privada con él. La asistencia técnica no debe ser considerada solamente en sentido formal, sino que el desempeño profesional debe ser diligente y eficaz por parte del abogado. Otra de las implicancias del derecho de defensa es el deber de los jueces de motivar sus decisiones. La fundamentación de una decisión judicial “debe ser *legal* (fundada en pruebas válidas), *veraz* (no podrá fabricar ni distorsionar los datos probatorios), *específica* (debe exigir una motivación para cada conclusión) y arreglada a las reglas de la *sana crítica racional* (principios de la lógica, las ciencias y la experiencia común)”³⁰.

²⁵ Comisión IDH, Informe 5/96, caso 10.970, sin destacado.

²⁶ Así lo entendió la Comisión IDH en su informe 7138/75, en donde se reconoce el derecho del acusado a tener acceso a toda la prueba obtenida por el ministerio fiscal (cfr. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., p. 109).

²⁷ Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., ps. 73-74.

²⁸ El CPP, Nación, en sus artículos 297 y 298 especifica la garantía de “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada” establecida por el artículo 8.2, apartado b, de la Convención Americana.

²⁹ Ello deriva en cierta medida del derecho a la “paridad de armas”, pues al ser el acusador una persona con conocimientos jurídicos es justo que se le otorgue al que resiste su imputación la posibilidad de contar con asesoramiento técnico.

³⁰ Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., p. 120.

III. El deficiente reconocimiento judicial de la libertad de expresión

III. 1. El problema

Los tribunales de justicia incurrieron repetidas veces en interpretaciones equivocadas, cuando no arbitrarias, sobre el alcance de las figuras penales que en cada caso podían involucrar a los participantes de los cortes de ruta o de manifestaciones similares.

Muchas de esas decisiones judiciales llanamente han excedido el marco estricto de la ley penal por aplicación extensiva de algunos tipos penales. En otros casos, advierten con claridad la posible lesión al derecho a la libertad de tránsito de los afectados por los cortes pero no consideran adecuadamente los derechos a peticionar, a expresarse o a reunirse que en cada caso podrían concurrir también.

Este comportamiento judicial violatorio de derechos ha sido denunciado por varias organizaciones y ha sido tratado con detalle en varios trabajos de doctrina, en los que precisamente se señala que algunas consideraciones exigidas para el correcto balance de los derechos en juego no son tratadas por los jueces al fallar en relación con estos actos de protesta.

III. 2. El valor democrático de la libertad de expresión

La primera advertencia, por supuesto, es que “conviene tomar más en serio el peso de un derecho como el de la libertad de expresión (...) no es un derecho más sino, más bien, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática (...) en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta, como cualquier otro derecho afectado, sino que –mucho más– requiere de una atención urgente y privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”³¹.

Específicamente, “esto implica defender un arreglo institucional en donde, por ejemplo, no sólo se deje de lado la censura previa, sino que además se procure *asegurar* que las distintas voces (demandas, quejas) presentes en la sociedad puedan ser escuchadas. En líneas más generales, el esquema defendido (...) implica un compromiso con un sistema institucional en donde los derechos más estrechamente vinculados con la autonomía individual y el autogobierno colectivo reciban una protección privilegiada (una sobreprotección) por parte del Estado. El Estado, aquí se asume, encuentra en el respeto más firme de tales derechos el fundamento mismo de su propia legitimidad”³². En efecto, la democracia deliberativa encuentra una virtud instrumental en la expresión del disenso, pues es uno de los reaseguros procedimentales básicos para la obtención de decisiones políticas con mayor probabilidad de justicia.

³¹ Zaffaroni, Eugenio R.; Gargarella, Roberto, “Expresión cívica y cortes de ruta”, ponencia en el Foro: La criminalización de la protesta social, 10/7/2000, Central de Trabajadores Argentinos, s/p. Para profundizar las cuestiones jurídicas analizadas en esta sección puede verse también el artículo “La Casación y los Cortes de Ruta”, Ad-Hoc, Buenos Aires, en prensa, elaborado por Leonardo Filippini y Santiago López en el marco de esta investigación.

³² Gargarella, Roberto, “¿Un camino sin salida? El derecho ante los cortes de ruta”, en: *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, Del Puerto, Buenos Aires.

III. 3. Restricciones legítimas a la expresión

El valor preferido de la libertad de expresión por sus implicancias democráticas aporta argumentos sustanciales al momento de dirimir la tensión frente a otros derechos. Tal posición clave y básica de la libertad de expresión respecto de los demás derechos, ha permitido al Tribunal Constitucional español configurarlo como un derecho preferente, en virtud de lo cual “cuando (...) entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado”³³. También la Convención Americana otorga un “valor sumamente elevado” a la crítica política y reduce al mínimo la posibilidad de cualquier restricción³⁴.

Por ello, en primer lugar, está prohibida la censura previa salvo supuestos muy excepcionales (CADH, art. 13). Ello significa que como regla, frente a un acto expresivo, sólo es posible una reacción estatal, nunca una intromisión previa. Esta responsabilidad ulterior, además, solamente es válida en la medida en que cumpla con ciertos requisitos. Según ha establecido la Corte IDH, la imposición de responsabilidades ulteriores restrictivas del ejercicio de la libertad de expresión debe satisfacer cuatro exigencias para que tenga validez en virtud de la norma del artículo 13: 1) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben fijarse previamente; 2) estos fundamentos deben estar expresados con precisión dentro del marco de la ley; 3) los fines que se persiguen deben ser legítimos y 4) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben ser necesarios para asegurar el fin legítimo que se procura³⁵. El término “necesario”, en el contexto del artículo, debe considerarse como algo más que “útil”, “razonable” o “conveniente”, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión³⁶.

Los gobiernos, luego, no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima³⁷. En la misma línea, la invocación abs-

³³ STCE, 159/1986.

³⁴ Cfr. Corte IDH, OC-5/85, párr. 30-32.

³⁵ Corte IDH, OC-5/85, párr. 89.

³⁶ Corte IDH, OC-5/85, para. 79. La Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias” sin ser sinónimo de “indispensable” implica “la existencia de una necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil” “razonable” u “oportuna” (*The Sunday Times case*, judgment of 26 april 1979, Series A n° 30, párr. n° 59, pp. 35-36).

³⁷ Cfr. CIDH, “Informe sobre la compatibilidad...”.

tracta a la necesaria armonización entre todos los derechos no otorga fundamento suficiente a la decisión de restringir una protesta, pues no ofrece mayores argumentos acerca del modo en que debe construirse el entramado de los intereses en juego³⁸.

Es bueno enfatizar las variables que deben tomarse en cuenta en la ponderación de si la limitación de un derecho está justificada: “Si la satisfacción de un derecho lleva a la frustración de otro no sólo por acción sino también por omisión; si la incompatibilidad en la satisfacción de diversos derechos se debe o no a acciones voluntarias de otros; si los titulares de los derechos frustrados consintieron o no, libre y conscientemente esta frustración; si no es posible ofrecer vías alternativas para un ejercicio compatible de los derechos en pugna; si es o no posible compensar suficientemente a los titulares de los derechos frustrados; cuál es la jerarquía de los bienes protegidos por los derechos en conflicto en función de la autonomía personal, dando preferencia a la autonomía de los menos autónomos; el número de la gente involucrada en el conflicto de derechos. Todos estos factores deben ser tomados en cuenta lo más explícitamente posible –para hacer posible la deliberación democrática– por la ley o medida limitativa de derechos”³⁹.

Luego de afirmar que ningún derecho es absoluto, no sabemos mucho más acerca de cómo deberíamos actuar y esta relativa incertidumbre exige que la resolución de un conflicto constitucional recurra a un análisis refinado y cuidadoso, especialmente cuando de él depende la imposición de una pena ¿qué derecho debe prevalecer, en qué grado o medida, cuándo puede ejercerse la restricción?

Por supuesto, muchas de las protestas se desarrollaron en vías públicas importantes y acarrearón severas molestias para muchas personas ajenas a la manifestación. Sin embargo, en modo alguno ello permite concluir que por tal razón se trate ya de actos ilícitos. No puede olvidarse que justamente las calles y parques son lugares especialmente privilegiados para la expresión pública. La construcción del “foro público” en la doctrina de la Corte de los Estados Unidos, sobre la base de decisiones como *Hague* y *Schneider*⁴⁰, considera, justamente, que “las calles y los parques han sido confiadas al uso público desde tiempo inmemorial, usándose desde siempre para el propósito de que los ciudadanos se reúnan en asambleas, se comuniquen entre sí, y discutan sobre cuestiones públicas” (*Hague*)⁴¹. Notablemente entonces, dice Gargarella⁴², desde *Hague*, la Corte Suprema norteamericana se preguntó dónde, si no en la vía pública, pretender la expresión de la ciudadanía. Lo verdaderamente importante es que en todos los casos existen ideas en debate, y éstas merecen el más decidido cuidado por parte

³⁸ Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional; Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 484-485.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ “*Hague v. Cio*”, 307 US 496 (1939) y *Schneider v. State*, 308 US 147 (1939).

⁴¹ Cit. por Gargarella, Roberto, op. cit., s/p.

⁴² Gargarella, Roberto, op. cit., s/p.

del poder público. Los daños podrán merecer reproches por parte de la comunidad pero es perfectamente posible distinguir un exceso reprochable de la prioritaria necesidad de resguardar las expresiones públicas de la ciudadanía.

III. 4. El derecho de reunión y el uso del espacio público

El derecho de reunión, cuando se ejercita en lugares de tránsito público, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera como procedimiento del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, “constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración–”⁴³.

De tal forma, para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando el modo de ejercicio o prohibiéndolo, es preciso que existan razones fundadas⁴⁴. Sobre esta base conceptual, el Tribunal Constitucional español en casos similares a los que se ha topado la Justicia argentina, ha podido arribar razonablemente a conclusiones bien diversas acerca del uso del espacio público, cuando sobre él se despliega una reunión política pues el ejercicio de este derecho, según tiene dicho ese tribunal, “por su propia naturaleza, requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir instrumental de las calzadas”, reconociendo que “la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos”⁴⁵. Por ello, precisamente, aun cuando el ejercicio de este derecho fundamental conlleve las señaladas restricciones, no puede perderse de vista que “en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”⁴⁶.

⁴³ STCE, 66/199.

⁴⁴ 60 Por este motivo dice el STCE “en la STCE 66/1995, FJ 3, sostuvimos que en el supuesto de que la autoridad gubernativa decida prohibir la concentración debe: ‘a) motivar la Resolución correspondiente (STCE 36/1982); b) fundarla, esto es, aportar razones que le han llevado a la conclusión que de celebrarse producirá la alteración del orden público proscrita, y c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el ejercicio del derecho fundamental’. En todo caso, como también advertimos en la STCE 66/1995, la autoridad competente, antes de prohibir el ejercicio de este derecho fundamental, deberá proponer, aplicando criterios de proporcionalidad, las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse, pues sólo podrá prohibirse la concentración en el supuesto de que, por las circunstancias del caso, estas facultades de introducir modificaciones no puedan ejercitarse” (STCE, 42/2000).

⁴⁵ STCE, 59/1990, FJ 6; STCE, 66/1995, FJ 3.

⁴⁶ STCE, 66/1995, FJ 3, sin destacado.

III. 5. Las dificultades expresivas

Otro problema que no es abordado debidamente por los jueces es el referido a las dificultades expresivas de algunos grupos para hacerse escuchar en la arena pública. En muchos casos, los manifestantes, a pesar de haber vías alternativas de expresión, han preferido seguir adelante con una medida como cortar una ruta, directamente perjudicial para muchos de los habitantes de la comunidad. Ello parecería indicar, intuitivamente, que no hay un problema serio en el respeto al derecho a la libertad de expresión y que, en consecuencia, el procesamiento o condena de los manifestantes es legítimo.

Sin embargo, en muchos de estos casos, puede presentarse de todos modos una violación a la libertad de expresión, aun cuando es cierto que existen otros canales de expresión. Lo dirimente es si efectivamente el Estado garantiza un espacio e intensidad adecuados a la voz política de cada uno. En la inmensa mayoría de casos alcanzados por la justicia penal, los reclamos han estado protagonizados por personas de escasos recursos y con graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder público. Frente a ello los jueces deben comprender cuál es la gravedad que tienen protestas de esa índole pues es vergonzante que un Estado de derecho admita situaciones de pobreza, pero también lo es que situaciones de ese tenor no puedan traducirse en reclamos férreos sobre ese Estado.

III. 6. La criminalización en la actuación del Poder Legislativo

La primera vía a través de la cual un acontecimiento puede ser considerado un crimen, fuera de los límites que el estado de derecho reclama, es la actuación de los poderes legislativos. Varios de los principios señalados al inicio de este capítulo pueden ser entendidos, sin demasiada complejidad, como mandatos dirigidos al legislador, tanto respecto de la forma como del contenido que debe otorgar a la ley penal y a la ley procesal penal.

La insuficiente determinación de algunos comportamientos punibles como consecuencia de la utilización de elementos subjetivos y normativos en la descripción de los tipos y el uso de tipos penales abiertos y leyes penales en blanco, por ejemplo, pueden poner en crisis la vigencia del principio de legalidad. Más delicado aun es el problema de la indeterminación

No obstante ello, no se advierte que haya habido una acción legislativa dirigida a criminalizar los actos de protesta durante el período analizado. Antes bien, han existido proyectos de amnistía e indultos, respecto de individuos procesados y condenados a raíz de su participación en acciones colectivas. A diferencia de otras ocasiones, en las cuales luego de ciertos episodios el Congreso ha incrementado la regulación de un área específica de conductas (por el ejemplo, el secuestro seguido de muerte, luego de que el hijo de un empresario petrolero fuera víctima de un hecho de esas características; o el aumento de pena para quienes den muerte a un policía, como reacción a cifras crecientes de fallecimientos de personal policial), no ha habido tal reacción respecto de los cortes de ruta.

Tampoco se advierten distorsiones en el régimen procesal penal, a pesar de que tanto el Congreso federal como las Legislaturas locales tienen bien conoci-

dos antecedentes en la práctica de reaccionar de manera compulsiva frente a ciertos comportamientos, distorsionando los principios y garantías constitucionales⁴⁷.

Con todo, se han suscitado algunas discusiones en relación con algunos tipos penales preexistentes al período 1996-2002 que han sido aplicados en contra de los manifestantes y sobre ellas nos detendremos en lo que sigue, pues esas deficiencias o cuestiones problemáticas han contribuido a su aplicación equivocada por parte de algunos magistrados.

III. 6. A. El delito de entorpecimiento de servicios públicos

Una de las figuras utilizadas en la persecución de manifestantes, como vimos, es la del artículo 194 del Código Penal que establece que “el que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes públicos por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”.

La figura del artículo 194 se emparenta estrechamente con aquellas figuras que pretenden disuadir agresiones sobre la seguridad común, conformándose el entorpecimiento del servicio de transporte en una subespecie menos grave en aquellos casos en los cuales la afectación del servicio genera un perjuicio más improbable a la seguridad común. De ello se sigue que el sentido de la punición no se dirige a aventar todo tipo de afectación al servicio.

A pesar de ello, cierta amplitud en la descripción del comportamiento prohibido ha favorecido las interpretaciones judiciales que criticamos. Por este motivo, el CELS y el Comité de Acción Jurídica de la CTA han discutido en sus presentaciones ante la CIDH la conducta legislativa en relación con el artículo 194 CP, pues, desde un punto de vista, podría cuestionarse que la descripción del tipo legal no satisface el requisito de legalidad, referido a la precisión que la descripción legal debe tener. En efecto, “la citada figura legal está redactada en términos tan amplios que necesariamente debe hacerse un análisis exhaustivo que permita distinguir en ella las conductas que conmueven la norma prohibitiva de aquellas que no lo hacen, aún cuando a primera vista parezca que tal situación acontece de todos modos (...) el entorpecimiento en el normal funcionamiento del transporte queda configurado por hechos cotidianos que de ningún modo constituyen delito. Ejemplos claros de estos supuestos son el simple estacionamiento en doble fila que obstaculiza el paso del transporte en una calle, el peatón que cruzando la calle por un lugar y en un modo prohibido genera la frenada brusca de un autobús; sin embargo resulta absolutamente descabellado suponer que estos hechos que en principio pueden considerarse alcanzados por la norma sean objeto de sanción conforme lo establece el artículo referido del Código Penal de la Argentina”⁴⁸.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, el fallo de la CSN, “Nápoli”, en relación con las modificaciones introducidas en el CPP Nación, o el texto del artículo 10 de la ley 24.390 frente a la doctrina de la Corte IDH, en el fallo “Suárez Rosero”.

⁴⁸ CELS / CAJ-CTA denuncia ante la CIDH. Marzo de 2001.

Algunas jurisdicciones regulan el conflicto con mayor cuidado y de allí que sea posible afirmar alguna desidia por parte del legislador nacional. El Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, establece como contravención “impedir u obstaculizar la circulación de personas o vehículos por la vía pública o espacios públicos, salvo que sea en ejercicio de un derecho constitucional, y se haya dado previo aviso a la autoridad” (art. 41).

También en la legislación comparada el conflicto está regulado con mejor detalle. El artículo 21 de la Constitución Española, reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas sin autorización previa (inc. 1) y dispone expresamente que “en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes” (inc 2). De modo consecuente con esta cláusula, el artículo 167 del Código Penal estipula que sólo serán ilícitas las reuniones o manifestaciones “que se celebraren con el fin de cometer algún delito, y también a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos”.

Por exclusión, debe entenderse que todas las reuniones o manifestaciones que no encuadren dentro de dicho artículo serán reputadas lícitas, por lo menos desde la perspectiva penal. A la vez, el artículo 166 del mismo código refuerza esta protección y castiga con pena pecuniaria a quienes “impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita”.

La inclusión de aclaraciones de esta índole en la legislación vecinal y en el derecho comparado bien podría haber sido observada en la legislación penal. Especialmente una vez que se tornó evidente para cualquiera que los cortes de ruta eran el canal ordinario –y en ocasiones el único– para la manifestación del reclamo social y político.

III. 6. B. El delito de sedición⁴⁹

También se advierten algunas falencias en las expresiones utilizadas para describir el hecho punible del tipo penal de sedición. Se trata de términos vagos que dificultan seriamente la posibilidad de percibir con claridad qué conductas son denotadas por ellas. El artículo 230 inciso 1 CP establece: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años: 1º) los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional)”.

El hecho de que el tipo en cuestión resulte ser una exacta transcripción del artículo 22 de la CN no impide que se cuestione su constitucionalidad por carecer del grado de certeza que prescribe el artículo 18 CN. Expresiones como *atribuirse los derechos del pueblo o peticionar a nombre de éste* poseen, en el contexto utilizado, una carga emocional, en este caso de naturaleza desaprobadora,

⁴⁹ Algunas de las observaciones que siguen están basadas en un dictamen elaborado por el abogado Rodrigo Borda, miembro del CELS.

que perjudica su significado cognoscitivo. La palabra *pueblo* es particularmente ambigua. Por ello, un sector de la población que realiza un reclamo puntual a las autoridades públicas o al resto de la ciudadanía, en defensa de sus propios intereses particulares, no se atribuye los derechos del pueblo ni actúa en su nombre. La doctrina precisa que para que una conducta sea delito a la luz de esta figura penal, la petición debe asumir la forma de una imposición velada⁵⁰ y debe tratarse de una *petición extorsiva*⁵¹, de acuerdo con las características del grupo que peticiona, medios utilizados, propósitos exteriorizados y actitudes asumidas por el mismo. Esta caracterización por demás imprecisa del delito de motín, como una “petición aparentemente respetuosa” pero abusiva por extorsiva, como “amenaza latente” y no “actual”, pone en evidencia lo dificultoso que resulta otorgarle un sentido claro a esta disposición, que sea compatible, por un lado, con el principio de legalidad (art. 18 CN) y, por otro, con los derechos de naturaleza política (libertad de expresión, derecho de peticionar y derecho de reunión) que la CN reconoce a todo ciudadano.

III. 7. La criminalización en la actuación de la Administración

Los mismos vicios respecto de la identificación de sucesos delictivos han presentado las intervenciones de las fuerzas de seguridad al momento de interpretar los supuestos que legitiman su acción preventiva o represiva. Al igual que los órganos del Poder Judicial, los agentes de las fuerzas de seguridad deben, antes de intervenir, considerar adecuadamente si se encuentran frente a un hecho ilícito o no. Si no existe un hecho ilícito, las fuerzas de seguridad no pueden actuar interfiriendo el ejercicio de derechos de un particular. Más concretamente, si una manifestación no es ilícita, la policía o la Gendarmería no pueden disolverla; y si las fuerzas de seguridad consideran con manifiesto error que una reunión es ilícita e intervienen, se trata, sin más, de una interferencia prohibida sobre ese derecho.

Para la intervención de una fuerza de seguridad rigen, como mínimo, los mismos parámetros que validan la interdicción de un derecho por parte de un juez. Además, aquéllas tienen una serie de obligaciones derivadas de su función de auxiliares de justicia que deben respetar (v. gr. Cumplir con los requerimientos judiciales). La infracción a las normas de una y otra especie, cuando de ellas se sigue la consideración de una manifestación de protesta como un hecho ilícito, conforman violaciones a deberes del Estado.

Hablar de represión ilegítima supone, entonces, siempre, un doble análisis. Primero, dirigido a verificar si efectivamente había motivos suficientes y urgencia que justificara la intervención de una fuerza de seguridad (la verificación de un hecho ilícito). Luego, si, aun en tales casos, la coacción fue administrada conforme a derecho.

⁵⁰ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, p. 198.

⁵¹ Moreno (h.), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tonasi, Buenos Aires, 1923, p. 103.