



**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ACADÉMICA DE MÉXICO**

**Maestría en Derechos Humanos y Democracia
Segunda generación (2008 – 2010)
Especialidad: Justiciabilidad de los Derechos Humanos**

¿Autoridades secuestradas?

**Una reflexión sobre la persecución penal de la retención de servidores públicos
y la ilegítima criminalización de la protesta social**

**Tesina que para obtener el grado de Maestro en
Derechos Humanos y Democracia presenta:
Jorge Santiago Aguirre Espinosa**

**Director de la tesina:
Dr. Luis Daniel Vázquez Valencia**

México D.F. a febrero de 2011

Resumen

El trabajo revisa si en regímenes democrático – representativos la persecución penal de la retención de servidores públicos constituye una modalidad de criminalización ilegítima de la protesta social. La cuestión es respondida afirmativamente, con base en una argumentación que inicia con la caracterización del fenómeno de la retención de servidores públicos en contextos de protesta, para proseguir con el análisis proceso a través del cual ésta suele ser perseguida penalmente en México, empleando la distinción postulada por Zaffaroni entre la criminalización primaria y la criminalización secundaria. Posteriormente, la tesina se centra en argumentar que la retención de servidores públicos es una modalidad de protesta social, recurriendo a Margarita Favela y Guillermo O’Donnell con el fin de establecer las especificidades de estas expresiones en contextos de democracia deficitaria. El trabajo concluye sosteniendo que existen argumentos bastantes para considerar que la criminalización de la retención de servidores públicos en tanto expresión de protesta social deviene ilegítima en el marco de las democracias deficitarias a partir de los postulados de constitucionalistas como Gargarella y Pisarello y de la concepción garantista del derecho penal de Ferrajoli.

Palabras clave: protesta social, criminalización, democracia, derecho penal, derechos humanos.

Abstract

The author analyses if the prosecution of a public servant retention could be considered as an example of the illegitimate social protest criminalization, on the Mexican context. The question is answered affirmatively, on the basis of an argument that begins describing the public servants retentions that occur in protest contexts and the process in which it is prosecuted in Mexico, regarding its primary and secondary criminalization. The author also argues that the retention of a public servant may be considered as social protest, using Margarita Favela and Guillermo O'Donnell's works to study how protest works in deficitarian democracies. Finally, this work concludes that the prosecution of a public servant retention could be considered an illegitimate social protest criminalisation case employing the arguments of constitutionalists such as Gargarella and Pisarello, as well as Ferrajoli's *garantismo*

Keywords: social protest, criminalization, democracy, criminal law, human rights.

Índice

Introducción	1-6
Capítulo I. La retención de servidores públicos: caracterización del fenómeno y proceso de criminalización	7-21
1. Caracterización de la retención de servidores públicos	7-11
2. El proceso de criminalización de la retención de servidores públicos	11-21
2.1 La criminalización primaria de la retención de servidores públicos	14-17
2.2 La criminalización secundaria de la retención de servidores públicos	17-21
Capítulo II. La retención de servidores públicos, ¿expresión de protesta social?	22-35
1. El ámbito de la protesta en democracias deficitarias	22-30
2. La retención de servidores públicos como expresión de protesta social	30-35
Capítulo III. La persecución penal de la retención de servidores públicos, ¿ilegítima criminalización de la protesta social?	36-59
1. Crítica de la criminalización de la protesta social	37-50
1.1 Argumentos contra la criminalización de la protesta social desde el constitucionalismo	37-45
1.2 Argumentos contra la criminalización de la protesta social desde la concepción garantista del derecho penal	45-50
2. La persecución penal de la retención de servidores públicos como ilegítima criminalización de la protesta social: elementos para la reflexión	50-59
Conclusiones	60-63
Bibliografía	64-67

Introducción

En las discusiones contemporáneas sobre la democracia y los derechos humanos se suele hacer referencia, no sin polémica de por medio, a la importancia de las expresiones de protesta social como medio de participación política de los grupos y sectores poblacionales marginalizados.

En Latinoamérica, la relevancia de la protesta social deviene mayor en razón de la limitada efectividad de los derechos humanos, lo que sin duda incide en la frecuencia e intensidad con que tienen lugar las manifestaciones públicas de descontento. Pese a ello, en esta región es frecuente que el poder político responda a la protesta mediante el empleo de la fuerza pública e incluso a través del reproche penal.

México no ha sido, en este particular, la excepción. Organismos civiles de defensa de los derechos humanos y la opinión pública han documentado numerosos casos donde personas que participan de expresiones colectivas de protesta son perseguidas penalmente en razón de ello y/o de las conductas que en tales contextos despliegan.

Este fenómeno, llamado frecuentemente *criminalización de la protesta social*, constituye una cuestión compleja y discutida. Tanto en la literatura especializada como en el debate público, la polémica en torno suyo incluye la confrontación entre quienes se decantan por la más amplia tutela de la protesta y quienes demandan que ésta sea sancionada ante la más mínima evidencia de que el orden legal ha sido trastocado. Tal discusión se polariza cuando versa sobre expresiones cuyo nivel confrontativo es mayor.

El problema que aborda esta investigación se sitúa, justamente, en este punto. La presente tesina analizará la respuesta estatal frente a una controvertida modalidad de acción colectiva que cada vez es más frecuente en México: la retención de servidores públicos; es decir, la afectación de la libertad ambulatoria de quienes se desempeñan como agentes estatales como resultado de un conflicto social.

Revisando este fenómeno, la presente tesina se preguntará la siguiente cuestión: En regímenes democrático – representativos, ¿la persecución penal de la retención de servidores públicos es una modalidad de la ilegítima criminalización de

la protesta social? Para articular una respuesta a la cuestión enunciada, el argumento central de esta tesina consistirá en mostrar que incluso en regímenes democrático – representativos la persecución penal de la retención de servidores públicos puede considerarse una vía ilegítima de criminalización de la protesta social. Al contestar la interrogante planteada en esos términos esbozaremos una primera reflexión respecto de la pertinencia del reproche penal en estos casos.

Para la demostración de esta hipótesis no delimitaremos desde el inicio del trabajo el marco teórico que emplearemos, sino que conforme avance el análisis del fenómeno acudiremos, paulatinamente, a distintas categorías. De este modo, la metodología a emplear será la propia de un estudio cualitativo de carácter exploratorio (Hernández, Fernández, Baptista: 2003), en la medida en que la presente es una primera reflexión sobre un asunto poco abordado, guiada por la pretensión de arribar a conclusiones que lejos de ser definitivas pretenden contribuir a que el problema que nos ocupa sea más amplia y detenidamente discutido. Si bien nos aproximaremos a nuestro objeto de estudio a partir de un enfoque legal, procuraremos complementar ese análisis con otras herramientas de las ciencias sociales para sortear los estrechos márgenes que impone la dogmática jurídica.

De este modo, en Capítulo I se caracterizará la retención de servidores públicos, comprendiendo en esta categoría a los funcionarios que actúan como agentes estatales, y se delinearé el proceso de criminalización de dicha conducta, con una finalidad señaladamente descriptiva. En el Capítulo II se analizará si las referidas retenciones constituyen expresiones de protesta social. Posteriormente, el Capítulo III indagará si la persecución penal de la retención de servidores públicos puede ser considerada como una vía de criminalización ilegítima de la protesta social, lo que nos llevará a repasar algunos abordajes críticos que sobre este modo de reprochar penalmente la protesta se han avanzado desde el constitucionalismo contemporáneo y el paradigma garantista del derecho penal.

En cada uno de estos capítulos, se acudirá a conceptualizaciones que contribuirán a esclarecer el problema que será abordado. Así, la tesina hará referencia a nociones como proceso de criminalización; protesta social; democracia deficitaria; derecho a la protesta; garantías extrainstitucionales; principios rectores de derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho. Relacionando los capítulos que serán

desarrollados en este trabajo con las categorías a emplear y los autores de quienes éstas son tomadas, es posible presentar esquemáticamente la estructura de esta tesina a partir del siguiente cuadro:

CUADRO 1

Referentes conceptuales sobre la persecución penal de la retención de servidores públicos y la ilegítima criminalización de la protesta social			
Capítulo	Categoría o concepto a emplear	Autor de cuya obra, en lo fundamental, se retoma el concepto y/o la categoría	Aspecto de la retención de servidores públicos a analizar
I	<i>Procesos de criminalización</i>	Eugenio Zaffaroni	Establecer las distintas fases de la persecución penal de la retención de servidores públicos, a partir de una comprensión de ésta en términos de un proceso.
II	<i>Protesta social</i>	Margarita Favela Gavia	Definir la noción protesta social y determinar si la ya caracterizada retención de servidores públicos se adecua a ella.
	<i>Democracia deficitaria</i>	Guillermo O'Donnell	Precisar el lugar de la protesta social, incluyendo como tal a la retención de servidores públicos, en contextos caracterizados por la existencia de regímenes democrático – representativos deficitarios.
III	<i>Derecho a la protesta</i>	Roberto Gargarella	Caracterizar la crítica constitucionalista a la criminalización de la protesta social, a partir de su concepción como derecho
	<i>Garantías extrainstitucionales</i>	Gerardo Pisarello	Caracterizar la crítica constitucionalista a la criminalización de la protesta social, a partir de su concepción como garantía extrainstitucional.
	<i>Principios rectores del derecho penal en el Estado Constitucional de Derecho (lesividad y proporcionalidad)</i>	Luigi Ferrajoli	Caracterizar la crítica a la criminalización de la protesta social, a partir del paradigma garantista del derecho penal

Fuente: Elaboración propia

Por otro lado, siendo una de las pretensiones de la tesis abordar esta discusión desde el contexto mexicano, en cada capítulo se procurará incluir las referencias pertinentes para lograr este cometido.

El desarrollo de una investigación como la que se plantea encuentra justificación tanto en los problemas que la retención de servidores públicos suscita al ser abordada desde las posiciones teóricas que defienden la licitud y relevancia de las expresiones de protesta social, como en la actualidad de dicha discusión en el debate público nacional.

En cuanto a lo primero, quienes han defendido a la protesta social generalmente han construido sus argumentaciones defendiendo expresiones de protesta que afectan -potencial o materialmente- derechos patrimoniales o incluso bienes jurídicos secundarios, a partir del ensanchamiento de los parámetros bajo los cuales se entiende y se protege la libertad de expresión. Precisamente a causa de ello, algunas de estas construcciones teóricas pueden resultar parcialmente inadecuadas para analizar un fenómeno como la retención de servidores públicos respecto del cual, además de dilucidar si representa una modalidad de protesta social, hay que determinar de qué modo afecta bienes jurídicos primarios -la libertad ambulatoria- y si es susceptible de considerarse como un ejercicio amparado bajo la libertad de expresión. En esa medida, resulta justificada la intención de desarrollar esos planteamientos y aplicarlos, con las adaptaciones correspondientes, al fenómeno que se pretende estudiar.

Por lo que toca a la actualidad y vigencia de la discusión en México, baste con señalar que durante el 2009 Amnistía Internacional caracterizó como prisioneros y prisioneras de conciencia a seis personas acusadas de haber secuestrado a servidores públicos. Se trata de los casos de las mujeres ñhañhü Jacinta Francisco Marcial, Teresa González y Alberta Alcántara, acusadas por haber privado de su libertad a seis agentes federales de investigación que pretendieron despojar de sus mercancías a los locatarios de un pequeño mercado informal en Santiago Mexquititlán, Querétaro; así como del caso que involucra a Sara López, Joaquín Aguilar y Guadalupe Borja, activistas del estado de Campeche acusados de secuestrar a un funcionario de la Comisión Federal de Electricidad en el marco de una movilización contra el incremento de las tarifas del servicio que brinda la paraestatal. En cada uno de estos

casos, la retención de un servidor público, o varios, motivó una intervención estatal que derivó en la presentación de cargos penales en contra de dichas personas.

Igualmente, da cuenta de la actualidad del tema la atracción y resolución por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los juicios de amparo promovidos por Ignacio del Valle y otros integrantes del Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra (FPDT) de San Salvador Atenco, relacionados con las condenas que les fueron impuestas tras ser acusados de secuestrar a un servidor público, a partir de la retención del mismo. En esa ocasión, durante la sesión pública del 30 de junio de 2010 de la Primera Sala de la SCJN, el Ministro Juan Silva Meza, hoy Presidente de ese Tribunal, expresó:

“[...M]iembros del Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra, retuvieron a varios policías durante los actos de protesta que realizaron en esas fechas. Estas prácticas, debe decirse, han suscitado dudas acerca del alcance y límites de la libertad de expresión y de las formas que son válidas para que unas personas organizadas o no, puedan utilizarlas, ya sea para manifestar su protesta o para presionar a la autoridad a que realice determinados actos o para que cumpla con determinadas peticiones, porque la práctica de retener personas también vulnera el derecho a la libertad [...] y además, en los contextos específicos en que se presenta, adquieren matices también de desafío y desconocimiento a la autoridad del Estado, particularmente porque se trata de una práctica en la que, quien es privado de la libertad, es un servidor público y las acciones tienen por objeto obtener algo del Estado. Pero, así como se generan esas dudas, también se generan otras sobre la desmesura y desproporción de la reacción del Estado, a veces ilegal, a veces notoriamente inconstitucional [...]”. (SCJN 2010).

El encuadre de la discusión que efectuó el Ministro Silva Meza en su intervención puso de relieve aspectos nodales sobre la persecución penal de la retención de servidores públicos, que a la postre no requirieron examinarse a profundidad en la resolución de ese específico caso dada la insuficiente acreditación de la responsabilidad penal de las personas sentenciadas. En esta tesina intentaremos acometer de lleno esa discusión para dilucidar las cuestiones identificadas por Silva Meza, que no difieren significativamente de la pregunta de investigación que se ha formulado. Llanamente, se trata de discutir cómo debería reaccionar el poder público cuando un funcionario público es retenido como parte de una expresión colectiva de

descontento. Las siguientes páginas aspiran a generar una primera reflexión en torno a este polémico asunto.

Capítulo I

La retención de servidores públicos: caracterización del fenómeno y proceso de criminalización.

En el presente capítulo iniciaremos el análisis de la persecución penal de la retención de servidores públicos en contextos de protesta, con especial referencia al modo en que ésta acontece en México. Para ello, con una pretensión marcadamente descriptiva, presentaremos una breve caracterización del fenómeno y del proceso de criminalización que suele desencadenar. Así, aunque en la primera parte haremos un desarrollo propio para satisfacer dicha necesidad descriptiva, en este capítulo inicial también emplearemos algunas herramientas conceptuales relacionadas con los procesos de criminalización, que tomaremos -fundamentalmente- de la obra de Zaffaroni (2002).

Conviene aclarar desde ahora que al no constituir este trabajo en una revisión de casos específicos, la caracterización que haremos del fenómeno buscará destacar los rasgos más generales que presenta tal y como acontece en México, sin entrar al examen de las particularidades que en una u otra situación concreta puedan constatarse. Si bien este método puede presentar algunas limitaciones, pues conlleva el riesgo de pasar por alto matices y detalles que podrían ser tenidos en cuenta utilizando la metodología del estudio de caso, permitirá arribar a conclusiones cuya validez será más amplia dada la generalidad del análisis.

1. Caracterización de la retención de servidores públicos

Como quedó señalado desde la Introducción, la retención de servidores públicos en contextos de protesta constituye un fenómeno cada vez más frecuente en México. No obstante, la cuestión hasta ahora no ha suscitado mayores reflexiones en el ámbito jurídico, siendo sobre todo especialistas de otras disciplinas, o bien periodistas y formadores de opinión pública, quienes se han avocado a reflexionar en torno a sus implicaciones.

Así por ejemplo, Montemayor (2010:226) ha analizado este fenómeno al referirse en lo particular al denominado secuestro equiparado, al que aludiremos más adelante, describiendo estos casos como:

“[...] la reacción de ciudadanos que exasperados ante la negativa o la negligencia oficial retienen por algunas horas a funcionarios públicos en oficinas donde se plantean los reclamos o las peticiones reiteradamente desatendidas para obtener la atención de una autoridad superior que solucione el conflicto o la petición social”.

Desde una perspectiva similar, Granados Chapa (2009:21) ha caracterizado el fenómeno en los siguientes términos:

“activistas, solicitantes, gente con derechos a salvo, en suma ciudadanos en movimiento que, colmada su paciencia al exigir servicios o medidas que la ley les provee, y al calor de las discusiones propias del desencuentro con funcionarios, los retienen [a los servidores públicos] por horas en sus propias oficinas o en locales donde se ventilaban asuntos de la competencia de los retenidos”.

Como puede verse, tanto Montemayor como Granados Chapa enfatizan que se trata de un fenómeno que tiene lugar en contextos de significativa conflictividad social y que esta peculiar retención de servidores públicos se realiza colectivamente por grupos de personas que pretenden, con ello, interpelar al poder público que les ha ignorado o demandar la sujeción de la autoridad a la norma que debe regular su actuación.

Para los fines de este trabajo, tomando distancia en lo posible de la adjetivación disvalorativa y privilegiando un enfoque analítico, definiremos este fenómeno como la *limitación de la libertad ambulatoria durante un breve lapso temporal de uno o más servidores públicos, llevada a cabo colectivamente por un grupo de personas que buscan interpelar al poder público para llamar la atención sobre alguna problemática social desatendida o bien para poner en evidencia el actuar ilegal de una autoridad, entre otros fines de carácter político, generalmente después de haber agotado otros medios menos lesivos para ello*. Analizar algunos de los elementos de la conceptualización aquí propuesta nos permitirá precisar con

mayor claridad el fenómeno que nos interesa estudiar para poder distinguirlo de otros análogos.

En primer lugar, la retención de servidores públicos a la que nos referimos implica una *limitación de la libertad ambulatoria* de quien la padece. En efecto, la acción colectiva que analizamos conlleva una restricción a la movilidad de una o más personas, consistente en que éstas no puedan transitar conforme a su voluntad de un punto a otro, quedando normalmente confinadas a un recinto específico o a una demarcación espacial acotada. En ese sentido, lleva implícita una afectación a la autonomía de los sujetos pasivos, quienes ven impedida por un breve lapso de tiempo su facultad de transitar sin restricciones por el territorio, como es su derecho. La limitación de la libertad ambulatoria a la que nos referimos puede incluir la obstaculización del acceso al recinto donde usualmente realiza sus funciones el servidor público retenido, que trae por consecuencia el confinamiento de dicho agente estatal a ese inmueble, pues sucesos de esta índole han recibido, en México, el tratamiento criminalizante que en esta tesina nos interesa someter a escrutinio.

En segundo lugar, se trata de una retención efectuada *durante un breve lapso de tiempo*. El fenómeno que analizamos se distingue por tener una duración normalmente breve, acotada a un lapso de tiempo no muy extenso, casi siempre por debajo de las 24 horas, si bien en este punto resultaría demasiado rígido fijar una duración precisa como atributo del fenómeno estudiado. Interesa destacar que no se trata de prolongadas afectaciones a la libertad, sino que por el contrario duran solamente unas cuantas horas, coincidentes con los momentos más álgidos de un conflicto social. Los sucesos que entrañan una privación excesivamente prolongada de la libertad, por conllevar una afectación mayor, quedan al margen del fenómeno aquí estudiado.

En tercer lugar, la expresión que nos interesa se caracteriza por involucrar la retención de *servidores públicos*. Es decir, queda restringido a aquellas privaciones a la libertad padecidas por personas que fungen como agentes estatales y que con tal carácter intervienen en los conflictos sociales que desembocan en su retención. En esta medida, dichos servidores públicos no son terceros ajenos al conflicto en torno al cual ocurre la afectación a su libertad sino que a menudo son protagonistas del

mismo. Así, este fenómeno se diferencia de otros en los que son particulares quienes son retenidos en contextos de conflictividad social.

En cuarto lugar, se trata de retenciones donde los servidores públicos *no son lesionados*. En el fenómeno que se estudia, la única afectación a los derechos de los servidores públicos ocurre en la esfera de su derecho a la libertad ambulatoria mas no así en lo concerniente a su derecho a la integridad física. Los acontecimientos donde los funcionarios estatales además de ser retenidos son lesionados, independientemente de que estas lesiones sean leves o graves, deben analizarse bajo otras consideraciones. No obstante lo anterior, es relevante destacar que a menudo en México las retenciones de servidores públicos son acompañadas de acusaciones vinculadas a la comisión de actos de violencia física supuestamente imputables a las personas que llevan a cabo dicha acción, que sin embargo no tienen asidero en los respectivos expedientes legales. Atendiendo a ello, consideraremos aquí como parte del fenómeno estudiado incluso aquellas retenciones de servidores públicos en las que estos aduzcan haber sido violentados físicamente sin que ello quede demostrado mediante los elementos convictivos idóneos. Sobre este mismo punto, aceptaremos aquí que la restricción de la libertad ambulatoria de una persona conlleva indefectiblemente una lesión a su integridad psíquica en la medida en que le es propia una carga ineludible de coacción moral y de amenaza latente de violencia física, aunque a la postre ésta no se consume.

Continuando con la caracterización que se ha propuesto, en quinto lugar destacaremos que las retenciones a estudiar son llevadas a cabo *colectivamente*. En ellas intervienen por lo general grupos de personas vinculadas por una afectación común o por la percepción compartida de que en su contra se ha cometido algún agravio. Representan, en esa medida, expresiones colectivas. No forman parte de las expresiones aquí analizadas las retenciones de servidores públicos realizadas por una persona en lo individual aun cuando ésta actúe guiada por una reivindicación política. En este punto debe precisarse que el carácter colectivo de expresiones como la que se examina no presupone, necesariamente, que ellas sean realizadas por “movimientos sociales”. No sobra recordar, en contracorriente a cierto abuso del término en la literatura sobre criminalización de la protesta, que no toda acción colectiva entraña la acción de un movimiento social (Tarrow 2004).

Para complementar la enumeración de los elementos que hemos incluido en la definición, señalaremos ahora que las retenciones de servidores públicos que nos interesan se realizan en aras de interpelar al poder público para llamar la atención sobre alguna problemática social desatendida o bien para poner en evidencia el actuar ilegal de una autoridad, *entre otros fines de carácter político*. Así, la cuestión de la que nos ocupamos se contrae a aquellas situaciones en que se afecta la libertad ambulatoria de un agente estatal como medio para interpelar a las propias autoridades estatales. En México, normalmente, ello ocurre para hacer notar algún asunto desatendido o bien como parte de una reacción frente a actuaciones notoriamente ilegales de los servidores públicos. No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que la acción persiga otros fines, siempre y cuando éstos tengan un claro carácter político como los que se han enumerado. Es distintivo del fenómeno que analizamos la persecución de una finalidad política, entendida ésta como la abierta interpelación a la autoridad respecto de alguna problemática que se pretende forme parte de la agenda pública.

Por último, la retención de servidores públicos que nos interesa es aquella que tiene lugar generalmente cuando *se han agotado previamente otros mecanismos* convencionales de interlocución política que no entrañan la afectación de derechos de persona alguna. El fenómeno del que nos ocupamos normalmente ocurre cuando se han emprendido sin éxito otras modalidades de diálogo entre el grupo de personas y la autoridad a la que se interpela; no en pocas ocasiones, inclusive, la retención ocurre en el contexto de frustradas mesas de negociación auspiciadas por la propia autoridad gubernamental. Se trata de un mecanismo empleado en situaciones extremas, donde los sujetos activos comparten colectivamente la percepción de que otros medios resultarían ineficaces para llamar la atención de la autoridad.

Lo anterior conlleva un aspecto relevante para el análisis que aquí se propone: al destacar que frecuentemente tiene lugar cuando se han agotado otros medios, acotamos el fenómeno estudiado de tal modo que no se incluye en él al hipotético caso de un colectivo o grupo que acudiera reiteradamente a esta la retención de servidores públicos como recurso ordinario para entablar interlocución con las autoridades, sin explorar ya otros canales pues en ese caso, que bien podría ocurrir, la sistematicidad de la práctica supone una complejidad adicional para su análisis.

Aunque como se ha dicho esta tesina no aborda su objeto de análisis mediante el método del estudio de caso, referir en este apartado un evento que ejemplifica el tipo de retención hasta aquí descrita puede contribuir a una mejor comprensión de las particularidades que este fenómeno presenta en México. Se trata del caso de la retención del Presidente Municipal del municipio de Atlamajalcingo del Monte, Guerrero, llevada a cabo colectivamente por los pobladores indígenas de esa municipalidad enclavada en la región Montaña de Guerrero.

La retención ocurrió en el marco de un conflicto político social agudizado desde el 15 de agosto de 2010, cuando los pobladores Me'phaa y Na Savi de ese municipio erigieron un Consejo Municipal Autónomo y desconocieron al cabildo de Isidoro Pastrana, Presidente del mismo, tras una serie de desavenencias entre el edil y las comunidades por el indebido manejo de los recursos públicos. A efecto de lograr la remoción del Presidente, desde entonces los inconformes acudieron al Congreso estatal para plantear su demanda, misma que no fue atendida con celeridad pese a los intentos de los representantes comunitarios. La situación se polarizó hasta que el 7 de diciembre, a cuatro meses de iniciada la fase álgida del conflicto y ante la ausencia de una respuesta gubernamental, el Presidente de Atlamajalcingo fue retenido en la comunidad de Huehuetepec por la población, en una expresión de inconformidad, que se distendió hasta que el servidor público firmó su solicitud de licencia; lejos de ser lesionado, el retenido fue tratado con respeto si bien durante su retención los inconformes pudieron expresarse sobre los motivos de su malestar ante su presencia, como no habían podido hacerlo con antelación. Pastrana fue liberado poco después de las 24 horas, si bien el conflicto permanece latente pues hasta la fecha no se ha separado del cargo. (La Jornada Guerrero, 7 de diciembre de 2010)

Aunque hasta ahora los habitantes de Atlamajalcingo del Monte que de ese modo externaron su enojo con su representante no han sido criminalizados, se les ha amagado con la presentación de cargos penales y el propio Gobernador del Estado ha calificado lo ocurrido como un "secuestro". No obstante, es claro que estamos ante un evento de distinta naturaleza, que en México se verifica con frecuencia: el Presidente Municipal fue afectado en su libertad ambulatoria durante un lapso de tiempo de poco más de 24 horas, por un grupo de 300 inconformes que con eso pretendían interpelar al gobierno estatal que llevaba más de 4 meses ignorándoles,

tras haber sido infructuosos los demás canales de comunicación. Precisamente, son situaciones como esta las que aquí englobamos como retenciones de servidores públicos.

Siguiendo la definición propuesta y retomando el ejemplo citado, queda suficientemente caracterizado el fenómeno al que aludimos en esta tesina cuando nos referimos a la retención de servidores públicos en contextos de protesta. Enseguida, reflexionaremos sobre la persecución y sanción penal de quienes participan en estas acciones colectivas.

2. El proceso de criminalización de la retención de servidores públicos.

Como punto de partida, es pertinente recordar que toda criminalización de una conducta debe entenderse como expresión del control formal punitivo que ejerce el Estado sobre las personas, siendo éste sólo una parte del entramado de instituciones, procesos y prácticas mediante los cuales se ejerce el control social (Melossi 1992), como la ha mostrado ampliamente la criminología crítica (Baratta 1986).

El análisis del control social es una empresa que rebasa los límites de este trabajo. Baste con dejar apuntado que éste puede entenderse como “aquel conjunto de presiones de las que dispone una sociedad para orientar la conducta de sus miembros de cara a garantizar su reproducción social” (Romaní 2003:429). El poder punitivo del Estado sería, desde esta óptica, una de éstas presiones, singularizada por provenir del aparato coercitivo gubernamental.

Sobre la específica forma de control social que se ejerce mediante el poder punitivo estatal, es fundamental considerar la criminalización como un proceso complejo que no se agota sólo en el momento de definición normativa de las conductas punibles, ni tampoco en el momento en que se formaliza la persecución penal. En este tenor, Pavarini señala:

“...[E]l proceso de criminalización no puede agotarse en su fase inicial, o sea en la de la previsión normativa, que técnicamente podemos llamar de la criminalización primaria; a ésta, en efecto, le sigue un proceso bastante complejo e indubitablemente más marcado por las valoraciones políticas discriminatorias [...] Esta segunda fase es señalada como proceso de criminalización secundaria y contempla los órganos de control -jueces, policía,

etc.- en la acción de selección de qué ilegalismos (violaciones de las normas penales) deben ser penalmente perseguidos y qué sujetos deben pues ser criminalizados” (Pavarini 1983:147).

Zaffaroni (2002, 2005), en similar línea de pensamiento, ha profundizado en el análisis de los procesos de criminalización. Para el jurista argentino: “todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama criminalización [...]” (2002:7). La criminalización, desde esta perspectiva, estaría marcada por su carácter selectivo tanto como por su carácter procedimental; así lo destaca el mismo autor, cuando señala que “el proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, denominadas respectivamente, primaria y secundaria” (2002:8).

Partiendo de los planteamientos de Zaffaroni (2002), el análisis de la criminalización de la retención de los servidores públicos sería insuficiente si solamente se centrara en la dimensión normativa relativa a la definición de esta conducta como ilícita, del mismo modo que lo sería si únicamente se enfocara en la aplicación de dichas normas sobre los individuos concretos. Como destaca el autor citado, el enfoque adecuado para abordar cualquier fenómeno de criminalización debería abarcar tanto la fase primaria como la fase secundaria del proceso. Tal puntualización es relevante pues en los trabajos que han buscado analizar fenómenos relacionados con la criminalización de la protesta social, se suelen centrar en uno u otro momento del proceso perdiendo de vista, justamente, la naturaleza sucesiva y continua del mismo (Buhl et al. 2008)

De este modo, enseguida nos referiremos por separado a las dos etapas de la criminalización de la retención de servidores públicos, la primaria y la secundaria, con el objetivo de identificar algunas características que les son propias. Nuevamente, destacamos que para ello no partiremos del análisis de un caso particular sino que buscaremos identificar los rasgos generales de este fenómeno a partir de la información disponible.

2.1 La criminalización primaria de la retención de servidores públicos

Respecto de la etapa primaria, ocurre cuando se formaliza la previsión normativa que tipifica y sanciona una determinada conducta normativa. Al respecto, precisa Zaffaroni que:

“criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se inicia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. [...] la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos” (2002: 8).

Zaffaroni señala que normalmente intervienen en esta etapa primaria de la criminalización instancias políticas del Estado, como lo son los poderes Ejecutivo y Legislativo. Además, destaca que el programa que queda instaurado al adoptarse las leyes penales es, en su conjunto, de unas proporciones tan inmensas que difícilmente llega a cumplirse en su totalidad. De ahí que la disparidad entre las conductas tipificadas como punibles por la normatividad y las que efectivamente son sancionadas en el terreno de los hechos sea una constante, verificable en todas las latitudes, que termina por ser compensada mediante la alta selectividad de los procesos de criminalización.

Ahora bien, una descripción pormenorizada del proceso de criminalización primaria del fenómeno que estudiamos, además de remitirse a la norma típica penal, tendría que dar cuenta de los procesos formales e informales que tanto a nivel federal como en cada una de las entidades precedieron a la tipificación como delito de la retención de servidores públicos. Tal exhaustividad en el análisis, dado que no nos centramos aquí en el ámbito federal o en el de alguno de los estados de la República en lo particular, queda fuera de las pretensiones de este trabajo y deberá dejarse para futuros estudios.

Para analizar la fase de criminalización primaria de esta conducta enfocaremos nuestra atención en los aspectos que comparte la legislación adoptada para hacerle frente. Así, destacaremos que tanto en el ámbito federal como en las distintas

entidades, se ha avanzado de manera casi homogénea en la tipificación como delito de la retención de servidores públicos, de forma que parece prevalecer una tendencia proclive a la ilegalización de esa conducta, así como al incremento de la severidad del reproche penal que se asocia a la comisión de la misma.

Una revisión del marco jurídico mexicano muestra que se han adoptado dos vías para criminalizar la retención de servidores públicos: la primera, consiste en la equiparación de esta conducta al secuestro; la segunda, consiste en definirla como una modalidad agravada de la privación ilegal de la libertad.

En uno de los pocos estudios disponibles sobre este tema, centrado en las estrategias discursivas que favorecen la criminalización de la protesta, Solano Velázquez (S/F) ha analizado la equiparación al secuestro de la retención de servidores públicos. De acuerdo con el trabajo de esta autora, con distintas modalidades pero con análogo propósito, previsiones normativas que propician esta equiparación están incluidas en las legislaciones penales de Aguascalientes, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Colima, Estado de México, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas, Tabasco, Veracruz y Yucatán.

En cada uno de los estados mencionados, la ley sustantiva penal incluye disposiciones que permiten equiparar la retención de servidores públicos con la privación ilegal de la libertad que se perpetra para obtener un rescate; es decir, con el secuestro. Aunque la redacción puede variar, en la mayoría de los casos esa vía de criminalización se abre en virtud de que la norma penal asimila al secuestro toda privación de la libertad de un servidor público que se lleve a cabo con el fin de que las autoridades realicen o dejen de realizar algún acto de cualquier índole, con independencia de que dicha retención vaya aparejada de la obtención de una remuneración económica o, al menos, de la pretensión de conseguir dicho lucro.

Se trata de normas que igualan conductas análogas de finalidades diversas para imponer una sanción penal común a ambas. Leyes que equiparan la conducta consistente en privar de la libertad a una persona para obtener un rescate con el comportamiento consistente en retener a un servidor público para demandar que la autoridad realice o deje de realizar algún acto.

Al criminalizarse de esta peculiar manera la retención de servidores públicos en su fase primaria, se propicia que se asocie a esta conducta una penalidad sumamente severa. Por ser el secuestro uno de los delitos cuya penalidad ha aumentado de una manera casi exponencial en los últimos años a causa del llamado “populismo penal” (Gargarella 2008), la retención de servidores públicos que se le equipara queda en posibilidad de recibir el mismo tratamiento punitivo.

A ello habría que agregar que siendo la retención que se discute un delito cometido por una pluralidad de sujetos activos dada su propia naturaleza, la norma penal suele prever las calificativas atinentes a los ilícitos llevados a cabo por un grupo de personas que actúan en concierto, de tal manera que la sanción asociada a la retención de servidores públicos equiparada al secuestro puede aumentar o incluso derivar en la imputación de otros delitos. Aunado a ello, en algunos códigos también es una calificativa del ilícito que éste sea cometido en contra de servidores públicos, lo que a su vez también puede generar un incremento de la penalidad.

Al tiempo que la equiparación al secuestro de la retención de servidores públicos funciona como vía de criminalización de esta conducta, en otras legislaciones cumple ese papel el delito de privación ilegal de la libertad. Dicho ilícito también abre la puerta para que se reproche penalmente esa conducta, si bien implica una penalización mucho menos severa de la misma.

Dejando de lado el estudio de la criminalización primaria de la retención de servidores públicos, enseguida aludiremos brevemente al momento de la criminalización secundaria de esta conducta.

2.2 La criminalización secundaria de la retención de servidores públicos

En la fase secundaria se determina qué personas son criminalizadas pues justamente en esta etapa se realiza el ejercicio de la acción punitiva sobre las personas (Zaffaroni 2002). Aludiendo a esta segunda fase, señala Zaffaroni que comprende:

“la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos

casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a una agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso [...] se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización)” (2002:7).

Durante la criminalización secundaria intervienen otros actores, que formalmente están fuera del campo político, tales como la policía, sea preventiva o investigadora del delito; los jueces y demás funcionarios judiciales que actúan en las diversas instancias que puede tener un proceso; y, finalmente, los agentes y funcionarios del ámbito penitenciario que tienen alguna vinculación durante el ejecución de la pena, cuando se llega a tal extremo.

Según Zaffaroni, en realidad son estos actores, especialmente la policía, y no los que intervienen en la fase primaria, quienes determinan en los hechos qué personas son criminalizadas y, a la vez, qué personas son las víctimas a las que el sistema va a reconocer tal carácter (2002:8).

Ahora bien, adentrarse en el estudio de la criminalización secundaria de la retención de servidores públicos supone el peligro de caer en lo casuístico cuando se ha adoptado un enfoque como el empleado en esta tesina. Sin embargo, procediendo como hasta ahora lo hemos hecho, es posible identificar algunas notas generales que esta fase presenta en lo que hace al fenómeno que estamos revisando.

Desde esta perspectiva, destacaremos en este apartado sólo uno de los rasgos presentes en esta etapa de la criminalización de la retención de servidores públicos. Así, ahondaremos en su selectividad *agravada*.

Zaffaroni (2002), como ya se ha dicho, explica que todo proceso de criminalización es indefectiblemente selectivo, a despecho de las concepciones que privan en el campo del derecho penal según las cuales la criminalización de un sujeto sería siempre legal, y por tanto más mecánica y menos arbitraria. No obstante, la criminalización de la retención de servidores públicos se caracteriza por lo que aquí denominaremos selectividad *agravada*. Y es que aun cuando todo proceso de criminalización sea por definición selectivo en su fase secundaria, el que en esta tesina discutimos lo es de un modo aún mayor y más patente. Como se señaló más arriba, una de las características de este fenómeno consiste en que en su realización

participan una pluralidad de sujetos activos que materialmente retienen, por un lapso breve de tiempo, a una autoridad. Tal particularidad implica a menudo que múltiples individuos lleven a cabo la conducta que la norma tipifica como delito, lo que redundaría en la imposibilidad de que las agencias a cargo de esta fase del proceso criminalizante ejerciten la acción punitiva sobre todas y cada una de las personas que activa o pasivamente intervienen en la retención de los servidores públicos.

Esta imposibilidad *agrava* la selectividad que es en sí misma inherente a la criminalización secundaria. Siendo siempre selectiva la decisión de movilizar los recursos estatales para perseguir penalmente la retención de servidores públicos y no otros ilícitos, y para investir con la calidad de víctimas a los funcionarios que la resienten y no a otras personas que padecen ilícitos diversos, la criminalización secundaria de la retención de funcionarios es todavía más selectiva puesto que necesariamente la acción penal se ejercita sólo en contra de algunas de las personas a las que tal conducta es imputable.

La selectividad *agravada* a la que nos referimos parece guiada a menudo por consideraciones ajenas al modo en que los hechos se presentan y al parámetro de objetividad que debe guiar la actuación de las instancias estatales responsables de investigar los delitos. En algunos casos, se percibe orientada por la mayor facilidad con que determinados sujetos pueden ser criminalizados en razón de su pertenencia algún grupo social colocado en situación de vulnerabilidad, como en el caso de las mujeres ñhañhü de Querétaro; en otros, parece guiarse por la pretensión de criminalizar a los individuos que con mayor visibilidad aparecen como líderes o dirigentes de los grupos que colectivamente realizan la retención de los servidores públicos, como en caso de Ignacio del Valle y otros integrantes del FPDT o de los activistas de Campeche que impugnaban el incremento de las tarifas con que CFE pretendía cobrar el consumo de la energía eléctrica.

Para explicar lo anterior, es necesario puntualizar que la criminalización secundaria de la retención de servidores públicos tiene lugar casi siempre cuando dicha conducta ya ha sido consumada y, por ende, cuando la afectación a la libertad ambulatoria de los funcionarios ha llegado a su fin. Frecuentemente, la acción punitiva sobre personas concretas es precedida por procesos de negociación e interlocución política que culminan, precisamente, con la finalización de la retención

de los servidores públicos que se encontraban afectados en su libertad ambulatoria. Es decir, la persecución penal tiene lugar aun cuando el conflicto ha sido saldado y concluido a través de vías políticas y difícilmente se desencadena porque quienes la llevan a cabo hayan sido sorprendidos en flagrante comisión del delito. A veces, inclusive, se activa cuando ha transcurrido un tiempo considerable a partir de los hechos, o en coyunturas marcadas por nuevas movilizaciones de los colectivos de personas que con antelación habían sido partícipes de la retención de un funcionario.

La *agravada* selectividad a la que hemos aludido adquiere un cariz más alarmante al observar que, a diferencia de lo que ocurre en otros procesos de criminalización, en los relacionados con la retención de servidores públicos es más patente que las agencias estatales tienen en consideración como una finalidad en sí misma la potencial afectación que llega a tener sobre los sujetos criminalizados el inicio de un proceso penal, asociado generalmente en México con el encarcelamiento preventivo de la persona imputada. A dicha conclusión puede arribarse al constatar que los procesos de criminalización iniciados por virtud de la retención de un servidor público difícilmente culminan en la ejecución total de la pena impuesta por los órganos jurisdiccionales pues a menudo los procesos concluyen mediante mecanismos distintos al dictado de una sentencia; o bien, las resoluciones condenatorias que son dictadas terminan siendo modificadas por tribunales de mayor jerarquía. Esta peculiaridad sugiere, a nuestro juicio, que los procesos de criminalización con los que se busca reprochar penalmente la retención servidores públicos no necesariamente están enderezados hacia la imposición de una pena por parte de una instancia judicial sino que persiguen otras finalidades para las cuales el inicio de un juicio criminal o la imposición de la prisión preventiva son más que suficientes. El confinamiento en prisiones de máxima seguridad de las personas que son acusadas de haber “secuestrado” a un servidor público, facilitada en el plano discursivo a causa del generalizado repudio que hoy provoca el secuestro en la sociedad, comprueban la característica que venimos describiendo.

Hasta aquí hemos llegado con la caracterización de la retención de servidores públicos y su respectivo proceso de criminalización. Ésta última noción, retomada de Zaffaroni, nos será de utilidad para analizar este fenómeno en el Capítulo III. Previamente, a continuación, en el Capítulo II buscaremos determinar si la

criminalización de la retención de servidores públicos, tal y como la hemos descrito, es una expresión de protesta social.

Capítulo II

La retención de servidores públicos, ¿Expresión de protesta social?

Después de haber caracterizado a la retención de servidores públicos y el proceso de criminalización con que en México se le hace frente en el capítulo inicial, en este que aquí iniciamos buscaremos dilucidar si la retención de servidores públicos puede ser considerada una expresión de protesta, lo que nos llevará a preguntarnos qué es la protesta social y qué lugar ocupa en las democracias contemporáneas.

Para ello primeramente nos referiremos al ámbito de la protesta en los regímenes democrático – representativos, con especial énfasis en las formas que éstos han adoptado en la región. Enseguida, nos detendremos en algunas especificidades de la acción colectiva que nos ocupa.

1. El ámbito de la protesta en democracias deficitarias

Para conceptualizar la protesta, recurriremos a la definición propuesta por Favela Gavia (2006). La autora citada entiende que protesta social es “cualquier clase de acción colectiva disruptiva orientada a detener, reformar, modificar o, simplemente, protestar contra alguna acción o decisión de alguna autoridad política, en defensa de metas colectivas de actores o de los intereses y personas que dicen representar, sin considerar la efectividad de la acción colectiva en la realización de sus objetivos” (2006:81). En la definición adoptada, el énfasis estaría puesto en el carácter colectivo y disruptivo de la protesta, más que en sus fines o efectividad, que como se advierte en esta conceptualización pueden ser variados.

Definiendo la protesta en estos términos, Favela Gavia subraya que ésta, por su propia naturaleza, es una acción colectiva que “descansa en el uso de *formas no convencionales* de política” (2006:94). Entre éstas, distingue tres tipos de expresiones: las demostrativas, que son “acciones legales dirigidas a movilizar grandes grupos de personas” (2006:95) tales como las manifestaciones y las huelgas legales; las confrontacionistas, “que son acciones ilegales, pero no violentas”

(2006:95) como la desobediencia civil, las huelgas ilegalizadas o los bloqueos; y las violentas, que incluyen acciones dirigidas en contra de la propiedad o las personas como los sabotajes, los asaltos, los secuestros o los asesinatos (2006:97).

En los términos propuestos, deviene problemática la clasificación de algunas acciones de carácter confrontacionista acentuado. En efecto, de cara a algunas expresiones de protesta, tan inadecuado resulta ver en ellas amagos de insurgencia o sedición, como pretender que se trata de pacíficos ejercicios de no colaboracionismo o desobediencia civil. Por ello, en este punto, seguiremos sólo parcialmente a Favela Gavia (2006). Asumiendo con ella que la protesta -sobre todo la confrontacionista y la que denomina *violenta*- puede tacharse de ilícita e incluso caer en el ámbito de las prácticas que efectivamente de un modo más o menos generalizado se conciben como *violentas* por afectar derechos de terceros, no retomaremos la distinción que propone Favela Gavia entre la protesta confrontacionista y la violenta pues puede resultar inadecuada al ser aplicada al análisis de fenómenos como los que incumben a esta tesina.

En efecto, una distinción tajante entre protesta violenta y protesta no violenta puede resultar poco esclarecedora, dado que resulta sumamente arduo distinguir dónde empieza y dónde termina la línea que separa a una acción de protesta violenta de la que no lo es. Por otra parte, la literatura especializada (Tarrow 2004, Vázquez 2008) ha destacado que toda acción colectiva de protesta lanza a la arena pública un desafío, por la violencia que en acto o potencia despliega, que junto con la incertidumbre que genera y la solidaridad que convoca, son las fuentes de su poder. Es decir, lo que llamamos violencia -así sea en estado de potencia- en muchos casos se encuentra imbibida en la propia protesta, sobre todo si ésta es confrontacionista.

Para evitar estos problemas conceptuales, aquí nos permitiremos ampliar las categorías de Favela Gavia para incluir en el ámbito de la protesta confrontacionista acciones ilegales que no son violentas o que siéndolo no lo son de manera grave, sistemática o premeditada. No contradecemos con ello, pensamos, las premisas teóricas de la propia autora: una expresión de protesta ilegal que sin concierto previo haga uso de la violencia de un modo que no dañe gravemente a los bienes o las personas y que no denote sistematicidad en su empleo o premeditación evidente, se acerca más a la definición de protesta confrontacionista propuesta por Favela Gavia,

que a la que la misma autora sugiere para conceptualizar lo que denomina protesta violenta. A nuestro juicio, las dimensiones sugeridas -gravedad, sistematicidad y premeditación- nos permitirán distinguir actos de protesta confrontacionista de otras modalidades en las que con concierto previo y de un modo sistemático se recurre a la violencia para causar daños agravados en los bienes y/o las personas. En el terreno práctico, esta distinción permite trazar una línea divisoria entre -por ejemplo- una protesta colectiva donde algunas personas causen sin previo concierto daños no intencionales a la propiedad de terceros y otras expresiones generadas por grupos o colectivos que deliberadamente atentan contra la propiedad como forma de externar descontento. De esta manera, la protesta confrontacionista se situaría en una suerte de terreno medio entre la sedición y la desobediencia civil no violenta. A esta categorización volveremos al momento de determinar si la retención de servidores públicos constituye una expresión de protesta.

Ahora bien, una vez que hemos definido qué entenderemos aquí por protesta social, se impone la necesidad de indagar el sitio que ésta ocupa en las diversas discusiones que sobre la democracia se han suscitado en el contexto latinoamericano. Para lograrlo, nos referiremos a la obra de Guillermo O'Donnell.

En el debate contemporáneo sobre la democracia, es frecuente encontrar la contraposición entre modelos diversos. Éstos, de acuerdo con Held (2006:25), constituyen “una construcción teórica diseñada para revelar y explicar los elementos claves de una forma democrática y su estructura subyacente de relaciones”. Entre estas construcciones teóricas, dos modelos destacan por su frecuente oposición en la literatura especializada: el que entiende la democracia como un arreglo procedimental, y que a menudo se califica como “formal”; y el que la comprende como un régimen al que le son inherentes determinadas características - no ceñidas a la realización de comicios electorales -variables según el autor o la corriente de pensamiento- que suele denominarse “sustancial”.

En América Latina, el enfoque formalista o procedimentalista contó con amplia divulgación en el contexto de las llamadas transiciones a la democracia; es decir, en el marco del paso de regímenes claramente autoritarios hacia regímenes democrático representativos, que se verificó en varios países de la región. Como señala José Nun:

“Explícita o implícitamente las denominadas transiciones a la democracia que ocurrieron en nuestros países en las dos últimas décadas han estado muy influidas por la conceptualización que hizo Schumpeter de la democracia como método. Su sencillez y su realismo parecían resolver cualquier duda tanto en el plano teórico como en el plano práctico [...] La competencia entre dirigentes y las elecciones periódicas son y deben ser los ejes del sistema y todo lo que importa es que, a través del voto, el pueblo autorice cada tantos años a quienes se encargarán de decidir” (Nun 2002: 39).

De acuerdo con esta perspectiva, el realismo subyacente a una concepción formal de la democracia resultaba atractiva como herramienta conceptual para acometer críticamente el análisis de los procesos electorales irregulares que fueron comunes en algunos países latinoamericanos.

Pese a ello, la reticencia a aceptar que dicha noción de democracia resultaba apropiada en el contexto latinoamericano no desapareció. En este panorama es que Guillermo O’Donnell realiza sus contribuciones al debate sobre la democracia en América Latina. Aunque inicialmente se interesó en el estudio de las transiciones, paulatinamente ha desarrollado una concepción propia de la democracia que, sin salir del paradigma representativo, se acerca a las visiones sustancialistas al proponer una renovada reflexión sobre las relaciones entre Estado y régimen. En las siguientes páginas nos centraremos en las nociones que O’Donnell desarrolla en sus textos “Notas sobre la Democracia en América Latina” (2004a), “Acercas del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión” (2004b), y “Hacia un Estado *de y para* la Democracia” (2008). En tales obras, O’Donnell revisa algunos de los paradigmas que han servido para analizar los regímenes políticos en Latinoamérica. Su punto de partida, supone tomar distancia de las posiciones teóricas prevalecientes pues, a su juicio, éstas presentan importantes sesgos en razón de su procedencia.

O’Donnell se avoca a reelaborar la distinción entre Estado y régimen. El primero, lo define como: “un conjunto de instituciones y de relaciones sociales (la mayor parte de éstas sancionadas por el sistema legal de ese estado) que normalmente penetra y controla el territorio y los habitantes que ese conjunto pretende delimitar geográficamente” (2004b:149-150), y que además cuenta con el control de los medios coercitivos para efectivizar, en última instancia, sus decisiones.

En contrapartida, al régimen lo entiende como: “los patrones, formales e informales, y explícitos e implícitos, que determinan los canales de acceso a las principales posiciones de gobierno, las características de los actores que son admitidos y excluidos de tal acceso, los recursos y las estrategias permitidas para lograrlo, y las instituciones a través de las cuales ese acceso ocurre y, una vez logrado, son tomadas las decisiones gubernamentales” (2004b:152). El Estado, así, contiene al régimen que sólo dentro de aquél puede existir.

A partir de estas definiciones, explica O’Donnell que ni todos los Estados ni todos los regímenes pueden recibir el atributo de “democráticos”. Estado democrático, o *de y para* la democracia como lo denomina el autor, es aquel que además de respetar los derechos de ciudadanía política inherentes al régimen democrático respalda también otros derechos propios de la ciudadanía civil, social y cultural (O’Donnell:2008). En igual sentido, un régimen democrático es para O’Donnell aquél donde “el acceso a las principales posiciones de gobierno se logra mediante elecciones que son competitivas e institucionalizadas y en el que existen, durante y entre esas elecciones, diversas libertades políticas, tales como las de asociación, expresión, movimiento, y disponibilidad de información no monopolizada por el estado o por agentes privados” (2008:30).

Lo que entendemos por democracia, según O’Donnell estaría dado por la conjunción de un régimen democrático y un Estado democrático. La pura existencia de un régimen democrático montado sobre una estructura estatal que reiteradamente atenta contra los derechos sociales o civiles sería tachada por el autor como insuficiente. Viceversa, un Estado que garantice los derechos civiles y sociales pero que viole los derechos políticos, también presentaría esta falencia.

Para el autor la democracia no puede reducirse a la celebración de comicios sino que implica, al menos, cuatro características: elecciones limpias e institucionalizadas; una apuesta tendencialmente universalista en cuanto a la participación política; un sistema legal que sancione y respalde los derechos humanos reconocidos internacionalmente; y que ninguna persona o institución esté por encima de la ley. O’Donnell enfatiza que estas dos últimas características están en el nivel del Estado y consecuentemente advierte que “una focalización exclusiva sobre el régimen es insuficiente para una adecuada caracterización de la democracia”

(2004a: 38). Esta premisa le permite concluir que, si bien en la región se han instaurado mayoritariamente regímenes políticos de corte democrático, donde el acceso a las principales posiciones de gobierno se realiza a través de elecciones, estos regímenes descansan sobre estados que distan de ser aptos para la democracia.

O'Donnell explica que al margen de las especificidades históricas de cada país, los estados latinoamericanos muestran deficiencias en prácticamente todas sus dimensiones constitutivas. Las burocracias tienden a ser ineficaces y el sistema legal inefectivo, lo que redundaría en una notable pérdida de credibilidad frente a amplios sectores de la población. La inefectividad de los sistemas legales en los países de la región es particularmente grave puesto que los derechos de grandes franjas poblacionales, sobre todo los sociales, existen sólo en el papel (2004^a, 2004b).

De este modo, en casi todos los países de la región observa O'Donnell una "legalidad trunca" (2004a:38), donde los derechos no son una realidad para las mayorías, situación que termina generando una ciudadanía de baja intensidad. Según el mismo autor:

"muchos de nuestros países tienen un régimen democrático que coexiste con una legalidad intermitente y sesgada. Simplemente, la legalidad del estado no se extiende a vastas regiones de no pocos de nuestros países (y parte de sus ciudades), donde otros tipos de legalidad, básicamente variaciones de derecho mafioso, son los que en realidad operan. Asimismo, aun en regiones donde el sistema legal tiene alcance, éste es aplicado no pocas veces con sesgos discriminatorios contra varias minorías y aun mayorías, tales como mujeres y pobres. Este sistema legal truncado genera lo que he llamado una "ciudadanía de baja intensidad". Con este término quiero significar que todos tenemos, al menos en principio, los derechos políticos y las libertades que corresponden al régimen democrático; y sin embargo, a muchos se les niega derechos sociales básicos, como bien lo sugiere la pobreza y desigualdad ampliamente extendida [...] a estas personas también se les niega derechos civiles básicos: no disfrutan de protección contra la violencia policial y varias formas de violencia privada; se les niega acceso igualitario a las agencias del estado y los juzgados; sus domicilios pueden ser invadidos arbitrariamente; y, en general, están forzados a vivir una vida no sólo de pobreza sino también de humillación recurrente y de miedo a la violencia, muchas veces perpetrada por las "fuerzas de seguridad" que supuestamente deberían protegerlos. Esta gente que llamaré el "sector popular", no son sólo materialmente pobres, sino también legalmente pobres." (2004a: 49)

Aunque extensa, la cita permite perfilar más claramente el análisis que propone O'Donnell sobre las falencias de los sistemas legales propios de los estados latinoamericanos. La incipiente garantía de los derechos políticos no se encuentra acompañada del fortalecimiento de mecanismos capaces de asegurar la vigencia de derechos civiles y sociales a las mayorías, especialmente a los sectores más marginalizados. No ha sido desarrollado aún un sistema jurídico democrático y la legalidad subsistente presenta severas discontinuidades. Ello, como se ha dicho, disminuye la credibilidad del Estado como fuente de identidad colectiva.

La situación descrita se agudiza en algunas regiones donde la presencia del Estado es particularmente débil. Estas zonas, a las que O'Donnell ha llamado “zonas marrón”, son áreas “en las cuales la legalidad del estado no tiene alcance, o lo tiene de manera muy intermitente. Es estas regiones [...] prevalecen varios tipos de legalidad de carácter informal, patrimonial o mafioso” (O'Donnell 2004a:52).

Esta situación es claramente diferenciable de la que se verifica en los países de donde han surgido las teorías más difundidas sobre la democracia. Por ello, “estas teorías presuponen que la legalidad del estado se extiende homogéneamente a lo largo del territorio y que, consecuentemente, no sólo los regímenes nacionales sino también los subnacionales son democráticos. Debería ser obvio a estas alturas que estas premisas no se ajustan a la trayectoria histórica y a la situación actual de América Latina” (2004a:55).

Es a partir de estas consideraciones que O'Donnell sostiene que las democracias latinoamericanas son deficitarias. La superación de este déficit luce como una empresa difícil, dado que pasa por la reconstrucción -y en algunos casos, la construcción- del Estado. Como señala el autor, “en América Latina tenemos hoy el inmenso logro y promesa de un régimen democrático, pero carecemos del Estado necesario para sostener y expandir ese fragmento de democracia que hemos logrado” (2008: 54). Y si bien O'Donnell no parece especialmente optimista en cuanto a las posibilidades de que ocurra esa expansión, sugiere para acometer esta tarea centrar los esfuerzos en la reivindicación y defensa de los derechos sociales y civiles incumplidos, mediante el uso estratégico de los derechos políticos ya garantizados.

Precisamente, es este punto donde la protesta social puede ser entendida como un recurso no sólo compatible con la democracia sino incluso necesario para su

fortalecimiento, ahí donde es deficitaria. Dado el prevaeciente rezago en la vigencia de los derechos es plausible la irrupción de expresiones de protesta, incluso del tipo que Favela Gavia (2006) clasifica como confrontacionista, sobre todo cuando éstas son protagonizadas por quienes integran el “sector popular” o quienes viven en las “zonas marrón”.

Las expresiones de protesta tienen cabida en los planteamientos de O’Donnell al menos en otros dos niveles: en el primero, como expresión de *accountability* societal; en el segundo, como ejercicio de derechos políticos destinado a ensanchar los límites del debate público.

Respecto de la función de la protesta como *accountability* societal, O’Donnell (2004a, 2008) ha subrayado que en las democracias la rendición de cuentas ha de ser tanto vertical, mediante el ejercicio del sufragio en elecciones institucionalizadas y limpias; como horizontal, a través de los contrapesos que ejercen entre sí las propias agencias estatales. Asimismo, ha enfatizado que ese modelo encuentra complemento en lo que denomina “*accountability* societal”, misma que es “ejercida por grupos y aun por individuos con el propósito de movilizar el sistema legal para plantear demandas al estado y al gobierno con el fin de prevenir, compensar y/o condenar acciones (o inacciones) presumiblemente ilegales perpetradas por funcionarios públicos” (2004a: 38). La protesta, claramente, cumpliría con este cometido de rendición de cuentas de corte societal (Vázquez 2008).

Por lo que toca a la aportación de la protesta en la ampliación de los límites del debate público, O’Donnell ha advertido que la legalidad trunca de los estados latinoamericanos redunda también en que éste sea “un estado casi completamente sordo a las demandas de equidad y reconocimiento que surgen del sector popular” (2004a: 50). Por eso ha advertido sobre la necesidad de ampliar los márgenes de la agenda del debate público. Inclusive, recordando que la política “implica tanto consenso como conflicto” (2004a: 67), ha señalado la necesidad de forzar a que algunos temas sean incluidos en la agenda pública.

En suma, desde una concepción como la de O’Donnell, la protesta social, incluyendo la confrontacionista, puede encontrar plena justificación como medio de expresión política legítima en regímenes democrático – representativos.

Comentando este aspecto de la obra de O'Donnell Catherine Conaghan destaca que el progreso de la democracia en la región:

“depende de mejorar la capacidad de la gente para articular reclamos, organizarse y exigir un mejor desempeño de sus gobiernos [...] la construcción de la democracia siempre fue, y sigue siendo, un proceso contencioso que se forja desde abajo. En lugar de tenerles miedo a los movimientos sociales ruidosos y considerarlos una amenaza a la gobernabilidad, las autoridades nacionales e internacionales tienen que valorar lo vital que es esta “política contenciosa” para el proceso de democratización. Los académicos haríamos bien en unirnos a O'Donnell y recordarles a quienes diseñan las políticas la historia desordenada de la democratización cada vez que se nos presente la oportunidad” (Conaghan, 2004: 118).

En igual sentido, Laurence Whitehead subraya que el énfasis puesto por O'Donnell en la reivindicación de los derechos puede terminar expresándose mediante formatos de “política conflictiva”, debido a las señaladas deficiencias del sistema legal proporcionado por los estados de la región y advierte que no se debería descartar *a priori* el carácter democrático de estas expresiones. Así, señala que:

“Tanto los ciudadanos como quienes están en posición de autoridad estatal asumen [...] que los derechos teóricos sólo serán “reales” ocasionalmente y bajo presión externa al Estado. Las demandas para extender tales derechos pueden ser particularmente explosivas en sociedades donde la tradición de “obligación” para otros está menos arraigada. Este volátil clima de expectativas ayuda a explicar la amplia incidencia que ha tenido la política “conflictiva” en sus varios formatos (bloqueo de calles, tomas, formas varias de protesta callejera, etcétera), episodios que pueden ser vistos como parcialmente democráticos tanto en la intención como, incluso, en el efecto” (Whitehead 2008 : 67).

Del planteamiento que hasta aquí hemos revisado, retomaremos en el Capítulo III las ideas de O'Donnell sobre las democracias deficitarias y su abordaje sobre el papel que desempeñan en estos entornos las expresiones de protesta, para estudiar la persecución y sanción penal de la retención de servidores públicos.

2. La retención de servidores públicos como expresión de protesta social

Ha quedado establecido, en las líneas precedentes, qué lugar ocupa la protesta en regímenes democrático – representativos deficitarios. Ahora es preciso examinar

si la retención de servidores públicos, tal y como la hemos caracterizado, constituye una expresión de protesta. Aunque una parte de la respuesta a este cuestionamiento ha quedado sugerida en la descripción que hemos hecho del fenómeno, es indispensable ahondar en este análisis ya que el mismo proceso de criminalización contribuye a poner en tela de duda la naturaleza de esa expresión. Ocurre así, por ejemplo, cuando la retención de servidores públicos es equiparada al secuestro, con toda la carga peyorativa subyacente a ese tratamiento criminalizante. No resulta ocioso, por tanto, analizar este aspecto.

Para Montemayor (2010:228), no queda duda de que la retención de servidores públicos constituye una muestra de “inconformidad social”. Esta valoración inicial, sin embargo, requiere de una argumentación mayor, pues es factible cuestionar si efectivamente se trata de una expresión de protesta o si más bien es esta una demostración relativamente espontánea de violencia colectiva que debería analizarse a partir de otros parámetros.

Como ha quedado establecido a partir de la conceptualización de Favela Gavia (2006), entendemos por protesta social “cualquier clase de acción colectiva disruptiva orientada a detener, reformar, modificar o, simplemente, protestar contra alguna acción o decisión de alguna autoridad política, en defensa de metas colectivas de actores o de los intereses y personas que dicen representar, sin considerar la efectividad de la acción colectiva en la realización de sus objetivos” (2006:81).

Al optar por la definición invocada asumimos que en esencia la protesta es una acción colectiva disruptiva que puede llegar a afectar derechos y bienes, sobre todo, cuando es marcadamente confrontacionista.

Ahora bien, como fue señalado antes, la distinción tajante entre expresiones de protesta violentas y no violentas puede resultar inadecuada. Ello en virtud de que, primero, al mirar el mundo fáctico es sumamente difícil establecer los límites entre unas y otras; y segundo, dado que es innegable que a toda expresión de protesta le son adyacentes, en acto o potencia ciertos rasgos que pueden caber dentro del amplio y difuso espectro de lo violento (Tarrow 1998, Vázquez 2008).

Por otra parte, para una adecuada reflexión sobre el carácter violento de una expresión de protesta es indispensable que la misma sea situada contextualmente. En el caso de las manifestaciones colectivas que tienen lugar en las democracias

latinoamericanas, tal operación es ineludible. Precisamente, en este punto, la reflexión de O'Donnell (2004a) aporta más luces para el análisis. Dicho autor explica cabalmente el modo en que las democracias de la región son deficitarias a causa de que persisten estructuras estatales que dejan a amplias franjas poblacionales sin el pleno goce de los derechos que normativamente les son conferidos. Tal situación, advierte O'Donnell, adquiere mayor gravedad en las regiones subnacionales donde la estructura estatal históricamente ha sido ausente.

En este panorama, no debe extrañar que los “sectores populares” (2004a:49) lleven a cabo un uso calificado de los pocos derechos que les son garantizados o que incluso recurran a otras estrategias para “forzar” (2004a:67) al poder público a que atienda sus reclamos. Justamente por ello, como destacara Whitehead (2008), no es sorprendente que dichos sectores, habiendo constatado que los derechos que les otorgan las leyes sólo serán reales en el terreno fáctico mediante acciones colectivas de presión, recurran a la “política conflictiva” o confrontacionista (2008:67). Esto último, según postula Conaghan, no debería bastar para descalificar *a priori* el aporte democratizador de las acciones colectivas “ruidosas” (Conaghan 2004 : 118).

En función de las ideas expuestas el examen de algunas expresiones de protesta acentuadamente confrontacionistas que *prima facie* podrían pensarse como meras expresiones de violencia deviene mucho más complejo y problemático en un contexto como el latinoamericano y por ende como el mexicano.

Emprender un análisis sobre estas manifestaciones exige acudir a categorías diversas y situarse en un terreno endeble para reflexionar sobre la pertinencia y la legitimidad de algunas expresiones de protesta, cuando éstas son más notoriamente contenciosas. En aquellos casos donde el contenido confrontacionista de una manifestación pública sea más acentuado y su carga de violencia más explícita -más en acto que en potencia- el examen de ese fenómeno debe complejizarse. No es de suyo claro si dichas manifestaciones colectivas están revestidas de legitimidad o si en todos los casos representan expresiones de protesta. Tampoco es evidente cómo debe reaccionar el Estado frente a las mismas, ni menos aún si el reproche penal es el instrumento adecuado para hacerles frente.

Para dilucidar estas cuestiones, y particularmente para resolver cómo debe reaccionar el Estado cuando es interpelado por estas manifestaciones, el andamiaje

teórico no es muy vasto. Gloppen (2005:114), por ejemplo, sugiere poner atención en la motivación de los actos; en las circunstancias en que éstos fueron cometidos; en la naturaleza del objetivo político perseguido; en la naturaleza legal y fáctica de los actos, abarcando su gravedad; en las características del sujeto pasivo del acto; así como en la relación que medie entre el acto y el objetivo político perseguido, atendiendo a las proximidad y a la proporcionalidad entre ambos.

Aquí sostendremos que la retención de servidores públicos, tal y como la hemos definido, puede llegar a constituir un medio de protesta social. Sin negar sus posibles rasgos violentos -por lo demás comunes a cualquier protesta confrontacionista, como ya se ha dicho-, sostenemos que se trata de un muy particular fenómeno, de innegables implicaciones políticas, cuando quienes recurren a esa expresión pretenden con ello interpelar al poder público dado que otros medios menos lesivos resultan ineficaces para conseguir ese fin o les están vedados.

Si bien *prima facie* podría calificarse a la retención de servidores públicos como una expresión de protesta ilegítima por violenta, dado que conlleva la afectación de derechos de individuos concretos, este juicio no puede sino matizarse al examinar más detalladamente la cuestión. Para sostener esta posición, es fundamental reivindicar el carácter político inherente a esta expresión, pues precisamente son estas dimensiones las que invisibiliza el proceso de criminalización de la retención de servidores públicos y, muy particularmente, su equiparación al secuestro. Asimismo, es de primera importancia acometer el análisis de este fenómeno dejando de lado las distinciones tajantes entre las protestas violentas y las no violentas pues, como se ha visto, este abordaje suele resultar poco esclarecedor. Finalmente, es relevante también estudiar el fenómeno mediante categorías analíticas adecuadas, tomando distancia de los discursos que sobre el mismo suelen difundirse desde el poder público o desde los medios masivos de comunicación por la facilidad con que suelen distorsionar estos eventos.

La retención de servidores públicos es, desde esta lectura, una acción colectiva disruptiva orientada a detener y/o reclamar una acción o decisión ordenada por una autoridad política, en defensa de fines colectivos. Constituye, a nuestro juicio, una expresión de protesta confrontacionista pues si bien su puesta en práctica supone el despliegue de una conducta violenta, lesiva de derechos, ésta no es grave ni

premeditada ni sistemática. No es grave, pues a la par es breve y no involucra la afectación de la integridad física; tampoco es premeditada, pues se trata de situaciones en las que quienes retienen a los servidores públicos no han tenido ocasión de planear con antelación dicha acción sino que la misma es decidida en medio de la tensión que se hace patente en todo conflicto social; y, finalmente, tampoco es producto de un uso sistemático de la violencia, pues quienes ocasionalmente retienen a un funcionario no se dedican permanentemente a esa actividad ni la conciben como el primero entre los diversos medios para interpelar a la autoridad. Analizar desprejuiciadamente y con rigor estas dimensiones permite argumentar una cuestión que, siendo casi de sentido común, tiende a oscurecerse cuando existe un clima adverso para la protesta social: que no es equiparable la acción de un colectivo de personas que retiene por un breve lapso de tiempo a un servidor público al cabo de una negociación fallida con la acción que lleva a cabo, por ejemplo, una organización criminal dedicada al secuestro para satisfacer fines estrictamente monetarios o una organización clandestina que realiza esa acción con fines políticos. Se trata de fenómenos diferenciables entre sí a partir de las dimensiones de gravedad, premeditación y sistematicidad.

Por otra parte, incluso partiendo de un examen como el que propone Gloppen, es dable catalogar a la retención de servidores públicos como una forma de protesta social. Su motivación es ajena a la obtención de lucro; las circunstancias en que se comete, están marcadas por la agitación social; sus manifiestas pretensiones están relacionadas comúnmente con la reivindicación de un derecho violado; las afectaciones que genera son menores; y finalmente existe una relativa proporcionalidad, o al menos una falta de notoria desmesura, entre la acción y el objetivo perseguido con la retención. Estas dimensiones confluyen para que sea posible sostener que estamos ante una expresión de protesta y no ante un acto de espontaneísmo violento.

Lo dicho hasta aquí puede constatarse en algunos de los casos relacionados con este fenómeno que han impactado la opinión pública, a los que se ha hecho referencia a lo largo de esta tesina. Cuando se miran a detalle cada una de esas situaciones, se constata que en algunos casos la retención de servidores públicos fue consecuencia de que estos flagrantemente incurrieron en abusos en contra de la

población violando los derechos civiles de las personas, como en el caso de las mujeres ñhañhü de Querétaro; o bien derivó de la reiterada insatisfacción de derechos sociales en el marco de negociaciones que auspiciaron las propias autoridades, como en los casos de San Salvador Atenco y Campeche. En cada una de estas situaciones, además, quienes realizaron las retenciones son personas que enfrentan condiciones de suma precariedad y negación de derechos, no distantes de la situación de “pobreza legal” a la que alude O’Donnell o que viven en las regiones que el mismo autor llama “zonas marrón”. Además, en dichos casos la retención de los servidores públicos constituía un medio expresivo para interpelar a autoridades de más alto rango a efecto de que atendieran una problemática negligentemente tratada. La retención no era un fin en sí sino que debió ser adoptada como medio para entablar una interlocución política hasta entonces negada.

Cualquiera que sea la perspectiva que se adopte, lo que parece incuestionable es que bajo determinados supuestos la retención de servidores públicos es una expresión de protesta social en los términos en que ésta es concebida por Favela Gavia (2006). Eso, sin embargo, no responde la pregunta de investigación que nos hemos propuesto contestar: que la retención de servidores públicos sea una expresión de protesta nada dice sobre la legitimidad o ilegitimidad de que se le persiga penalmente. A dilucidar esta cuestión dedicaremos el siguiente apartado, recuperando ahí las categorías que hemos explorado sobre la naturaleza de la protesta social y su sitio en las democracias deficitarias.

Capítulo III

La persecución penal de servidores públicos, ¿Ilegítima criminalización de la protesta social?

En el Capítulo I caracterizamos descriptivamente a la retención de servidores públicos en contextos de descontento así como al proceso de criminalización con que se le suele reprochar en México. Después, en el Capítulo II, establecimos que ésta puede ser considerada un medio de protesta social bajo determinadas consideraciones. Hecho lo anterior, en el presente Capítulo indagaremos si la persecución penal de la retención de servidores públicos, caracterizada ésta en los términos propuestos al inicio de este trabajo y entendida como una manifestación de política confrontacionista, constituye un supuesto de criminalización ilegítima de la protesta social.

Para hacer esa revisión acudiremos en el primer apartado a los abordajes críticos que sea han enderezado en contra de la criminalización de la protesta social desde el constitucionalismo, así como a los que pueden construirse desde una concepción garantista del derecho penal. Posteriormente, en el segundo apartado aplicaremos este marco para argumentar que la persecución penal de la retención de servidores públicos puede devenir en determinados contextos un supuesto de criminalización ilegítima de la protesta social.

Antes, conviene precisar aquí lo que entenderemos por criminalización de la protesta social. El Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina (CELS) propone definir este fenómeno como “la selección estatal de un acto de protesta como ilícito penal, cuando esta selección se realiza en infracción a aquellos principios del poder penal del Estado [...] constituye un supuesto de ‘criminalización ilegítima’ o de ‘criminalización de la protesta’” (2003:48). Por nuestra parte, asumiendo que la criminalización es un proceso y retomando también la definición Favela Gavia (2006), entenderemos por criminalización ilegítima de la protesta social: *el proceso mediante el cual determinadas acciones colectivas disruptivas son tipificadas como delitos por la ley para luego ser investigadas, perseguidas, juzgadas y/o sancionadas selectivamente en el ámbito penal, en perjuicio de una*

persona o grupo de personas, mediante procedimientos que infringen uno o varios de los principios a los que debe sujetarse el poder punitivo en un Estado Constitucional de Derecho.

1. Crítica de la criminalización de la protesta social.

En contra del tratamiento criminalizante de la protesta social pueden construirse argumentos desde diversas perspectivas teóricas. En este apartado, nos concentraremos en dos que son de especial relevancia para los fines de esta tesina. En primer lugar, sintetizaremos algunos argumentos en contra de la criminalización de la protesta provenientes del constitucionalismo contemporáneo. En segundo lugar, buscaremos retomar otros argumentos complementarios a partir del paradigma garantista del derecho penal.

1.1 Argumentos contra la criminalización de la protesta social desde el constitucionalismo.

Partiremos revisando algunos planteamientos críticos que frente a la criminalización de la protesta social se han enarbolado desde el constitucionalismo. Particularmente, nos centraremos en la obra de dos autores que pueden ser ubicados dentro de esta perspectiva teórica: Roberto Gargarella y Gerardo Pisarello.

Roberto Gargarella ha incursionado, con su obra, en diversos ámbitos del debate contemporáneo sobre la Democracia, el derecho y los derechos humanos. En este apartado, únicamente nos centraremos en sus planteamientos sobre protesta y derecho, desarrollados en textos como *El derecho a la protesta. El primer derecho* (2005a), *El derecho a resistir el derecho* (2005b), *Carta abierta sobre la tolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta* (2006), y *De la injusticia penal a la justicia social* (2008).

El punto de partida de Gargarella se sitúa en la defensa de una concepción deliberativa de la democracia. Para el autor, democracia deliberativa es aquella que “[...] parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo sino que tratan a todos con

igual consideración” (1996: 157 – 158), mediante procesos amplios de discusión pública, colectiva y argumentada. En la democracia deliberativa, sostiene Gargarella: “i) *todos los potencialmente afectados* por una cierta norma, intervienen en su creación; ii) el proceso de toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza fundamentalmente por una *amplia discusión colectiva*; iii) organizada bajo condiciones de *igualdad*”. (2008:55).

La defensa de este modelo democrático enmarca la reflexión de Gargarella sobre la protesta pues según el autor: “[...] La discusión sobre cómo pensamos la democracia siempre se encuentra presente cuando hablamos de los modos de reacción que le corresponden al derecho, frente a la protesta y a la participación social”. (2005a:60)

Desde estas premisas, Gargarella ha dedicado varias obras a analizar la relación entre protesta y derecho (2005, 2005b, 2006, 2008), mediante la óptica del derecho constitucional. Por esa particular perspectiva, sus trabajos se han centrado en caracterizar la protesta como un derecho primigenio, con plena entidad autónoma, cuyo ejercicio contribuye a la plena vigencia de otros derechos fundamentales.

Gargarella considera que la protesta es “el primer derecho”. Entendida así, la protesta constituye un derecho primigenio no en cuanto a su preeminencia axiológica sino en cuanto a su valor instrumental, pues su ejercicio posibilita el goce de otros derechos cuando éstos son negados o incumplidos. En este sentido, sostiene: “El derecho debe dar especial protección a quienes reclaman por ser tratados como iguales, es decir, debe proteger en lugar de acallar a la protesta. El derecho a protestar aparece así, en un sentido importante al menos, como el primer derecho: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos”. (2005a:19).

A partir de esta posición, Gargarella ha defendido el pleno carácter jurídico del derecho a protestar; ha analizado fallos judiciales que lo protegen o limitan; e incluso, en una formulación más específica, ha reconstruido el pensamiento jurídico en torno al derecho de los grupos más desaventajados a resistir el derecho en contextos de lo que denomina “alienación legal” (2005b): situaciones en donde el derecho sirve a propósitos ajenos a los que justifican su existencia y se torna, en sí mismo, una fuente de opresión.

Para los fines de este trabajo, interesa especialmente la defensa que el autor ha efectuado respecto de la protesta como medio de expresión política de los sectores más marginados. A partir de una serie de intervenciones en el debate público y académico sobre la reacción estatal frente a un específico método de protesta empleado reiteradamente por algunos sectores excluidos de la Argentina -los “cortes de ruta” o bloqueos de vialidades-, Gargarella ha ido articulando argumentos favorables a la tutela de esas expresiones de protesta y, consecuentemente, contrarios a su persecución y sanción penal.

Entre las razones que dan sustento a su posición, Gargarella enfatiza que en muchas ocasiones la protesta social constituye el único mecanismo disponible para que los grupos más desaventajados hagan oír reclamos legítimos por el incumplimiento de sus derechos básicos; es decir, sostiene que el derecho a protestar funge como un derecho cuyo ejercicio permite recuperar otros derechos negados. En principio, ello debería bastar para tutelar las demostraciones públicas de descontento dado que su supresión implicaría una disminución de la calidad de la democracia. Así, coincidiendo con O’Donnell, advierte el autor: “una democracia representativa no puede convivir con la exclusión sistemática de ciertas voces, y mucho menos con la marginación de voces que tienen mensajes muy importantes que transmitir” (Gargarella 2005a: 61).

Esta convicción ha llevado a Gargarella a acudir a tradiciones jurídicas como la norteamericana, donde la tutela de las expresiones de protesta se ha estructurado a partir del ensanchamiento del contenido y los alcances de la libertad de expresión. De este modo, recurre por ejemplo a las posiciones defendidas en su momento por el Juez Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos para argumentar que las expresiones de protesta pueden ser vistas como ejercicios calificados de la libertad de expresión y del derecho de petición -poco ortodoxos si se quiere pero indudablemente legítimos- a los que se ven orillados a recurrir aquellos sectores con poco o nulo acceso a los medios convencionales de difusión y circulación de ideas. De esta misma línea de pensamiento, recupera Gargarella la idea de que al decidirse en sede judicial sobre la tutela o sanción de una determinada modalidad de protesta, se vuelve necesaria una ponderación sumamente cuidadosa a efecto de no restringir indebidamente la libertad de expresión. Explica Gargarella:

“Brennan sostuvo que ‘los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica [para expresar sus ideas] a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos’. Brennan no pretendía, con su propuesta, dar una ‘carta blanca’ a cualquier tipo de protesta social. Lo que le interesaba, por el contrario, era marcar cuáles debían ser las prioridades de la decisión judicial en casos tan difíciles como los referidos: la primera inclinación de los jueces –sostenía– debía ser la de proteger las voces de los grupos que tenían dificultades para expresar públicamente sus reclamos.” (2005a:185).

Gargarella lleva estas mismas consideraciones al análisis de algunas formas de protesta particularmente disruptivas o confrontacionistas, cuya vocación democrática suele ponerse en tela de duda al ser tachadas como violentas. Aun en estos casos, explica el autor, quienes desde el análisis o la función pública se enfrentan a tales fenómenos deberían hacer un esfuerzo por comprender el mensaje que comunican, acaso toscamente, esas expresiones. Sobre todo tratándose de quienes prestan servicio público en las instancias del sistema de procuración y administración de justicia. Como señala el autor:

“se debería hacer el esfuerzo por preservar el componente expresivo de estas acciones, en la medida en que ello fuese posible [...] el hecho de que estos actos provocativos, disruptivos e incluso violentos (sean verbales o no), pueden también estar -como frecuentemente lo están- dirigidos a llamar la atención pública con respecto a un tema que ha sido descuidado por el resto de la sociedad y por el gobierno en particular” (2008: 181).

Por estos motivos, y porque además en otras obras ha señalado que el reproche penal carcelario en nuestras sociedades es “ineficiente, inmoral e irracional” (2008:18), Gargarella ha dirigido una parte importante de sus escritos sobre protesta y derecho a criticar y cuestionar la persecución penal de expresiones de descontento, incluso cuando éstas comportan algún grado de violencia. Para Gargarella, la respuesta exclusivamente penal por parte del Estado en estas situaciones implica “responder golpe con golpe” (2006:36) y supone interpretar los conflictos que involucran derechos fundamentales a través del prisma de la legislación penal y no de la Constitución (2005a:75). Pero además, para el autor la persecución penal de las expresiones de protesta entraña un alejamiento significativo de uno de los principios

que acotan el poder punitivo estatal según el cual, como veremos más adelante, el derecho penal sólo puede aplicarse como último recurso sancionatorio. Gargarella ha señalado que en situaciones de conflicto social:

“ [...] el Estado puede ofrecer soluciones concretas, tratar de acercar a las partes de un conflicto, convertirse en mediador, proponer formas de conciliación y reparación. Y si el Estado quisiera ir más allá de tales remedios, para reprochar algunas de las conductas aparecidas en el conflicto, él podría optar, otra vez, por alguna de entre las muchas herramientas posibles con las que cuenta para ejercer un reproche. Podría, por ejemplo, fijar multas u otro tipo de sanciones económicas, disponer formas de trabajo comunitario, establecer formas de vigilancia domiciliaria [...] es decir, el Estado tiene cantidad de caminos por recorrer antes de llegar a la sanción penal carcelaria, que es, en principio, la más brutal y grave de las respuestas que tiene a la mano” (Gargarella 2006:36).

Bajo esta misma lógica, destaca que resulta injusto tratar como crímenes las infracciones al derecho verificadas en contextos de protesta cuando “muchas de tales violaciones representen reacciones comprensibles y atendibles producidas por ciertos grupos frente a un derecho que los ignora o margina indebidamente [... El] énfasis en la aplicación inflexible del derecho no resulta sino un acto de extraordinario dogmatismo -una pura injusticia- que termina por poner al derecho cabeza abajo” (2005:206).

Un modo distinto de pensar la relación entre protesta y derecho puede encontrarse en la obra de Gerardo Pisarello. El autor, desarrollando los presupuestos delineados por Luigi Ferrajoli, propone entender la protesta social como una garantía extrainstitucional de los derechos fundamentales.

El modelo normativo del derecho que propone Ferrajoli, al que nos referiremos más adelante, concibe a éste como un verdadero “sistema de garantías” (Ferrajoli 2004). Este abordaje permite señalar la ausencia de mecanismos de tutela de los derechos como una deficiencia atribuible a la deficiente actividad legislativa o administrativa, sin que ello conlleve poner en tela de duda la existencia misma del derecho.

En este sentido, la propuesta de Ferrajoli resulta particularmente atractiva para revisar críticamente el estado que guardan las garantías de algunos derechos cuya efectividad suele ser menor dado el poco desarrollo de los mecanismos destinados a

afianzar su cumplimiento. Así, autores como Abramovich y Courtis (2006) -o el mismo Pisarello (2007)- han tomado como referencia el modelo de Ferrajoli para reconceptualizar las garantías de los derechos sociales; en contra de la concepción tradicional de las garantías que las ubica sólo en la esfera de la actividad jurisdiccional, esta corriente de pensamiento las extiende a otras esferas en donde se puede actuar o incidir para asegurar el cumplimiento de un determinado derecho.

Los autores citados distinguen entre garantías institucionales y garantías extrainstitucionales. Las primeras, a su vez, las dividen en garantías políticas y garantías jurisdiccionales. Para Abramovich y Courtis, “las garantías políticas de los derechos están relacionadas con aquellos instrumentos o mecanismos de resguardo que se ponen a cargo de los poderes políticos” (Abramovich y Courtis 2006: 67). En otras palabras, se trata de las técnicas de tutela de los derechos que se sitúan en la esfera de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Por su parte, las garantías institucionales jurisdiccionales son “garantías secundarias, destinadas a permitir que un poder independiente de los sujetos –públicos y privados- obligados por los derechos [...] considere denuncias de incumplimiento de esas obligaciones y, dado el caso, obligue a su cumplimiento y establezca reparaciones o sanciones” (Abramovich y Courtis 2006: 79). Finalmente, en cuanto a las garantías extrainstitucionales, Abramovich y Courtis sostienen que éstas “son instrumentos de defensa o tutela de los derechos que dependen directamente de sus titulares. La activación de estos instrumentos de garantía importa por ende la propia iniciativa de los ciudadanos, y no está subordinada a la actuación de los poderes públicos” (2006: 84).

Bajo este último rubro se agrupan las técnicas suplementarias para afianzar el cumplimiento de los derechos que no recaen en las autoridades formales. Vázquez (S/F) encuentra seis particularidades en estos mecanismos: 1) son los titulares de estos derechos quienes los reivindican sin que haya intermediarios entre ellos y el Estado; 2) los sujetos se apropian del derecho y lo ejercen como suyo; 3) implican la apertura de canales de participación heterodoxos; 4) llevan el conflicto a un terreno extrajurídico; 5) propician formas creativas de exigibilidad; y, 6) desencadenan una presión que puede, de modo indirecto, terminar dotando al derecho de la efectividad que le hacía falta.

Este enfoque supone pensar que la garantía de los derechos puede ponerse en manos de los propios titulares que actúan para revertir situaciones fácticas marcadas por la denegación de derechos. Entre otras acciones, son garantías extrainstitucionales de derechos: la participación en la esfera pública, las acciones de autotutela y las expresiones de protesta. Justamente, en este punto, es donde Pisarello aporta algunos desarrollos que interesan a los fines de la presente tesina.

Gerardo Pisarello (2002) ha señalado que el fortalecimiento del “Estado de Derecho” -entendido como Estado *Constitucional* de Derecho, es decir como un Estado donde los principios constitucionales privan sobre la mera legalidad de la normatividad secundaria- no ocurrirá, en esta región latinoamericana, sólo a partir de reformas legales y políticas institucionales. En opinión de este tratadista:

“más allá de las técnicas (como el constitucionalismo) que puedan idear para protegerse, las sociedades no cuentan al final con otra garantía que consigo mismas. Sólo esa permanente voz de alerta, emitida desde los más diversos intersticios del tejido social, puede despertar a América Latina de la pesadilla de la arbitrariedad y el atropello y obligarla a reemprender, con un sentido más humano, el noble sueño de un Estado social y democrático de derecho al servicio de todos los hombres y mujeres que la habitan” (Pisarello 2002: 298).

Así, junto con autores como los ya citados Abramovich y Curtis, Pisarello ha defendido una concepción ampliada de las garantías de los derechos, que desde luego incluye a las denominadas garantías extrainstitucionales. Respecto de las garantías extrainstitucionales, a las que también ha denominado garantías sociales autónomas, Pisarello (2007) ha precisado que son éstos mecanismos de autotutela de los derechos que suelen activarse cuando se percibe que las garantías institucionales se encuentran bloqueadas o resultan insuficientes. Al respecto, afirma Pisarello:

“No hay derechos sin deberes, pero tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar. Así, aunque el papel de las garantías políticas y jurisdiccionales es esencial para dotar de eficacia a los derechos civiles, políticos y sociales, todo programa constitucional de garantías institucionales, por más exhaustiva que fuera, resultaría incompleto irrealista y en última instancia fútil sin la existencia de múltiples espacios de presión popular en condiciones de asegurarlos socialmente a través de los poderes estatales, pero también más allá del Estado y llegando el caso en su contra”. (Pisarello 2007:123).

La protesta social, para Pisarello, forma parte de las garantías extrainstitucionales que resultan imprescindibles para el cumplimiento completo de todo programa constitucional. Desde esta óptica, y a diferencia del planteamiento de Gargarella, el énfasis está puesto no tanto en reconstruir el derecho a protestar en términos de que éste sea el “primero de los derechos”, sino más bien en insistir en que la protesta se convierte en un mecanismo capaz de afianzar el cumplimiento de derechos negados cuando las garantías institucionales fallan o cuando el acceso a las mismas está cancelado para un sector de la población. A partir del modelo al que se adscribe Pisarello, la protesta vendría a ser la piedra de toque que clausura el sistema de las garantías llamadas a tutelar los derechos. Sobre ello, expresa el autor que:

“Precisamente por su estrecha conexión con el principio democrático, estas expresiones de protesta podrían concebirse como vías legítimas de defensa del principio del Estado social y democrático de derecho, así como de actualización, en general, de normas constitucionales e internacionales incumplidas de manera grave y sistemática” (2007:128).

Este análisis se extiende, en la obra de Pisarello, inclusive amparar modalidades de garantía extrainstitucional cuya legalidad podría ser cuestionada o abiertamente negada. De ahí que afirme que: “la utilización de mecanismos de protesta o de desobediencia *prima facie* ilegales podría reputarse, en casos de bloqueo de los medios de comunicación o de los canales institucionales de protesta, un supuesto protegido de disidencia o, si se prefiere, un ejercicio calificado del derecho de petición, de la libertad ideológica, o de la libertad de expresión” (2007:128).

Pisarello, como Gargarella, considera que el despliegue de las garantías extrainstitucionales puede generar tensiones. No obstante, el autor también argumenta en contra de que la respuesta estatal a tales fenómenos se realice sólo desde el reproche penal. Así, observa que cuando esto ocurre la sanción penal “acaba resultando un instrumento desproporcionado e inadecuado para abordar estos casos”. (2007:127). Y agrega que tales expresiones de protesta o desobediencia: “más que como actuaciones punibles [...] deberían verse como el ejercicio de derechos especialmente tutelados y preferentes en relación con otros” (2007:128). Por eso, concluye afirmando que cuando su ejercicio sea especialmente conflictivo o

disruptivo podría elegirse “la renuncia a la vía penal como mecanismo para resolver los conflictos suscitados, la opción por la vía civil o simplemente el archivo de las denuncias planteadas” (2007:128).

Para concluir este apartado, es preciso destacar que aunque Gargarella y Pisarello coinciden en asignar a la protesta un lugar preponderante como medio de expresión política, entre sus obras existen algunos diferendos que vale la pena explicitar. Así, comprender la protesta como el primero de los derechos o bien como una garantía extrainstitucional de los mismos implica asignar a ésta un carácter primigenio o subsidiario, según sea el caso, desde perspectivas que pueden ser hasta cierto punto antagónicas. Sin dejar de lado esta cuestión, lo cierto es que tanto en los planteamientos de Gargarella como en los de Pisarello se reconoce la relevancia y el carácter democrático de la protesta social como medio de expresión y participación. Precisamente por ello, ambos autores coinciden en afirmar que la persecución penal de quienes participan en expresiones de protesta puede fácilmente devenir ilegítima, al sancionar de un modo inadecuado lo que respectivamente consideran que es el ejercicio de un derecho o la garantía de otros derechos.

Éstas son las categorías que retomaremos de sus planteamientos: la concepción de la protesta como el primero de los derechos y como garantía extrainstitucional servirán para construir, en clave constitucionalista, la crítica de la criminalización de la retención de servidores públicos.

1.2 Argumentos contra la criminalización de la protesta social desde la concepción garantista del derecho penal.

En complemento a la crítica de la criminalización de la protesta social proveniente del constitucionalismo, también desde la concepción garantista del derecho penal pueden construirse argumentos en contra de este modo de sancionar la conflictividad social. Específicamente, dichas razones surgen al contrastar esta práctica con los principios a que debe sujetarse el ejercicio del poder punitivo estatal en un Estado Constitucional de Derecho. Para este fin, procederemos de manera análoga al Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina (2003), que realiza su análisis sobre la criminalización de la protesta social sometiendo a revisión esa práctica a partir de los principios rectores del poder punitivo estatal.

El paradigma garantista se ha desarrollado a partir de la obra del jurista italiano Luigi Ferrajoli (1995). Como la denominación indica, el garantismo es una escuela del pensamiento jurídico contemporáneo que asigna un lugar primordial a la reflexión sobre las garantías de los derechos. Para Ferrajoli, las garantías “no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (2004: 25).

Pero el garantismo no es sólo una renovada reflexión sobre las garantías de los derechos. De acuerdo con Gascón Arbellán, el término es empleado al menos en tres acepciones en la obra de Ferrajoli: “en la primera, designa un *modelo normativo de derecho* (el modelo del Estado de Derecho); en la segunda el garantismo es una *teoría jurídica* (la del iuspositivismo crítico como opuesta al iuspositivismo dogmático); y en la tercera el garantismo es una *filosofía política* (la que funda el Estado en el reconocimiento y la protección de los derechos)”. (2005:22).

Más precisamente, en el ámbito del derecho penal Ferrajoli ha sostenido que garantismo es sinónimo de derecho penal mínimo, entendiendo con ambas ideas “un modelo teórico y normativo del derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva -tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona” (2008:193). Estos límites no serían otros que las garantías penales sustanciales, que acotan el ámbito de lo que el poder legislativo puede ordenar que se castigue, y las garantías penales procesales, que reducen los márgenes de arbitrariedad en el procesamiento de una persona por parte de las instancias judiciales.

Desde la perspectiva garantista se sostiene que la fuerza desplegada por el Estado en el ejercicio de su poder punitivo debe sujetarse a algunos principios básicos. De acuerdo con Zaffaroni, que con algunos matices puede adscribirse a esta corriente, en materia penal los principios deben entenderse como “reglas de realización progresiva o principios inacabados” (2002:111) pues como señala: “ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta” (2002 :110).

Luigi Ferrajoli (1995) sistematiza y explica los diez principios rectores de la potestad punitiva estatal al referirse a los distintos modelos de derecho penal. En su obra, el modelo garantista sería aquél que se organiza en función de la tutela de todos y cada uno de estos principios mientras que los diversos modelos autoritarios estarían definidos, precisamente, por la carencia de garantías efectivas de alguno o algunos de estos principios. La obra de Ferrajoli reviste una complejidad mayor, pues en *Derecho y razón* (1995) la explicación de los principios está sujeta a una exposición rigurosamente lógica donde éstos son entendidos como axiomas “formulables todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales” (1995:91) ligados entre sí los unos con los otros, de los que a su vez se derivan otros tantos teoremas. Para no desviarnos de nuestro objetivo, tal complejidad será dejada de lado en esta tesina que sólo se concentrará en la enumeración de estos principios y su contenido.

De cualquier manera, es importante destacar que en el planteamiento de Ferrajoli, como en el de Zaffaroni (2002), los principios son conceptuados como proposiciones prescriptivas: “no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir” (1995:92). Además, para el autor los principios rectores del derecho penal no son condicionantes en presencia de los cuales es legítimo criminalizar a una persona sino que funcionan a la inversa; es decir, se trata de principios en cuya ausencia deviene ilegítimo el castigo. Explica al respecto Ferrajoli que cada uno de los principios enuncia: “una condición necesaria en ausencia de la cual *no* está permitido, o está prohibido, castigar. [...Su función] no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva” (1995:92). Debe mencionarse también que Ferrajoli entiende que al margen de los particulares marcos normativos y su respectivo estudio dogmático, los principios por él sistematizados son los propios del Estado Constitucional de Derecho. Es decir: “han sido ulteriormente incorporados, más o menos integra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados” (1995:93). A este respecto, no puede pasarse por alto que este planteamiento de Ferrajoli da por supuesto el paso del Estado de Derecho, caracterizado por la sujeción del ejercicio del poder político a la ley, al Estado Constitucional de Derecho, donde lo el rasgo definitivo es la sujeción de dicho ejercicio a la Constitución como fuente de normas y principios y ya no sólo a la mera

legalidad. Se trata de una distinción fundamental pues en el Estado Constitucional de Derecho el poder punitivo no sólo debe respetar las normas sustantivas y adjetivas contenidos en los códigos respectivos, sino también determinados principios emanados de la Constitución y, como es aceptado mayoritariamente en la doctrina, de los tratados internacionales de derechos humanos.

A partir de este marco, Ferrajoli agrupa los siguientes principios: 1) De retribución (*no hay pena sin delito*); 2) de legalidad (*no hay delito sin ley*); 3) de proporcionalidad (*no hay ley sin necesidad*); 4) de lesividad (*no hay necesidad sin ofensa*); 5) de materialidad de la acción (*no hay ofensa sin acción*); 6) de culpabilidad (*no hay acción sin culpa o dolo*); 7) de inocencia (*no hay culpa sin juicio*); 8) acusatorio (*no hay juicio sin acusación*); 9) de la carga estatal de la prueba (*no hay acusación sin prueba*); 10) del contradictorio (*no hay prueba sin defensa*).

En *Derecho y razón* (1995), Ferrajoli explica con detalle las implicaciones de cada uno de estos principios en tanto parte de un mismo sistema. Así, propone entender que los primeros tres principios establecen cuándo y cómo castigar; que los enlistados con los números cuatro, cinco y seis definen cuándo y cómo legislar en materia penal; y que los restantes, marcados aquí con los números siete, ocho, nueve y diez, señalan cuándo y cómo juzgar. Dada esa clasificación y teniendo en cuenta el objeto de esta tesina, centraremos nuestra atención en los principios de proporcionalidad y de lesividad.

Sobre el principio de proporcionalidad, postula Ferrajoli (1995) que su impronta es una de las características que el derecho penal ilustrado legó a la pena. La entiende como proporcionalidad entre las penas y la gravedad de los delitos y, por ende, la define como: “[...] el ajuste proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía a de los bienes y de los intereses elegidos por él como merecedores de tutela” (1995:392). Para el autor en cita, la relación natural y obvia entre un delito y la pena que a su comisión se asocia demanda: “[...] que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro”. (1995:398). Es decir, la proporcionalidad debe ser observada tanto por el legislador (*predeterminación legal de la pena*) como por el juzgador (*determinación legal de la pena*) e incluso por las instancias administrativas que

intervengan en la dilucidación de la duración efectiva de la pena en lo tocante a su ejecución (*post – determinación*). La gravedad del delito, en tanto que es un elemento determinante para establecer la proporcionalidad entre delito y pena, debe medirse considerando tanto la magnitud del daño como el grado de culpabilidad de la persona imputada (1995:392).

Zaffaroni complementa con el adjetivo “mínima” a la proporcionalidad por considerar que jamás es alcanzada por las agencias estatales dada la irracionalidad inherente a la pena carcelaria. Señala este autor que:

“La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado. A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión” (2002:130).

En cuanto al principio de lesividad, de él se desprende según Ferrajoli (1995) el que sólo puedan reprocharse penalmente las conductas que afecten a terceros y que además sean graves. Como advierte: “la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones” (1995:465). En el ámbito del derecho penal, los efectos lesivos que como resultado debe causar el delito para ser tal están asociados con la lesión de un bien jurídico tutelado por el ordenamiento: “la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito” (1995:471). Aludir a esta noción en el estudio del principio de lesividad permite revisar algunos supuestos en los que la norma penal y consecuentemente la acción criminalizante fundada en ella devienen ilegítimas atendiendo “no sólo a la irrelevancia o evanescencia del bien tutelado sino también [a] la desproporción con las penas previstas, la posibilidad de una mejor protección con medios no penales, la inidoneidad de las penas para lograr una tutela eficaz, o, incluso, la ausencia de lesión efectiva a causa del comportamiento prohibido” (1995:471). En adición a lo

anterior, Ferrajoli señala que un criterio pertinente para justificar una prohibición penal estriba en que ésta se dirija a impedir ataques a bienes tan relevantes como los derechos fundamentales o el interés colectivo aunque señala al tiempo que “[...] debe tratarse de un daño o de un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerando en abstracto sólo el contenido de la prohibición” (1995:472).

Sobre el principio de lesividad, Zaffaroni advierte que “ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo” (2002:127). Pero, además, el autor enfatiza que dicho principio supone también que la afectación al bien jurídico sea significativa pues siempre subsiste el riesgo, acentuado por la confusión entre las nociones de bien jurídico afectado y bien jurídico tutelado, de que el principio de lesividad se torne ilusorio cuando se permite “la punición de afectaciones muy lejanas e hipotéticas [...] así como] intervenciones muy desproporcionadas con la afectación (se inventa una enorme necesidad tutelar aunque la afectación sea insignificante) y hasta crear bienes jurídicos inexistentes” (2002:129). En tales supuestos, explica Zaffaroni, la voluntad estatal termina decidiendo arbitraria y autoritariamente la necesidad y la intensidad de la intervención punitiva orientada a la tutela de ese bien jurídico, lesionado sólo de forma hipotética o insignificante.

Como enfatiza Ferrajoli, en ausencia de estos principios la intervención estatal punitiva pierde legitimidad. Para nuestro análisis, serán los principios de lesividad y proporcionalidad los que nos permitirán una aproximación crítica a la persecución penal de la retención de servidores públicos.

2. La persecución penal de la retención de servidores públicos como ilegítima criminalización de la protesta social: elementos para la reflexión

Asumiendo que la retención de servidores públicos puede considerarse una expresión de protesta plausible en democracias representativas deficitarias como las prevalecientes en Latinoamérica, enseguida discutiremos si existen razones para concluir que su criminalización deviene ilegítima en tales contextos a partir de las perspectivas críticas que emergen tanto del constitucionalismo como del paradigma

garantista del derecho penal. Abordar de manera diferenciada ambos problemas resulta útil pues como ya se ha sugerido catalogar como protesta social una determinada acción colectiva no necesariamente implica que el proceso mediante el cual ésta es criminalizada carezca siempre de legitimidad pues es dable pensar en casos donde la protesta social podría ser legítimamente perseguida y sancionada por las instancias penales (CELS : 2003)

Como quedó establecido en el acápite precedente, es posible señalar los vicios de legitimación que suelen acarrear los procesos de criminalización de la protesta tanto desde los parámetros del constitucionalismo como desde la concepción garantista del derecho penal. Para reflexionar en torno a la persecución y sanción penal de la retención de servidores públicos, aquí procederemos de un modo inverso al que seguimos en la exposición que hemos hecho. De este modo, primeramente abordaremos críticamente este proceso de criminalización desde la mirada del derecho penal garantista y sólo será en un segundo momento cuando recuperaremos las nociones que surgen de las posturas que enarbolan constitucionalistas como Pisarello y Gargarella. Al hacer esto último, conectaremos la discusión con las ideas de Guillermo O'Donnell sobre las democracias deficitarias. De ese modo, redondearemos el análisis de la criminalización de la retención de servidores públicos, poniendo en juego la totalidad de los conceptos que hemos ido extrayendo de las obras revisadas a lo largo de la tesina.

Los principios sustantivos y procesales del derecho penal, como se ha dicho invocando a Ferrajoli (1995), actúan como condiciones sin las cuales el ejercicio de la potestad punitiva estatal pierde legitimidad en el Estado Constitucional de Derecho, que no es ya -como Ferrajoli insiste en destacar- el Estado de mera legalidad. Así, el proceso de criminalización de una expresión de protesta será ilegítimo cuando en el decurso de las fases del mismo se incumpla alguno de estos principios. En consecuencia, el examen que enseguida realizaremos de la criminalización de la retención de servidores públicos desde el punto de vista del derecho penal garantista, exigirá contrastar este proceso criminalizante con las exigencias derivadas de algunos de estos principios; específicamente, como ya adelantamos, nos detendremos en dos de ellos: los principios de *proporcionalidad* y *lesividad*.

Para no distraernos de los fines perseguidos por esta investigación, al acudir a los principios sustantivos de derecho penal prescindiremos de discutir si esos principios han sido debidamente incorporados en el ordenamiento jurídico mexicano, si están constitucionalizados en el mismo o si se encuentran plenamente garantizados ahí; así, privilegiaremos para el análisis que llevaremos a cabo el carácter preceptivo que les asigna Ferrajoli (1995) dejando para otro momento la ubicación precisa de los mismos en el contexto normativo mexicano y la discusión sobre su efectividad. Del mismo modo emplearemos la noción de “Estado Constitucional de Derecho”. No se alude a ella porque se postule que el Estado mexicano encuadre en esta noción, sino porque se trata de un referente normativo útil para ser usado como parámetro en esta discusión.

Como ya se apuntó anteriormente, tanto Ferrajoli (1995) como Zaffaroni (2002) señalan que el principio de proporcionalidad obliga a que la afectación de derechos que sobre la persona del imputado implica el ejercicio de la potestad punitiva estatal conserve una proporcionalidad mínima con la magnitud de la lesión que el delito haya provocado.

En torno a la lesividad, ambos autores coinciden en que la criminalización de un individuo está supeditada a que quede demostrado que su conducta afectó realmente un bien jurídico. Asimismo, tanto Ferrajoli como Zaffaroni postulan que este principio se debe erigir como un verdadero límite a la persecución y sanción penal de afectaciones muy lejanas e hipotéticas al bien jurídico tutelado, e incluso impedir intervenciones desproporcionadas encaminadas a castigar afectaciones insignificantes a esos bienes.

Ahora bien, a nuestro juicio, la infracción de los principios de lesividad y proporcionalidad es una de las fuentes de deslegitimación del proceso de criminalización de la retención de servidores públicos tal y como éste se presenta en México. Esa consideración, pensamos, alcanza al proceso criminalizante que equipara tales retenciones al secuestro, lo mismo que a los procesos que las persiguen y sancionan encuadrándolas dentro del tipo penal de la privación ilegal de la libertad.

Desde los parámetros garantistas, los diversos procesos mediante los cuales hoy en día se criminalizan las retenciones de servidores públicos en contextos de

protesta, carecen de legitimidad por atentar contra los principios de lesividad y proporcionalidad a los que debe sujetarse el ejercicio del poder punitivo oficial en un Estado Constitucional de Derecho.

Respecto de la infracción del principio de proporcionalidad, ésta es sobre todo evidente en la equiparación de la retención de servidores públicos al secuestro, al menos en dos niveles que atañen a la fase primaria de la criminalización. En primer término, la equiparación normativa de dos conductas hasta cierto punto análogas pero divergentes en sus fines y absolutamente diferenciables en cuanto al daño causado y el grado de responsabilidad de quienes la cometen, atenta contra este principio pues no se aviene con el mismo la pretensión del legislador de dar un trato igual a conductas tan disímiles. Pero es sobre todo en la relación entre delito y pena donde la carencia de proporción sale a relucir. En efecto, incluso suponiendo que la retención de los servidores sea punible es inconcebible que se le pretenda asignar las penas privativas de la libertad más gravosas que, precisamente, están reservadas para delitos que provocan un generalizado repudio social como el secuestro. Consecuentemente, no hay una mínima proporcionalidad entre la restricción temporal de la libertad de un servidor público y la pena que en numerosos códigos se asocia a esta conducta, cuando se le equipara al secuestro.

Por lo que hace al incumplimiento del principio de lesividad, se verifica tanto en la acción criminalizante que equipara las retenciones de servidores públicos a los secuestros, como en la que las persigue y sanciona por concebirlas como privaciones ilegales de la libertad. Este aserto requiere una argumentación más extensa pues la infracción al principio en cuestión no es tan burda como el incumplimiento del principio de proporcionalidad. Para considerar que el principio de lesividad es quebrantado cuando se persigue penalmente la retención de servidores públicos se requiere volver a los planteamientos de Zaffaroni (2002) según los cuales la punición de una conducta sólo es legítima cuando ésta ha resultado en una lesión efectiva, real y severa de un bien jurídico tutelado por una norma penal.

Existen bienes jurídicos cuya propia naturaleza presupone que toda afectación sea significativa. La vida como bien jurídico, tutelado por las normas penales que proscriben el homicidio, no permite -obviamente- gradaciones al momento de determinar si ha sido o no afectada. En cambio, un bien jurídico fundamental como

la integridad personal sí puede ser lesionado de diversos modos, más o menos severos; justamente a causa de ello la legislación penal distingue entre diversos tipos de lesiones, discernibles en atención a su gravedad.

La libertad ambulatoria, como bien jurídico tutelado por las normas que proscriben el secuestro y más en general la privación ilegal de la libertad en sus distintas modalidades, es susceptible de ser afectada con grados diversos de severidad. Así, retener por un breve lapso de tiempo a un servidor público en el marco de una protesta representa una lesión relativamente insignificante de este bien jurídico, que no necesariamente tendría que desembocar en la criminalización de quien la lleva a cabo.

Para considerarlo así es imprescindible dejar de lado las construcciones ideológicas en torno al derecho a la libertad, frecuentes en el discurso jurídico predominante, donde muy a menudo éste aparece como un derecho intocable y absoluto. En la retención de servidores públicos no se vulnera la libertad, entendida así abstractamente, sino que se afecta muy puntualmente y por un período breve es el derecho a la libertad ambulatoria de uno o varios servidores públicos. Al margen de las construcciones discursivas, lo cierto es que ese derecho no es tan absoluto en nuestro ordenamiento jurídico ni recibe una tutela sistemática y congruente, como lo evidencian realidades tan recurrentes como la existencia de retenes, la duración excesiva de la prisión preventiva, los amplios lapsos de tiempo en que una persona puede permanecer ante una autoridad administrativa sin ser consignado ante los tribunales, etcétera. Supuestos todos estos que, por cierto, lejos están de ser objeto de reproche penal en México.

Al margen de lo anterior y retomando el hilo de la argumentación, no negamos en este trabajo que la retención estudiada comporta una afectación al derecho a la libertad ambulatoria de individuos concretos; e incluso, como se ha dicho, de la integridad personal en su dimensión psíquica. Pero, en contrapartida, afirmamos que cuando esa afectación es nimia el reproche penal puede violentar el principio de lesividad, pues el bien jurídico no es lesionado severamente: la gravedad del hecho, atendiendo a factores como la duración temporal de la acción y la ausencia de lesiones, objetivamente es menor.

En adición a lo que se ha señalado hasta aquí, es importante mencionar en esta reflexión que la persecución penal de la retención de servidores públicos tampoco se aviene bien con la naturaleza *ultima ratio* que debería tener el derecho penal. Ésta, derivada de los principios rectores del poder punitivo en el Estado Constitucional de Derecho y del modelo garantista del derecho penal mínimo, supone que la intervención punitiva sea el último recurso del que echen mano las autoridades estatales para dirimir los conflictos sociales que se presenten. Por ende, de acuerdo con esta perspectiva, siempre que un conflicto social pueda ser solucionado o procesado mediante intervenciones menos gravosas que las que representan el derecho y las instituciones penales, deben privilegiarse estos cauces. Ello en razón de que, como ningún otro ámbito de la acción estatal, el del derecho penal significa la puesta en juego de la fuerza coercitiva del estado en su manifestación más brutal y onerosa para las personas.

En el caso de la retención de servidores públicos, si esta finaliza al poco tiempo de haber iniciado y si la protesta que dio pie a su realización ha comenzado a ser atendida y procesada por las instancias competentes a través de mecanismos formales o informales de interlocución política, no es razonable que el Estado recurra a los mecanismos punitivos del derecho penal. Tal pretensión difícilmente puede perseguir una finalidad compatible con las que deben guiar la actuación de las instituciones de procuración y administración de justicia en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Cuando ello sucede, no puede sino pensarse que el Estado, parafraseando a Gargarella (2008), está respondiendo un golpe leve con un golpe desmedido.

La sujeción a los principios sustantivos y procesales del derecho penal así como la búsqueda de alternativas a la reacción punitiva han sido parte de las recomendaciones que han formulado diversos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos cuando han abordado la difícil relación entre protesta y derecho. Así, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas del Sistema ONU, James Anaya ha señalado que:

“si bien [se] reconoce la necesidad de que se preserve el orden público y que se investigue y sancione a los responsables de delitos y/o violaciones de derechos humanos, el recurso o utilización de la vía penal no debería ser la vía ordinaria para abordar la conflictividad y protesta social, sino que debería ser el último recurso aplicable (ultima ratio) y debería estar estrictamente limitado al principio de necesidad social imperiosa en una sociedad democrática”. (2009:párr.39)

En un planteo parecido, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho:

“[...L]a libertad de expresión no es un derecho absoluto. Es cierto que su ejercicio puede ser abusivo y causar daños individuales y colectivos importantes. Pero también es verdad que las restricciones desproporcionadas terminan generando un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas” (2009:197).

A partir de una posición garantista, el reproche penal no llega a configurarse como una reacción adecuada frente a la protesta social que toma la forma de la retención de servidores públicos. Ésta podría quedar exenta de persecución y sanción penal atendiendo a que su criminalización infringe principios sustantivos de derecho penal; a que torna visibles conflictos que pueden y deben tratarse mediante otro tipo de intervenciones.

Más allá de la argumentación basada en el derecho penal, la criminalización de la retención de servidores públicos, tal y como tiene lugar hoy en día, suscita múltiples problemas en lo tocante a su compatibilidad con el fortalecimiento de la democracia, desde una mirada como la que propondrían constitucionalistas como Gargarella o Pisarello. Este punto de vista resulta relevante pues parafraseando un aserto reiterado por Gargarella (2005a), las tensiones entre protesta social y derecho no deben interpretarse sólo a través de los códigos penales sino, fundamentalmente, por medio de las constituciones.

Para Gargarella, privilegiar la reflexión sobre la protesta desde los parámetros de la Constitución es una consecuencia de tomar en serio la supremacía de ésta. Incluso análisis que enarbolan posiciones contrarias a la persecución penal de la protesta a partir de argumentos provenientes de una concepción garantista del

derecho penal, son criticados por Gargarella dado que pasan por alt esa jerarquización: “la mirada penal sobre el derecho constitucional resulta utilizada de modo muy habitual, tanto en las frecuentes condenas a los sujetos de la protesta política y social, como en las más excepcionales ocasiones en que se procuró protegerla [...]” (2005:75). Tal proceder, según el autor, iría en demérito tanto de la preeminencia argumentativa del razonamiento constitucional como de la primacía jerárquica de las normas y los principios emanados de la Constitución.

A partir de estas consideraciones, cabe aquí preguntar si en adición a los argumentos provenientes del garantismo penal existen otros de raigambre constitucional y de carácter más sustantivo que abonen a cuestionar la legitimidad e idoneidad de la persecución y sanción penal de la retención de servidores públicos.

La respuesta no es sencilla. Por un lado, apelar a las conceptualizaciones que desde el constitucionalismo se han generado para criticar la criminalización de la protesta social puede resultar insuficiente ante un fenómeno social como la retención de servidores públicos dado que algunos de estos discursos se han construido sobre presupuestos aplicables a expresiones de protesta que, constituyendo claros ejercicios de derechos fundamentales como la libertad de expresión, afectan derechos patrimoniales o bienes jurídicos secundarios. Tal es el caso, por ejemplo, de muchos de los sugerentes planteamientos a través de los cuales Gargarella (2005a) reflexiona sobre los bloqueos de carreteras y otras vías de comunicación. En este sentido, es conceptualmente difícil encuadrar la retención de servidores públicos como un ejercicio amparado bajo la libertad de expresión, lo mismo que trazar una analogía entre la afectación a la libertad ambulatoria de un servidor público que es retenido por una colectividad con la restricción a la libertad de tránsito de sujetos indeterminados que se ven impedidos de trasladarse de un punto a otro por un bloqueo vial. Mientras que en el primer supuesto puede argumentarse que se lesiona un bien jurídico fundamental, en el segundo claramente no ocurre así.

Sin embargo, por otro lado, en los supuestos en que nos interesa la retención de servidores públicos está claramente provista de las cualidades que Gargarella (2005a) y Pisarello (2007) asignan a la protesta. En efecto, en determinadas circunstancias, la retención de servidores públicos por un tiempo limitado y sin causarles lesiones puede representar un medio para recuperar otros derechos violentados (Gargarella

2005a), como ocurre cuando con la retención se busca interpelar al poder público para que atienda una problemática relacionada con la vigencia de los derechos sociales que ha sido negligentemente relegada por el poder público. En tales supuestos, no sería muy distinta su función de la que cumplen los “cortes de ruta” que, con su fuerza expresiva inherente, sirven para llamar la atención de la autoridad sobre ciertos aspectos que ha descuidado. Igualmente, la retención de servidores públicos puede incluso llegar a funcionar como una garantía extrainstitucional de derechos incumplidos. Así sucede, verbigracia, en aquellos casos en que la retención se realiza colectivamente para detener el actuar ilegal de los agentes estatales que la padecen. En esos supuestos, ante la ausencia o ineffectividad de otros mecanismos de defensa y garantía de derechos básicos, una retención podría calificarse como un ejercicio de autotutela de quienes son titulares de los derechos conculcados (Pisarello 2007).

Para tornar aun más complejo el problema, también podría ser argumentado que en determinados supuestos las expresiones colectivas más abiertamente confrontacionistas como la que estudiamos, antes que remitir a un ejercicio calificado de derechos políticos como la libertad de reunión o de derechos civiles como la libertad de expresión, se acercan a lo que Gargarella (2005b) engloba como legítimas prácticas de resistencia al derecho, que están habilitados a realizar quienes enfrentan las condiciones de mayor marginalidad y viven, por ello, un estado de permanente de “alienación legal” (2005b: 27).

Sin dejar de lado lo anterior, concluiremos aquí que si se pretende sostener que la retención de servidores públicos entraña el ejercicio de un derecho amparado constitucionalmente, la argumentación termina siendo poco convincente; máxime si ésta argumentación es contrastada con las razones que se han articulado para reivindicar otras expresiones de protesta.

No obstante lo anterior, conviene volver una vez más a Gargarella (2008) cuando sostiene que se debe hacer un esfuerzo denodado para “preservar el componente expresivo” (2008:81) de las expresiones de protesta incluso si éstas caen dentro de las acciones que comúnmente se tiende a condenar por violentas. Y es que detrás del estruendo que produce la retención temporal de un agente estatal, aumentado muchas veces dada su ilegítima equiparación al secuestro y a

consecuencia de la intervención de los medios masivos de comunicación, se esconden reclamos íntimamente relacionados con la falta de garantía de derechos fundamentales o con el flagrante irrespeto de los mismos por parte de los propios funcionarios.

Por eso, imponer sanciones carcelarias para castigar a quienes se ven orillados a llevar su protesta hasta el extremo de retener temporalmente a un servidor público para hacer oír su voz, por estar cancelados otros medios, no es otra cosa que acallar los reclamos incómodos. Y eso, como se desprende de los planteamientos de O'Donnell, empobrece la vida pública ahí donde -como en México- la democracia es deficitaria en perjuicio de las mayorías. La exclusión de las voces de los más marginados, que se hacen oír a través de medios heterodoxos como la retención de un funcionario, contribuye a que los más acuciantes problemas sociales no sean atendidos. En última instancia este efecto, contrario a la intención que permea toda la idea del Estado Constitucional de Derecho, podría eventualmente dar pie a construir un discurso opuesto a la persecución y sanción penal de la retención de servidores públicos en clave constitucionalista. Entre tanto, sin embargo, la demostración de la falta de legitimación de este específico proceso criminalizante deberá sostenerse fundamentalmente de las bases que ofrece la concepción garantista del derecho penal.

Sea desde la crítica del derecho penal garantista o bien desde los argumentos del constitucionalismo, lo que es claro es que existen razones para concluir que la persecución penal de la retención de servidores públicos es susceptible de encuadrarse como un supuesto de criminalización ilegítima de la protesta. A partir de ello, es factible incluso sostener, como aquí se hace, que en contextos de democracia deficitaria esta expresión de protesta puede llegar a quedar exenta de reproche penal en aras de evitar la marginación violenta de los reclamos de los sectores poblacionales más excluidos.

Conclusiones

El desarrollo de esta tesina nos llevó a describir la retención de servidores públicos y, retomando algunas notas básicas sobre los procesos de criminalización, a analizar el modo en que el poder público ha venido tratando ésta expresión de descontento en México. Asimismo, el trabajo permitió conceptualizar la protesta social; discutir el carácter deficitario de la democracia en América Latina y retomar algunas teorizaciones alrededor de la relación entre protesta y derecho

Así, definimos la retención de servidores públicos como la limitación de la libertad ambulatoria durante un breve lapso temporal de uno o más funcionarios, sin que estos padezcan lesiones, llevada a cabo colectivamente por un grupo de personas que buscan interpelar al poder público para llamar la atención sobre alguna problemática social desatendida o bien para poner en evidencia el actuar ilegal de una autoridad, entre otros fines de carácter político, habiéndose agotado previamente otros medios menos lesivos para ello.

Al preguntarnos por la naturaleza de estas retenciones, definimos la protesta social siguiendo a Margarita Favela Gavia (2006), como cualquier clase de acción colectiva disruptiva orientada a detener, reformar, modificar o, simplemente, repudiar algún acto de autoridad en defensa de los intereses comunes de quienes en ella participan. Enseguida, para ubicar el lugar que ocupan estas expresiones disruptivas en regímenes democrático representativos, acudimos a la obra de Guillermo O'Donnell (2004 et al.) para sostener que la democracia en América Latina presenta severos déficit en lo que hace a la garantía plena de los derechos normativamente conferidos, pues el advenimiento de regímenes democráticos no ha modificado las falencias que se ubican en el nivel del Estado. Éstas, dijimos con O'Donnell, se agudizan en perjuicio de los sectores populares que frecuentemente deben recurrir a esquemas poco convencionales de participación política para hacer oír su voz. A partir de ello, explicamos cómo deviene problemática la persecución y sanción penal de la protesta y señalamos que cuando esto sucede se verifica la ilegítima criminalización de la protesta social, entendida ésta como un proceso (Zaffaroni 2002) mediante el cual determinadas acciones disruptivas son tipificadas como delitos por la ley para luego ser investigados, perseguidos, juzgados y/o

sancionados selectivamente en el ámbito penal, en perjuicio de una persona o grupo de personas, mediante procedimientos que infringen uno o varios de los principios a los que debe sujetarse el poder punitivo en un Estado Constitucional de Derecho

Para argumentar en contra de la ilegítima criminalización de la protesta, sostuvimos que ésta puede ser concebida con Gargarella (2005 et. al.) como el primero de los derechos, de acuerdo con la utilidad que tiene para recuperar derechos negados, o bien entendida con Pisarello (2007) como una garantía extrainstitucional de los derechos. También mencionamos que, desde la concepción garantista del derecho penal, es criticable la criminalización de la protesta social siempre que pase por encima de los principios a que debe sujetarse el poder punitivo estatal en el marco del Estado Constitucional de Derecho (Ferrajoli 1995, Zaffaroni 2002). Desde ambas perspectivas y en esos supuestos, la criminalización de la protesta se torna ilegítima.

A partir de este marco conceptual revisamos pormenorizadamente la retención de servidores públicos. Tras nuestro análisis, hemos verificado la hipótesis planteada al inicio y respondido la pregunta de investigación que hemos querido esclarecer, arribando a las siguientes conclusiones:

1. Que en México los procesos mediante los cuales se criminaliza la retención de servidores públicos se caracterizan: en su fase primaria, por sustentarse en tipos penales ambiguos y en normas que prevén penalidades elevadas, destacando aquellas disposiciones legales que equiparan esas retenciones al secuestro; y en su fase secundaria, por su selectividad agravada.
2. Que la retención de servidores públicos puede ser considerada una expresión acentuadamente confrontacionista de protesta social en tanto se trata de una acción colectiva disruptiva orientada a detener y/o reclamar una acción o decisión ordenada por una autoridad gubernamental.
3. Que los procesos de criminalización dirigidos a la persecución y sanción penal de la retención de servidores públicos presentan una menguada legitimidad en razón de que violan principios a los que debe constreñirse el poder punitivo en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

4. Que la persecución penal de la retención de servidores públicos constituye un supuesto de criminalización ilegítima de la protesta social. Consecuentemente, dicha acción colectiva de protesta debería quedar exenta de reproche penal.

A partir de esta argumentación, hemos destacado diversos argumentos para mostrar que la criminalización de la retención de servidores públicos es mucho más problemática de lo que a primera vista parecería, e incluso, hemos adelantado razones por las que podría llegar a quedar exenta de reproche penal.

Por lo pronto, la discusión de estas conclusiones en el foro jurídico se antoja improbable. Las argumentaciones construidas sobre la base de principios sustantivos de derecho penal que sitúan contextualmente su objeto de estudio y que exploran sus conexiones con debates más amplios sobre la democracia y los derechos humanos son poco tenidas en cuenta en un entorno donde sigue imperando una concepción excesivamente formalista y condescendiente con la “mera legalidad” (Ferrajoli 2008), aunque ésta violente a los más débiles y presente visos de inconstitucionalidad. Pese a ello, las recientes discusiones de la SCJN en casos como los de las mujeres ñhañhü de Querétaro o los dirigentes de Atenco, o la incorporación explícita de esos mismos principios en la Constitución mediante la reforma en materia penal de 2008, hacen pensar que en un futuro no muy lejano serán éstas algunas de las discusiones a abordar en los foros que hoy relegan problemas como el que hemos analizado.

Finalmente, no queda sino reiterar que los planteamientos realizados en esta tesina constituyen apenas una primera reflexión sobre el objeto que hemos estudiado, lo que se evidencia al considerar que algunas cuestiones han sido tematizadas de un modo apenas preliminar o que en algunos puntos de la argumentación las conclusiones no tengan absoluta contundencia. A este respecto, finalizamos señalando de nuevo que la presente ha sido una indagación motivada por la constatación del paulatino pero constante aumento de las situaciones en las que se criminaliza la retención de servidores públicos, sin que ello suscite una discusión profunda de este fenómeno en el marco del debate sobre la democracia, la protesta

social y el derecho: lo que a menudo se agrava dado el tratamiento que tanto las autoridades como los medios masivos de comunicación dan a este fenómeno.

Desde luego, el estudio emprendido no aspiraba a representar una apología de esta práctica, ni a teorizar sobre un pretendido derecho a retener autoridades; muy por el contrario, la tesina significó un primer intento de estudiar esta cuestión con exhaustividad mediante las categorías analíticas disponibles, tomando el máximo de distancia frente a los discursos más frecuentes sobre el tema que, precisamente, son aquellos que ni siquiera cuestionan la pertinencia de que el poder público reaccione mediante el derecho penal en situaciones de conflictividad social.

En ese tenor, no puede dejar de señalarse cuan deseable es que la retención de servidores públicos deje de ser empleada como medio de protesta social. Ello ocurrirá, seguramente, en la medida en que otros medios convencionales de participación política estén disponibles para que los sectores más marginalizados de la sociedad mexicana puedan hacer oír su voz. Pero en tanto ello no suceda y mientras que al mismo tiempo se persiga de manera arbitraria y desproporcionada a quienes se ven orillados a emplear este recurso extremo para mostrar su fundado descontento, señalar la ilegitimidad y el sesgo poco democrático de este proceso criminalizante será necesario. Sólo de esta manera se pondrá en evidencia que en fenómenos como el que hemos analizado la autoridad, según señala con tino Granados Chapa (2009:22) se parapeta detrás de la ley “a la que usa como escudo en defensa propia”.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Argentina: Editores del Puerto.
- BARATTA, Alessandro (1986). *Criminología Crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI Editores.
- BUHL, Kathrin y KOROL, Claudia (2008). *Criminalización de la protesta y de los movimientos sociales*. Sao Paulo: Rosa Luxemburg Stiftung.
- CONAGHAN, Catherine (2004). “Más allá del minimalismo: una agenda para unir democracia y desarrollo”. En: A.A. V.V. (2004). *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*. Buenos Aires: PNUD – Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara.
- FAVELA GAVIA, Diana Margarita (2006). *Protesta y reforma en México. Intetacción entre Estado y sociedad 1946 – 1997*. México: UNAM – CEIICH – Plaza y Valdés.
- FERRAJOLI, Luigi (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. España: Editorial Trotta.
- (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- GARGARELLA, Roberto (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.
- (2006). *Carta abierta sobre la tolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- (2005b). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila – CIEPP
- (2005a). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: AD – HOC.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2005). “La teoría general del garantismo: rasgos principales”. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: IJ - UNAM – Trotta.

- GLOPPEN, Siri (2005). “Sobre el derecho de resistencia en contextos de privaciones severas. ‘¿Cómo debería reaccionar el Estado?’”. En: GARGARELLA, Roberto (2005b). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila – CIEPP.
- GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel (2009). “Secuestro equiparado, esa infamia”. En *Proceso*, núm. 1688, marzo de 2009.
- HELD, David (2006). *Modelos de democracia*. México: Alianza Editorial.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos FERNÁNDEZ COLLADO, Pilar BAPTISTA LUCIO (2003). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- MELOSSI, Dario (1992). *El Estado del control social (Un estudio sociológico de los conceptos de Estado y control social en la conformación de la democracia)*. México: Siglo XXI.
- MONTEMAYOR, Carlos (2010). *La violencia de Estado en México. Antes y después de 1968*. México: Debate.
- NUN, J. (2002) *Democracia ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica
- O’DONNELL, Guillermo (2008). “Hacia un Estado de y para la Democracia”. En: A.A. V.V. (2008). *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*. Lima: PNUD.
- (2004b). “Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión”, En Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *La Democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. Contribuciones al debate*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguarra,
- (2004a). “Notas sobre la democracia en América Latina.” En Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *La Democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos. El debate conceptual sobre la democracia*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguarra,
- (1993). "Acerca del estado, la democratización, y algunos problemas conceptuales: una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas". En CARBONELL, Miguel, OROZCO, Wistano, y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coords.) (2002). *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo XXI.

PAVARINI, Massimo (1983). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI Editores.

PISARELLO, Gerardo. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. España: Editorial Trotta.

----- (2002). “Estado de Derecho y crisis de la soberanía en América Latina: algunas notas entre la pesadilla y la esperanza”. En Miguel Carbonell, Wistano Orozco, y Rodolfo Vásquez, coords. *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México, D.F.: Siglo XXI.

ROMANÍ, Oriol (2003). “Prohibicionismo y drogas: ¿Un modelo de gestión social agotado?”. En: BERGALLI, Roberto (2003). *Sistema penal y problemas sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

SOLANO VELÁZQUEZ, Ana Bertha (S/F). “Estrategias discursivas de criminalización: secuestro equiparado”. Mimeo.

TARROW, Sidney (2004). *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid: Alianza Editorial.

VÁZQUEZ, Luis Daniel (2008). “Democracia liberal procedimental y movimientos sociales. Temas pendientes en la democracia mexicana luego del conflicto en Oaxaca” en Julio Aibar y Daniel Vázquez. *Política y sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura*. México: FLACSO-México

VÁZQUEZ, Luis Daniel (S/F). “Los derechos humanos y la democracia representativa: mecanismos de garantía y derecho a la resistencia. Notas para una reflexión”. Mimeo.

WHITEHEAD, Laurence (2008). “Variabilidad en la aplicación de los derechos: una perspectiva comparada”. En: A.A. V.V. (2008). *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*. Lima: PNUD.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2005). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Buenos Aires: EDIAR.

----- (2002). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR

Otros documentos consultados:

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), versión estenográfica de la sesión pública de la Primera Sala, correspondiente al 30 de junio de 2010. El documento puede consultarse en el sitio de Internet de la SCJN.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, sobre la situación de los indígenas de la Amazonia y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en la Provincias de Bagua y Utcubamba, Perú, de 20 de julio de 2009.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe anual 2008, OEA/ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev.1, 25 de febrero de 2009.

“Pobladores de Atlamajalcingo retienen al alcalde en Huehuetepec, desde el domingo”. La Jornada Guerrero, 7 de diciembre de 2010.