

2013.

“DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL”.

¿Es legítima su criminalización?



**DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL:
¿ES LEGITIMA SU CRIMINALIZACION?**

Carrera: Abogacía

Alumno: Gómez Perdiguero María José

Legajo: VABG 6656.

Año: 2013.



Resumen: La autora de este trabajo realiza una investigación de las protestas sociales, como medio o recurso que utilizan los ciudadanos cuando se ven afectados sus derechos y garantías establecidas en la Constitución Nacional, si bien es un fenómeno que no reconoce límites geográficos, se trata específicamente los hechos acontecidos en el escenario de la Argentina. En los primeros capítulos se refieren al posicionamiento teórico- político tratando de delimitar el contexto económico, político y social y la correlación de estos con la protesta. Dentro de este análisis teórico se expone cuando el derecho a reivindicarse esta dentro de los límites legales y cuando exceden estos al afectar bienes jurídicos esencialmente protegidos. Luego el marco normativo que ampara la libre expresión de resistir. Asimismo se analiza el rol del Estado frente a la protesta utilizando el código penal, criminalizando la protesta, tipos penales demasiados imprecisos, abstractos, generales. A esta política de criminalizar la protesta se analiza la falta de congruencia con los derechos y garantías que son amparados por nuestro ordenamiento jurídico y los Tratados Internacionales a los cuales estamos adheridos. Al finalizar, luego de varias conceptualizaciones relevantes que surgen del desarrollo y lo que se puede o pretende esperar del rol de los jueces cuando colisionan intereses teniendo como directriz la importancia del ejercicio de los derechos humanos o para el funcionamiento correcto de la democracia.

Abstract: The author of this paper makes a research of social protest as a means or resource used by citizens when their rights and guarantees established in the Constitution are affected, although it is a phenomenon that does not recognize geographic boundaries, it is specifically events in the scenario of Argentina. In the first chapters relate to political theory trying to define the economic, political and social context and the correlation of these with the protest positioning. Within this theoretical analysis is exposed when the right claimed is within the legal limits as to affect substantially exceed these protected rights. Then the regulatory framework that protects the free expression of resist. Also the role of the state is analyzed using the protest against the penal code criminalizing protest offenses too vague, abstract, general. This policy of criminalizing protest discusses the lack of consistency with the rights and guarantees that are covered by our legal system and the international treaties to which we are attached. At the end, after several important emerging conceptualizations of development and what can be expected or intended the role of judges when interests collide having as guideline the importance of the exercise of human rights or for the proper functioning of democracy.

ÍNDICE

-Introducción.....	5
- Capítulo I: La Protesta Social.....	8
1- Derecho a la Protesta. Historia de las Protestas.....	8
2-La instauración del neoliberalismo: El rol del Estado en esta etapa y el impacto que produce en la sociedad.....	12
3-El Contexto Sociológico.....	15
a- La Pobreza y la Protesta Social.....	15
b- Política y Protesta Social en Argentina.....	18
4-La desobediencia Civil.....	21
5- La desobediencia Civil: su relación con la legitimidad y la seguridad jurídica.....	25
6- Conclusión.....	28
-Capítulo II: Marco Normativo.....	29
1- Criminalización a la protesta.....	29
2- La cuestión fáctica.....	31
3-Análisis Jurídico de la Protesta Social.....	31
4-La Teoría del Delito.....	32
5- Derecho Constitucional Argentino.....	34
6- La protesta social en el Derecho Constitucional.....	36
7- Protesta Social y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....	37
8- Análisis de la Ley Antiterrorista Argentina (26.734).....	40
9- Conclusión.....	45
- Capítulo III: Posturas Doctrinarias y Jurisprudenciales con respecto a la Criminalización de la Protesta Social.....	46
1- Análisis de las valoraciones de los jueces a la hora de resolver los casos de protesta social.....	46
2- Conclusión.....	57
- Capítulo IV: La Criminalización y el Derecho Penal.....	58
1- La casuística concreta.....	58
2- Consideraciones Generales.....	59
3-Análisis de los fundamentos legales en las causas testigo.....	60

4- Consideraciones de teoría jurídica.....	62
5- La cuestión Técnica.....	62
6- El derecho Penal y la Protesta Social.....	65
7- Conclusión.....	67
- Capítulo V: La Criminalización de la Protesta Social y la Colisión de Derechos.....	69
1- Colisión de Derechos.....	69
2- Entidad Jurídica de los Derechos en Conflicto.....	74
3- Una Posible Solución.....	74
4-Conclusion.....	77
-Conclusiones Finales.....	78
- Apéndice.....	82
- Referencias Bibliográficas.....	91
1-Legislacion.....	91
2-Doctrina.....	91
3-Jurisprudencia.....	93

INTRODUCCION.

¿En que supuestos y circunstancias el derecho de protesta se vuelve delito y colisiona con los derechos de los demás? ¿Es legítima su criminalización? Este es el interrogante que siempre estuvo latente en las inquietudes de la autora de este trabajo. A partir de iniciar una búsqueda exhaustiva sobre la protesta social desde diferentes aristas nos encontramos con la criminalización de ella por lo que nos pareció interesante tratar este tema en donde concurren intereses contrapuestos y válidos, sus sustentos legales y sus contratiempos jurisprudenciales; sus sucesos y sus desenlaces a lo largo del tiempo y el rol que asume el Estado Argentino frente a este fenómeno.

Tal es lo expresado en la hipótesis oportunamente desarrollada en el Proyecto de Investigación.

En cuanto al recorte temporal se analizara la protesta social desde la década del “90 hasta nuestros días.

Desde épocas tempranas la protesta social es un medio utilizado por el pueblo para mostrar su descontento con las políticas implementadas por los gobiernos de turno.

En la década del “90 fue auge del movimiento político económico neoliberal donde puede caracterizarse con la creciente dependencia financiera de los países en endeudamiento, recesión económica y consecuente aumento fiscal. Políticas de desregulación y privatización con medidas de ajustes generando desempleo y aumento en la masa poblacional de serias carencias de satisfacción de necesidades básicas en buena parte de la región latinoamericana, desatando una serie de crisis o momentos de inestabilidad política.

En nuestro país comenzaron a crecer vertiginosamente desde los años “90 repudiando desde diferentes ámbitos las políticas neoliberales implementadas en ese momento. Pero la problemática se acentuó con la crisis del 2001, en donde los piquetes, los cacerolazos, los cortes de ruta, los saqueos y los levantamientos de las comunidades proliferaron en los distintos puntos del país.

Un punto que parece interesante a tratar en este trabajo es la “Criminalización

de la protesta social”, es la expresión usada por los expertos para referirse a la aplicación del derecho penal a las manifestaciones sociales. Significa penar el derecho que tienen los ciudadanos de libre expresión, el derecho a la resistencia, el derecho a huelga, el derecho a petionar; es encuadrar las manifestaciones en tipos penales. El Estado ha aprehendido el conflicto social, como un hecho jurídico esencialmente penal legitimado por una nueva legislación con carácter meramente punitivo.

Nuestra Constitución consagra en el artículo 14 el derecho a petionar ante las autoridades pero este muchas veces se ve sesgado por la represión que delimitan las autoridades provocando hechos de violencia que son memorables para la conciencia de los ciudadanos. Paradójicamente, creo que la protesta social está lejos de atentar contra la estabilidad de la democracia sino que contribuye a fortalecerla.

Por esto el planteo de este trabajo se basa en que existe una línea demasiado difusa en donde transitan y confluyen la protesta social y el resguardo por parte de las autoridades provocando enfrentamientos. Además se intentara dilucidar cuando este derecho a manifestarse de manera no institucional colisiona con los derechos que tienen los demás ciudadanos y como esto afecta de una manera u otra a todos.

La libertad de expresión- definida en el Art. 19 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos y enumerada en el Art. 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica- dictamina que *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión"*. Este derecho es el sustento principal para las manifestaciones de expresión de cualquier ser humano al garantizar la libertad de sus actos, dichos y opiniones. Dicha Libertad de Expresión se encuentra ratificada, como se menciona precedentemente, en nuestra Constitución Nacional, con precisión mayor en el artículo 14: *"Todos los habitantes de la nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...]"*.

De allí deriva la plataforma principal que garantiza a los ciudadanos la libertad para manifestar sus ideas y opiniones sin censura alguna. El llamado “Derecho a la

Protesta” o “Derecho a Manifestarse” son algunas de las caras de la Libertad de Expresión. La variabilidad no viene de la mano del derecho vigente, sino más bien de las formas de ejercerlo, o sea en las formas de plasmar ese derecho en acciones. Estas formas de ejercer o plasmar ese derecho se manifiestan de manera muy diversa, como se expresa anteriormente, y hacen tal vez a las cotidianidades democráticas que versan dentro del sistema propugnadas por sus propios ciudadanos.

Es de entender que el ejercicio de este derecho, internacionalmente reconocido por tratados y constituciones, no lesiona primariamente en su esencia a otros derechos vigentes; por esta razón es que la relatividad a este planteo aparece en sus formas de ejercicio, algunas veces lesivas a los derechos de otros individuos.

De este modo, se convierte en una deuda irrenunciable para el estado la solución al conflicto de intereses que emana de la pugna entre derechos. Ésta debe ser una solución enmarcada dentro de un orden democrático que respete la existencia de derechos y deberes, con formas diplomáticas y pacíficas para garantizar el cumplimiento de la Constitución y sus fines.

Hablar de Libertad de Prensa, Opiniones o Expresiones es referirse a la capacidad que tiene todo individuo de exteriorizar libremente sus dichos y opiniones sin censura previa. Legalmente garantizado dicho derecho, también observamos que puede generar el atropello con derechos ajenos, por ejemplo las opiniones deshonrosas vertidas que interfieren en la vida privada de otras personas, atentando de este modo con el Derecho al honor y la dignidad de las personas, derecho garantizado en el Artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica, y violando el Artículo 19 de la Constitución Nacional al perjudicar a terceros.

La Libertad de Expresión constituye uno de los pilares fundamentales en un Estado Democrático y de Derecho; es sin duda un eje indispensable para el desenvolvimiento de los individuos en la sociedad. Como tal, garantizar su ejercicio en todas sus manifestaciones externas es un deber que el Estado no puede dejar de realizar, como así tampoco garantizar que a la par se cumplan los derechos y garantías constitucionales del resto de los ciudadanos.

CAPITULO I: LA PROTESTA SOCIAL.

“El capitalismo se renueva y renueva su abanico de contradicciones, acentuando su carácter políticamente excluyente, socialmente destructivo y culturalmente barbarizante. Este reciclaje no altera la dinámica monopolista”

José Paulo Netto.

1-Derecho a la Protesta

Historia de las Protestas.

La protesta como expresión de voluntad supone siempre la reacción fruto de un desacuerdo por una acción o decisión externa. Como tal, es la actividad que lleva a cabo quien/es se muestran en discordia con una situación que le/s es desfavorable.

Como anteriormente expresamos, ésta es una de las caras con las que se presenta la libertad de expresión, en esta forma ya no como una acción sino como una reacción.

En la época medieval el poder se encontraba vinculado a la persona del rey o de los gobernantes porque se creía que este poder venia de Dios, “el poder divino”, por esta razón se justificaba los comportamientos de los dirigentes por más que estos sean contrarios a la ley prueba de ello lo podemos encontrar en una cita a San Pablo: “cualquier resistencia al poder, resulta una resistencia a las órdenes de Dios, por lo que aquellos que resisten deben recibir un castigo eterno”.

De la mano de John Locke en el siglo xvii el derecho a la resistencia fue apareciendo en sus orígenes. Este pensador creía a diferencia de los pensadores de la Edad Media que el poder no residía en los gobernantes sino en los ciudadanos que depositaban su confianza en ellos, es lo que se define como: “en la voluntad del pueblo”. De esta manera se entiende que la soberanía emana del pueblo por lo que los ciudadanos tienen derecho a resistir cuando estos se encuentren vulnerados por el poder político. El derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, entre otros. Estos derechos se hallan inmersos en la sociedad de manera apriorística a la Constitución y las autoridades deben resguardarlos.¹

Siguiendo una línea temporal podríamos soslayar dos revoluciones que expresaron abiertamente el pensamiento que había sido esbozado por John Locke. Estas revoluciones del siglo xvii fueron: la Revolución Norteamericana y la Francesa. Ambas fueron una expresión que vino a demarcar un comienzo en el constitucionalismo moderno que va tener como uno de sus objetivos la creación de las constituciones, la división de poderes, el fundamento de la soberanía popular, la forma representativa de gobierno, entre otros. Desde el punto de vista de varios² estudiosos y el cual compartimos aquí es donde se comienza con el fundamento o resguardo al derecho a resistir a la autoridad porque estos dos sucesos enmarcan que cuando el Estado realiza acciones que son contrarias a los principios o a lo que dispone el ordenamiento jurídico, el pueblo, tiene el derecho a resistir o lo que Rawls posteriormente llama desobediencia civil.³

Hay que tener en cuenta y no dejar pasar por alto que la protesta ha existido históricamente pero en esa época era el único medio que tenían los ciudadanos para defender sus derechos básicos cuando estos habían sido vulnerados , como así también sus expresiones han ido variando a lo largo del tiempo desde simples discursos, pasando por medidas leves para manifestar el desacuerdo (por ejemplo, el reparto de panfletos informativos), hasta llegar a duras maniobras para mostrar la discordia generada con la situación que los ha llevado a eso. _____

(1)Locke, J. “*Two Treatises of Government*”. Ed. Cambridge University Press. Cambridge. 1988.

(2) Jefferson, Adams, Rousseau, Montesquieu, Alberdi, Monteagudo, entre otros.

(3) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico.1971.

Huelgas, panfleteadas, cortes de calles o rutas, toma de edificios o lugares, pintadas con arengas o simplemente reclamos formales, son algunas de las formas o expresiones en las que se puede manifestar la protesta.

A lo largo de la historia, los reclamos y protestas se han presentado de las formas anteriormente expuestas e incluso aún más radicales, produciendo efectos políticos, culturales, económicos y sociales. Es que es cierto que de la protesta se infiere la puja de intereses, y es allí donde emerge el derecho y la legislación vigente amparando la libertad de disentir, es decir, la libertad de protestar contra algo en desacuerdo.

En Argentina:

Argentina ha sido, desde mediados de la década del '90, un epicentro indiscutible del fenómeno de las protestas sociales. A lo largo de su existencia han ido variando, profundizándose y aplacándose, de manera pacífica o violenta, pero nunca ha cesado. No habremos de entender aquel tiempo como sinónimo del inicio de las protestas en nuestro país. Ya durante el transcurso del siglo XX se sucedieron decenas de episodios de manifestaciones sociales de gran envergadura que marcaron los contratiempos de la política, la economía y la sociedad. Basta con nombrar los levantamientos en los Talleres de Vasena en 1919 llamada “La Semana Trágica”; el conocido 17 de Octubre “Día de la Lealtad Peronista” donde miles de personas se congregaron frente a la Secretaría de Trabajo y Previsión Social de la Nación exigiendo la inmediata liberación del Coronel Juan Domingo Perón quien fuera encarcelado por el gobierno de facto de ese momento por impulsar fuertes políticas sociales a favor de los obreros, los sindicatos y los gremios; “El Cordobazo”, hito histórico en las páginas de nuestra Argentina, donde obreros y estudiantes tomaron las calles de la Ciudad de Córdoba en reclamo, primeramente, de mejoras salariales y condiciones de trabajo, aunque luego el reclamo llegara hasta la renuncia del presidente de facto de aquel momento Gral. Juan Carlos Onganía, entre tantos otros episodios históricos que marcaron las huestes de las protestas sociales en nuestro país.

Ya durante el gobierno de Carlos Menem, suceden los primeros cortes de ruta llamados “piquetes”. Un episodio histórico que no podemos dejar de nombrar por

haberse desencadenado en la provincia donde reside la autora de este trabajo, el “santiagueñazo” sucedido en 1993 en Santiago del Estero. La protesta era encabezada por empleados estatales y municipales que promovieron el estallido, debido a sueldos impagos lo cual trajo aparejado más allá del perjuicio económico la afectación moral a su dignidad de trabajadores. Cansados de promesas que no llegaban a cumplirse, reaccionaron quemando la casa de gobierno y la de los políticos de turno dejando un sinsabor inigualable en la historia de la provincia.

A nivel nacional un antecedente reciente tiene lugar en Cutral Co, provincia de Neuquén, durante 1996 en reclamo por la privatización de YPF. Sólo el comienzo, Cutral Co marcó la senda de una década repleta de manifestaciones sociales fruto de la debacle económica que ya se avecinaba en el país, junto con la crecida de los índices de desempleo y pobreza.

El 19 y 20 de Diciembre de 2001 sin duda marcará una bisagra en las páginas de la historia de ésta Nación. Miles de manifestantes se congregaron en Plaza de Mayo pidiendo la inmediata renuncia del entonces Presidente de la República Fernando De La Rúa. La crisis se había profundizado, el desempleo seguía en ascenso, la pobreza seguía sus pasos, la confiscación de fondos por parte de los bancos y la inoperancia de los gobernantes para revertir la situación política, económica y social habían provocado masivas manifestaciones que culminaron en la renuncia del Presidente de la Nación.

“La Masacre de Avellaneda” en 2002 habrá sido el último símbolo de la represión del estado devastado que dejó el neoliberalismo en 1990. Los ya popularmente conocidos grupos de “piqueteros” marcharon hasta la estación de trenes de Avellaneda en la Provincia de Buenos Aires en reclamo por planes sociales y trabajo debido a la drástica crisis que se vivía.

Podemos así seguir mencionando grandes episodios de protestas sociales masivas, como la marcha contra la inseguridad en 2004 impulsada por Juan Carlos Blumberg o los recientes cortes de rutas realizados por las entidades rurales en el llamado “Conflicto del Campo” en 2008.

2- La instauración del neoliberalismo: El rol del Estado en esta etapa y el impacto que produce en la sociedad.

El neoliberalismo ha sido definido como un conjunto de principios de índole económica y social que tiene como nota característica la intervención mínima por parte del Estado.

De acuerdo a lo expuesto podemos evidenciar que esta corriente se relaciona íntimamente con el capitalismo y la globalización. El capitalismo se introdujo en las sociedades creando una necesidad de consumo y acentuando de esta manera la diferencia de clases contando por supuesto con el fenómeno de la globalización que de manera trasnacional llega a países tanto desarrollados como subdesarrollados.

Una de las expresiones como mencionamos en un comienzo es la inobservancia por parte del Estado de sus obligaciones inexcusables impacta negativamente en la sociedad creando mayor fragmentación de las clases sociales como así también acentuando las diferencias entre ellas. Desde esta perspectiva se puede observar que cuanto mayor es impacto del esquema capitalista y estableciendo una correlación entre este y la pobreza, el desempleo, las necesidades básicas insatisfechas, la indigencia, producto de las crisis socioeconómicas de los últimos años en todo Latinoamérica y específicamente en nuestro país se diversifican los orígenes de los conflictos.

Estas necesidades que inserta este modelo algunas son “necesidades aparentes” que producen en el individuo una insatisfacción constante llevando a este a tratar de consumir más de cualquier modo trabajando o a través del crédito creándose así una relación de dependencia con este sistema. En conclusión se deja de pensar al individuo como un ser autónomo, pierde independencia y se transforman en consumidores masificados.

El papel del Estado es un rol pasivo en donde dejaba que el mercado se regule por sí mismo sin importar las consecuencias negativas que provocaba mencionadas en el párrafo anterior.

“El Neoliberalismo que nos ha llevado indiscutiblemente a una realidad donde las transformaciones de estructura de clase provocada por la política neoliberal creado un nuevo ejército de marginados ante el que partidos políticos y los sindicatos se ven reducidos a meros espectadores” en donde “...En las condiciones de la competencia internacional y los flujos de capital que definen economías abiertas condenan a los marginados a recibir permanentemente servicios mal pagados. Además, porque las nuevas elites postindustriales necesitan de una masa de sanos y educados obreros, pueden que los gastos sociales sigan empeorando y aumentando la separación entre el Estado y la plebe.”⁴

Fueron variables a considerar en esta problemática la inflación creciente, el incremento de la deuda externa, la ineficiente política monetaria, los mecanismos recesivos en la producción, la prestación deficitaria de los servicios públicos, la inseguridad y el decreciente estándar de vida de la población en general.

Pareciera ser que el Estado se evidencia cada vez más ineficiente e inversamente proporcional represiva. La tendencia en América Latina, condición de la que no está exenta Argentina, propicia el fenómeno creciente de incremento de controles por parte del Estado.

Este control que el Estado debe conseguir para beneficiar el modelo neoliberal es producto de la repercusión del capitalismo no solo en la producción sino también en las políticas sociales y económicas futuras que debe implementar y mantener el Estado para propiciar el desarrollo. Pero la nota característica es que esta aceptación o internalización de este modelo social debe ser aceptado pacíficamente. Es lo que Foucault⁵ llama el problema de la “gubernabilidad” en donde los nuevos mecanismos de control no solo están dirigidos hacia un individuo sino a toda la sociedad, lo que el autor denomina “biopoder”.

(4) Petras, James F. *“El neoliberalismo y la marginalidad. Ausencia del futuro”*. Proferops de la Universidad de Pennsylvania (Estados Unidos). Página /12. 16/ 4/ 91

(5) Foucault, M.: *“Genealogía del Racismo”*. Editorial Altamira, Buenos Aires, Argentina. Pág. 173-174.

En un Estado de Derecho el compromiso ciudadano exige acciones directas de control de las políticas de estado, crítica teórica de las decisiones cuestionables y protesta fundamentada contra las políticas injustas o arbitrarias.

Sin embargo, la correlación de fuerza es asimétrica. El estado tiene la homogenización de la cultura, el poder de policía, la posibilidad de judicializar las protestas, ocasionalmente el control de los medios de comunicación y algunos otros recursos como las políticas sociales, todas ellas repercuten en que las organizaciones sociales también se modifiquen y sean críticas del modelo cuando sus derechos se ven lesionados.

A consecuencia de las fallas estructurales del nuevo modelo social, fruto del autoritarismo económico consagrado desde la globalización, se han generado diferentes manifestaciones conflictivas en procura de instaurar un llamado de atención, así como pretender modificar el estado de malestar. Dichas expresiones tienen su encuadre operativo en las llamadas protestas sociales.

Concretamente en Argentina, las situaciones de demanda social asumen generalmente formas no violentas y casi siempre se originan –tal como se mencionó– en las carencias esenciales, fruto de un modelo económico implantado sin previo diseño de redes de contención para los sectores más vulnerables.

Debemos entonces inferir que la génesis de la protesta social se vincula con situaciones concretas de carencia extrema: falta de seguridad alimentaria, imposibilidad de asistencia sanitaria adecuada, extrema precarización laboral, inexistente cobertura previsional, educación deficiente, imposibilidad de acceso a vivienda propia, etc.

La actuación del Estado ante estas contingencias se evidencia a través de los renombrados “planes sociales”, con protagonismo indiscutible para el desarrollo del capitalismo. Estas políticas sociales que instaura el Estado marca el abandono a las políticas de inclusión y la implementación o fomentación de políticas de asistencialismo y contención de la exclusión social, reforzando de esta manera dichas políticas sociales al modelo económico neoliberal.

Paralelamente ante el volumen y en defensa de los derechos vulnerados surgen

así las Organizaciones no gubernamentales (ONGs) como recursos o medios de contención de los conflictos sociales que se originan en el seno del neoliberalismo. Estas llevan a cabo las políticas sociales y los proyectos financiados por organismos internacionales. Estas instituciones en muchos casos cubren las necesidades básicas de los ciudadanos pero provocando de esta manera un efecto paralizante en los movimientos sociales contribuyendo aún más en las políticas de asistencialismo.

La concepción de la sociedad que promueve el neoliberalismo, según la concepción de Pettigrew genera individuos no solamente explotados, sino también excluidos.

Dentro de ese contexto, la masa marginal – como estrategia de supervivencia- diseña estrategias de irrupción a las que el gobierno percibe como conatos de desestabilización, pero que son demandas concretas de pertenencia. Explica Gargarella que ante situaciones concretas de marginalidad, desindustrialización, desmantelamiento de la red social y pérdida de derechos, la protesta deviene como lógica reacción vital de recuperación.

3-Contexto sociológico.

a- Pobreza y protesta social.

Se procede en el análisis del presente trabajo a introducir cuestiones de índole social que profundizan sobre las causas del fenómeno en estudio, a fin de poder elaborar una propuesta tentativa de solución.

Es sabido que los movimientos populares surgen a consecuencia de la invisibilidad de sus reclamos por otras vías, la pérdida creciente del sentido de solidaridad comunitaria y la dinámica materialista del capitalismo en que se encuentra enrolados los Estados “modernos”.

El concepto de “refundación nacional” establecidos por los gobernantes de facto instalaron dos elementos con notable influencia en la vida futura del país: por un lado la redistribución de los recursos de manera asimétrica y por el otro el disciplinamiento o la aniquilación de cualquier postura disidente.

El advenimiento de la democracia aún no ha podido restablecer los lazos vertebrales que deben animar la dinámica social. Aquí persiste la segregación de las clases populares, la precarización del empleo, la atomización sindical y la heterogeneidad en la articulación política. Todas estas situaciones de marcada injusticia y precarización de vida, son el ámbito propicio para la aparición cada vez más notoria de los diferentes movimientos de activistas, según las diferentes reivindicaciones que demandan.

Ante el avance creciente de la protesta social, los gobernantes de turno no han hecho gala de su pretendida plataforma democrática, sino que las políticas de juzgamiento -estigmatización de dirigentes, criminalización de sus acciones, represión y descrédito público- los han puesto de manifiesto como nuestros representantes del autoritarismo, solo que esta vez consagrado por el voto.

Una de las formas que tiene el poder político para hacer viable su gobernabilidad es sofocar cualquier idea u acción disidente.

A fin de dar la mayor objetividad a nuestros juicios de valor, es necesario reconocer que muchos dirigentes sociales, sindicales y políticos, no defienden los intereses colectivos de sus representados, sino exclusivamente los suyos particulares. El clientelismo político es un lamentable efecto secundario de nuestra dinámica política, aún en proceso de formación.

Si bien desde el gobierno se ha declarado en reiteradas oportunidades que “no se reprimiría jamás” ello es inexacto ya que los opositores han sufrido una profundización de los mecanismos de control, los procesos judiciales se han incrementado exponencialmente, la protesta se acalla desde los medios de comunicación afines al gobierno y cada vez resulta más difícil acceder al espacio público para aquellos que quieren expresarse.

En concordancia con estas prácticas, el accionar de la fuerza de seguridad ha experimentado un notorio endurecimiento. Son frecuentes las denuncias ante organismos de derechos humanos, de torturas en comisarías, empeoramiento de las condiciones de detención y precarización de las garantías procesales.

A modo de síntesis entonces, el escenario político y social en el cual se encuadra el proceso de criminalización de los movimientos populares en nuestro país tiene su causalidad en: a) desaparición del principio de solidaridad comunitaria; b) abandono de

la coherencia ideológica a manos del clientelismo político; c) multiplicidad de los conflictos por panorama de inestabilidad creciente.

Criminalizar los movimientos populares es una de las formas de establecer control social y económico sobre la población. La estrategia de dominación va desde la persecución de los dirigentes hasta la represión paramilitarista. De esta manera se pretende subordinar a los opositores.

Una de las herramientas a que apela el sistema para acallar la protesta es pretender dar respuestas a la demanda de seguridad de la ciudadanía, al reestablecer el “orden”, impidiendo las demandas ciudadanas. Tal vez se pueda invocar al propio Papa Francisco, cuando exhorta a participar a no callar, a reclamar: “Hagan lío....” (Rio de Janeiro. Julio//2013).

La guerra de los “ricos contra pobres” es una realidad mundial. Los grandes grupos económicos se han apropiado de los bienes de la naturaleza y los recursos productivos mediante prácticas que afectan a los sectores más desprotegidos: precarización laboral, desplazamiento de comunidades originarias, contaminación del agua, etc. Esta asimetría de fuerzas repugna a cualquier visión humanística de la sociedad, configurando un *statu quo* de desigualdad y exclusión que ya son estructurales.

Es necesario desmitificar la construcción teórica que intenta mostrar al gobierno como un defensor a ultranza de los derechos humanos.

El sujeto más vulnerable de la escala social se convierte en víctima de este modelo. Se lo excluye de la red productiva, se le niega el acceso a la movilidad social ascendente, se lo discrimina de su derecho a participar de la toma de decisiones. Acorralado en su vulnerabilidad, el pobre es presa fácil del clientelismo, que le asegura el sustento mínimo, pero le roba la libertad al captar para siempre su oportunidad de cambio. Se ha comprado la voluntad de los pobres al precio de sus miserias.

En la actualidad, con un evidente deterioro del paradigma liberal y con un avance significativo en las esferas del poder por parte de los grupos de mayor concentración económica, el gobierno – a pesar de su discurso popular- avanza de manera cada vez más intensificada en una estrategia tendiente a desmovilizar, fragmentar y estigmatizar a los sectores reclamantes, pero sin llegar a la represión directa.

En una nueva etapa institucional de nuestro país- que parece devenir de una

coyuntura a otra- la oposición tiene la oportunidad de canalizar la protesta de los sectores marginados de la sociedad (campesinos, desalojados, pueblos originarios, desempleados, jubilados, etc.) ofreciendo una alternativa de mayores propuestas- que luego efectivamente se concreten en acciones de gobierno que se instalan en la vida colectivas más allá de la circunstancia electoral.

b- Política y Protesta Social en Argentina.

En la actualidad son numerosos los movimientos sociales que se han organizado en partidos políticos, formulando proyectos que promuevan un cambio en las relaciones de poder, en un contexto social altamente inequitativo.

Uno de los pilares ideológicos de los partidos políticos originados en los movimientos de protesta, es la sustitución de las actuales pautas económicas, por otras que permitan al conjunto de la sociedad acceder a una adecuada distribución de los recursos y participación en los sistemas de producción.

Estos movimientos sociales devenidos en alternativa política se caracterizan por: a) estructura horizontal de sus cuadros; b) deliberación permanente en asambleas abiertas c) capacidad de movilización.

La última década de la vida política de nuestro país asistió al surgimiento de los denominados movimientos sociales urbanos (clubes de trueque, cooperativa de empresas recuperadas, asambleas barriales, campesinos minifundistas, etc.) cuya finalidad es común es la construcción de un entramado de contención para las necesidades que el estado no contempla.

El planteo novedoso consiste en que se concibe la acción política desde los simples ciudadanos. El sistema político tradicional se estructura desde un determinado partido, con una base ideológica y una plataforma de poder rígida, desde la cual se elaboran programas y propuestas. Por su parte, la acción política originada en los movimientos sociales encuentra su razón de ser en los objetivos comunes y se organiza estructuralmente en forma inversa a la tradicional.

La esencia democrática de estos sectores, se profundiza con la práctica deliberativa permanente y esencialmente su dinámica con eje social y popular.

Las continuas crisis por la que ha debido atravesar nuestro país han sido la causa eficiente del surgimiento de esta alternativa política. Los resortes motivacionales son

esencialmente el alto índice de desempleo, la precarización laboral, la inequidad en la distribución de los recursos, el clientelismo político y la asimetría de tratamiento entre movimientos “afines” y opositores.

La emergencia masiva de bolsones de pobreza y la flexibilización extrema de las condiciones laborales, dan origen a los movimientos de activistas, opositores al “modelo”.

El surgimiento de las organizaciones de desocupados es paralelo al masivo incremento del régimen de subsidios asistencialistas y a su canalización por intermediarios vinculados y enrolados ideológicamente con el gobierno.

La consigna: “que se vayan todos” incorporada al lenguaje de la ciudadanía hacia fines del 2001 introduce la noción del hartazgo generalizado de la ciudadanía que no encuentra respuesta a sus requerimientos en ninguna de las estructuras ideológica y partidaria tradicionales.

A partir de allí fueron surgiendo nucleamientos organizados espontáneamente, cuyos ejes conceptuales fueron: a) democracia participativa; b) autonomía con respecto a los partidos políticos tradicionales; c) horizontalidad en la toma de decisiones.

Un detalle significativo cuya importancia no debe soslayarse es que la crisis de representatividad en que han caído últimamente los partidos políticos tradicionales, hacen que la ciudadanía se encolumne y transfiera su adhesión a cualquier ciudadano que le ofrezca una alternativa de cambio (p.ej. los auto convocados del campo, la corriente clasista y combativa, etc.) en clara manifestación de la necesidad de alternancia que evidencian nuestras instituciones.

Otra característica diferenciadora de los movimientos sociales con respecto a la política tradicional es que se articulan desde dos núcleos centrales:

- 1- la actividad política partidaria del sistema tradicional y;
- 2- la articulación organizada de acciones sociales concretas como la fundación de cooperativas, la creación de bolsas de trabajo, el sostenimiento de comedores comunitarios, etc.

En lo que respecta a la propuesta electoral, los movimientos sociales -según su origen y pauta ideológica- han adoptado dos posturas marcadamente diferenciadas. Algunos optan por adherir a las propuestas y candidaturas de los partidos políticos tradicionales, apoyando sus campañas con las líneas de acción que les son propias, en tanto que los grupos más radicalizados y combativos han diseñado sus propias

estrategias electorales, promovido candidatura entre sus propios dirigentes y afrontado de manera individual al proceso.

¿Ahora bien, cual puede ser la incidencia de unos y otros en cuanto al caudal de votantes? Creemos que ninguno de estos grupos tiene aún la posibilidad concreta y eficiente de modificar las cifras electorales. En cuanto a los primeros, son “útiles” porque proporcionan una forma de visibilización. Son quienes llevan adelante la parte “pintoresca” de las campañas: los que cantan las consignas, convocan a los estados periféricos, integran la multitudinaria concurrencia de los actos partidarios. Los independientes constituyen un esfuerzo de pluralidad ideológica, de disenso conceptual a ultranza, que a pesar de su escaso poder de convocatoria en sufragios, debe ser sostenida por la salud de la democracia pluralista.

La práctica cotidiana de las campañas políticas demuestra que las facciones partidarias al gobierno- cualquiera- son toleradas, incentivadas, estimuladas y sobre todo apoyadas económicamente. El opositor es perseguido de manera subliminal, sus recursos son mezquinamente cercenados y los espacios de expresión retaceados o negados sistemáticamente. Y esta es una forma de criminalizar el disenso, de convertir la voz crítica en el enemigo a neutralizar. Si una marcha opositora ocupa un espacio público, sus integrantes serán dispersados y sometidos a proceso cualquiera que contravenga de la manera más leve cualquier norma.

La politización de los movimientos sociales es una forma de respuesta a la crisis institucional y de valores que campea en nuestra realidad social del 2013.

Un país en donde la mayoría de su población se encuentra debajo de la línea de pobreza, un salario que cubre solo las necesidades básicas, inseguridad, corrupción, precariedad institucional, creciente presión tributaria, desigualdad en la distribución de los recursos, manifiesto autoritarismo, son algunos de los factores que desencadenan la protesta social.

El compromiso ciudadano de los efectores de estos movimientos compele a promover alternativas válidas para generar acciones de gobierno que permitan recuperar la equidad.

Los planteos jurídicos acerca del disenso de la seguridad interior y la temática de la criminalización de la protesta, se enmarca dentro de un entramado de relaciones que a menudo no encuentran encuadre en el marco del sistema regulatorio positivo.

Si bien es admisible la idea de que los estados nacionales empiezan a perder su

poder hegemónico, no lo es menos que en nuestro país el gobierno sigue siendo el principal regulador de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos.

¿Cuál es la relación de este enunciado con nuestro tema de investigación? Claramente se observa que las acciones de criminalización son llevadas a cabo por agentes de gobierno o poderes del estado actualmente en autonomía menguante.

Desde los gobiernos autoritarios- y todos lo son en mayor o menor medida- lo que se pretende es acallar, desacreditar o proscribir las opiniones contrarias.

Es una forma de ejercer denominación, imponer la propia voluntad a la de otros. Entendiendo la dominación como la relación social que involucra una forma asimétrica de vinculación de los sujetos que integran dicha estructura.

En el terreno de la política, la forma de ejercer la dominación hacia los diferentes sujetos encuentran su basamento en una triada conceptual: ideología, coerción y recurso económico.

La criminalización del conflicto social es claramente una forma de establecer el control de las conductas, y por carácter transitivo de dominar a los adversarios.

El sistema judicial ha proporcionado un amplio espectro de posibilidades en este sentido. La flexibilización de las leyes laborales, la penalización de las protestas y la intervención judicial de gremios y sindicatos, son claros ejemplos de estas acciones.

La actividad del poder judicial en el área penal tiene la intencionalidad manifiesta de desacreditar a los movimientos sociales opositores como efectores de actividad política directa, unificando el discurso en torno a que quienes ejercitan esta actividad son sediciosos, agentes del caos y enemigos de la democracia.

La autoridad institucional del poder judicial, su legitimidad republicana y su autoridad doctrinaria son objeto de una manipulación indebida, toda vez que la democracia deja de tener sentido cuando la norma jurídica se convierte en una herramienta ajena a su cometido primigenio, para transformarse en un instrumento de dominación de los ciudadanos independientes.

4- La desobediencia civil.

Al hablar de “desobediencia civil” indiscutiblemente debemos mencionar a Rawls, como lo hicimos en los primeros párrafos de este trabajo.

Hugo Bedau, profesor de Harvard, nos dice que se comete un acto de desobediencia civil *“si y solo si una persona realiza una acción ilegal, publica, no*

violenta, y con intención consciente de frustrar -una de- las leyes, políticas o decisiones de gobierno. ⁶

Hay que tener en cuenta que el concepto que Rawls brinda de desobediencia civil en su obra “Teoría Política” está dado en un contexto de una sociedad ordenada, es decir democrática pero que no por eso en el transcurso de su desarrollo está exenta de cometer errores en contra de los ciudadanos que la integran. La desobediencia civil es concebida por este autor como “un *acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno*”. ⁷ Es decir es un recurso de excepción que es utilizado para repudiar o defenderse de las políticas, leyes que imparten las autoridades y cuando no existe otro medio por el cual los ciudadanos puedan lograr un cambio y estas vulneren sus derechos o condiciones.

Rawls se basa en su definición de desobediencia civil en el concepto desarrollado por el profesor mencionado pero marcando una diferencia sustancial que la aleja de la teoría clásica de aquel. Para este filósofo la desobediencia civil es aquella que se produce a partir de ciudadanos “*que reconocen y aceptan la legitimidad de la constitución*”. ⁸

*“Es por este reconocimiento que los que se involucran en acciones de desobediencia civil (u objeción de conciencia) aceptan padecer las penas que el derecho dispone en contra de ellos: existe, finalmente, una aceptación de la validez general del derecho, que se cuestiona en algún aspecto específico.”*⁹

(6) Bedau, H. “*On Civil Disobedience*”. Journal of Philosophy. 1961. Vol. 58. Pág. 653/ 661.

(7) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico.1971. Pág. 332.

(8) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico.1971. Pág. 332.

(9) Cohen, M. “*Liberalism and Disobedience*”. Philosophy and Public Affairs. 1972. Vol. 1, n. 3, Pág. 283-314.

Al mismo razonamiento llegamos si tomamos como punto de referencia a los estudios realizados por Ronald Dworkin al respecto. Par este autor las personas que realizan actos de desobediencia civil” *aceptan la legitimidad fundamental tanto del gobierno como de la comunidad; y actúan para cumplimentar más que para desafiar su deber de ciudadanos*”.¹⁰

Rawls, también fundamenta este reconocimiento por parte de los ciudadanos en su obra, exponiendo que hay que tener en cuenta:

“ ...la desobediencia civil es una acto político, no solo en el sentido que va dirigido a la mayoría que ejerce el poder político, sino también porque es un acto guiado y justificado por principios políticos, es decir, por los principios de justicia que regulan la constitución y en general las instituciones sociales.”¹¹

Siguiendo con la exposición de este autor, este nos plasma en su obra que para que sea justificado y legítimo el ejercicio de la desobediencia civil este tendrá que reunir ciertas condiciones:

- No debe pretender colapsar el sistema, es decir el ejercicio de la resistencia debe estar sujeta a demandar solución a actos de injusticia claros y actuales que atenten con el principio de libertad;¹²
- Debe presentarse cuando los recursos legales han sido agotados;¹²
- Se debe realizar un estudio sobre la conveniencia del acto de desobediencia y si es posible otro medio para solucionarlo.¹²

(10) Dworkin, R. “*A Matter of Principle*”. Harvard University Press. Cambridge. 1985. Pág. 105.

(11) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1971. Pág. 333.

(12) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1971. Pág. 339/ 340.

- Debe existir un elemento que organice y regule el movimiento, es decir dentro del marco de la ley ya que si la sociedad tratara de regularse por sí misma caería en una anarquía y los resultados serían más desfavorables que favorables.¹²

Esta última condición que expone Rawls es de suma importancia porque es allí donde se centra la legitimidad del acto y sobre todo es un requisito inexcusable que no sea violento, ya que Rawls fundamenta al decir “... *la desobediencia a la ley dentro de los límites de la fidelidad a la ley, aunque está en el límite extremo de la misma*”¹³. Y sigue “*con ella se viola la ley pero la fidelidad de la ley queda expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta*”¹⁴

Si bien estas condiciones expuestas por Rawls deben darse para la validez de la protesta como contrapartida de estas expone que no debe pretender colapsar el sistema democrático, debe ser imposible brindar una solución por otro medio legal y realizándose un análisis exhaustivo de las circunstancias. Ahora bien, el autor no deja de lado que en ciertas ocasiones los ciudadanos se vean perjudicados o afectados de una manera tal que afecte su dignidad y reaccionen de manera violenta al orden legal establecido y esto según Rawls es válido porque:

“... *emplear el aparato coercitivo del Estado con el objeto de mantener las instituciones manifiestamente injustas constituye, de por sí, un uso ilegítimo de la fuerza que las personas en su debido curso tienen derecho a resistir*”¹⁵

(13) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico.1971. Pág. 339/ 340.

(14) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico.1971. Pág. 334.

(15) Rawls J., “*La teoría de la Justicia*”. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico.1971. Pág. 331.

4- La desobediencia civil: su relación con la legitimidad y la seguridad jurídica.

En el punto anterior desarrollamos el concepto de la desobediencia civil tal como lo expone Rawls y ahora nos interesa como este se correlaciona este con legitimidad y la seguridad jurídica.

Los cortes de ruta, el derecho a la huelga, la discriminación estructural de familias que se encuentran en estado de indigencia desgastan la legitimidad que ostentan las instituciones, es decir las que representan al Estado. Los medios que utilizan los ciudadanos para corromper esa inasistencia o falta de respuesta por parte del Estado son un modo de demostrar que esa legitimidad ha sido erosionada.

El problema o disyuntiva se plantea porque el acto de desobediencia afecta a la seguridad jurídica y a la legitimidad, ambos de igual valor axiológico.

La seguridad jurídica es un principio del derecho y este es la garantía que el Estado le brinda al individuo de que sus derechos y garantías reconocidos tanto a su persona, como a sus bienes serán respetados de acuerdo a lo que establece la ley como así también que estos no serán modificados sin plena publicación correspondiente.

La legitimidad, por otro lado para Habermas “...es la mayor aspiración de un Estado democrático que pretende que los ciudadanos acepten voluntariamente y por convicción el orden político y jurídico. Para dicha aceptación voluntaria sólo puede darse si el ordenamiento jurídico se basa en principios dignos de ser reconocidos y que expresen un interés susceptible de ser generalizado, es decir, en principios generadores de consenso”. Agregando además: “De ahí que la legitimidad aparezca "casi" como sinónimo de justicia y bien común, que junto con la seguridad jurídica, son los tres grandes valores del Derecho. Si esto es cierto, su observancia se da en forma

*voluntaria, y no sólo por temor a la pena, lo que asegura la estabilidad social.”*¹⁶

Un estado democrático, es entendido en sentido amplio como el gobierno del pueblo soberano. Para que esa premisa básica pueda trasladarse a la vida concreta de una nación, una condición inexcusable es que los ciudadanos puedan ejercer activamente su participación cívica.

La protesta, es inexorablemente la única oportunidad que tienen los sectores postergados de ser actores sociales y constructores de su realidad.

En la democracia representativa, dicha facultad se patentiza en la posibilidad de expresarse, para manifestar sus posturas y para efectivizar las demandas. Esa es la única forma de participación que tiene el ciudadano. Lo contrario sería, circunscribir dicha condición al sufragio.

El reciente advenimiento de numerosas manifestaciones englobadas bajo el concepto de protesta social, en el amplio ámbito territorial de nuestro país, con motivaciones y formas expresivas diversas, han dado lugar a numerosos planteos jurídicos relacionados con cuestiones fundamentales como el valor relativo de los derechos esgrimidos para articular las mismas, el límite de su ejercicio, la protección del interés general estandarizado como bien común, la jerarquía de los derechos vulnerados, etc.

Este fenómeno plantea un panorama cierto de conflicto de intereses entre quienes llevan adelante las protestas, aquellos que son potencialmente damnificados por su accionar y el Estado, garante de la paz social y la seguridad de los ciudadanos.

Es necesario destacar que en un sistema democrático representativo, el ciudadano carece de herramientas fácticas que le permitan ejercer su rol de otra manera. Las únicas formas de participación son el sufragio y la petición a las autoridades.

Ante acciones discrecionales del mandatario, el soberano lleva adelante acciones de protesta tendientes a manifestar su disconformidad, de manera más o menos pacífica, a veces violenta, y hasta excesiva, pero siempre como reacción ante derechos conculcados por el gobierno o por particulares sujetos al control de este. _____

(16) Habermas, J. “*Ensayos Políticos*”. Ed. Península Barcelona. 1987. Pág. 285.

El surgimiento de la protesta social, es un mecanismo de respuesta ante el disconformismo, por condiciones adversas, de tipo político, social o económico.

Lo que se pretende desentrañar en la presente investigación es la legitimidad constitucional de dichas expresiones, la validez de las restricciones con las cuales se pretende criminalizarlas y la posibilidad de articular nuevas conductas generadoras de áreas de conciliación que establezcan una perspectiva práctica dentro de un ámbito de proporcionalidad, legitimidad y legalidad.

El derecho a protestar se yergue como un elemento preponderante de la libertad política en un Estado democrático. Es la facultad de criticar las instituciones con base jurídica en la libertad concedida por el ciudadano en el marco del pacto democrático que articula el Estado.

Históricamente la expresión de la disconformidad frente a situaciones políticas coyunturales mediante la movilización social, ha sido una forma arquetípica de la participación democrática de los ciudadanos en escenarios democráticos, por lo que tipificarla o estigmatizarla es vulnerar uno de los resortes basales de la armonía institucional. El desafío es arribar a un protocolo de consensos que permita conciliar de manera pacífica y respetuosa, el ejercicio democrático de los derechos de todo el espectro ciudadano.

Parafraseando al ex presidente de Costa Rica, Dr. Oscar Arias, en oportunidad de la recepción del Premio Nobel de la Paz: ...la democracia de América ha costado la vida de muchos de los mejores hombres de esta tierra. Honrarla con acciones dignas, ajustadas a derecho, tarea en la que la administración del gobierno tiene una responsabilidad preponderante, es una tarea en la que se deben comprometer ingentes esfuerzos, con urgencia y eficacia. Para que las próximas generaciones puedan gozar de una democracia real y no declamada. Si esto no se convierte en hechos, seguiremos perpetuamente en deuda con la historia.

5- Conclusión.

El curso histórico del devenir y la dinámica de la vida social muestra que las acciones contrarias al interés colectivo por parte de la autoridad siempre han generado reacciones más o menos violentas en procura de modificar un estado de situación que se considera violatorio de derechos esenciales.

Con el advenimiento del capitalismo lo que el Estado intenta de uno u otro modo a través de políticas sociales, económicas, etc. “controlar”, mantener un orden social ordenado, equilibrado para aparentar de esta manera un lugar propicio para inversiones extranjeras. Por ello lleva a cabo políticas de represión de las movilizaciones sociales para acallar los reclamos.

El sujeto que protesta no tiene intención de derrocar al gobierno, no quiere hacerse con el poder. Lo que busca es mejorar su calidad de vida, su contingencia presente. Esto por supuesto no habilita a que los reclamos sean en forma violenta o ilícita, sino respetando los límites de la ley.

De esta manera podremos concluir que el Estado para compaginarse con el nuevo orden social impuesto fluctúa entre dos variantes: el consenso- que deviene de la democracia – y la represión. Estado que por ello torna programáticos y no operativos los derechos de los ciudadanos.

A simple vista podemos estimar que el conflicto social no solamente es estrictamente jurídico sino social y político.-

CAPITULO II: MARCO NORMATIVO.

“Cuando digo que para combatir el terrorismo tengo que disminuir las garantías de los terroristas, no es que va a haber menos garantías a los terroristas e iguales garantías al resto de la población. Salvo que los terroristas sean reconocibles físicamente. Que sean verdes. En la medida que eso no suceda, la disyuntiva es: se disminuyen las garantías de toda la población, con lo cual se corre el riesgo de confundir a cualquiera con un terrorista, o mantengo las garantías”. Eugenio Zaffaroni

1-Criminalizacion de la protesta.

En nuestro país el advenimiento de un diseño estado neoliberal trajo consecuencias sociales para los sectores más vulnerables de la población.

- concentración económica.
- marginalidad e hiperinflación;
- incremento del asistencialismo.
- inconformismo traducido en crecientes movilizaciones y protestas.

Estas medidas de acción directa encuentran su forma de expresión en:

- cortes de ruta o piquetes.
- escraches o acciones de repudio.
- estallidos sociales o puebladas.

Estas formas de protesta traen aparejado un conflicto de derechos (libre expresión vs. libre circulación). La forma de reprimir dichas manifestaciones ha sido encarada en el ámbito judicial mediante la aplicación del Art. 197 del CP.

El agravamiento de las imputaciones (derivadas de actuaciones de oficio de los fiscales en la mayoría de los casos) ha llevado inclusive a que algunos de los organizadores de las protestas fueran encarcelados mientras se sustancia el proceso respectivo.

Inicialmente las protestas masivas eran pasibles de imputación por delitos contravencionales (restricción de circulación, resistencia a la autoridad, etc.) pero gradualmente las imputaciones han alcanzado tipos penales no excarcelables (coacción agravada, privación ilegítima de la libertad, sedición, etc.).

Otra mecánica observada ha sido el ataque a la credibilidad y el liderazgo de los dirigentes sociales más emblemáticos, por ejemplo acusándolos de malversación de los fondos de acción social o manejos fraudulentos de planes de asistencia.

Otra medida altamente restrictiva ha sido la imposición de obligatoriedad de autorización policial para la realización de marchas y actos, lo que coacciona aún más la libertad operativa de los manifestantes.

Párrafo aparte merece la especial situación de los pueblos originarios. Dichos grupos étnicos (qoms, collas, mapuches, wichis, tobas y querandíes) demandan históricamente la legítima posesión de las tierras habitadas por sus ancestros. Tales pretensiones encuentran amplio reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico: Ley 23.302, Art. 75 inc. 17 de la CN y el Tratado 169 de la OIT con rango constitucional. Sin embargo, las protestas de estos grupos poblacionales han sido reprimidas de manera cruenta, abusiva e ilegítima, sin que hasta la fecha se articulen acciones ajustadas a derecho que protejan sus legítimas demandas, más que injustamente conculcados.

Otras formas similares de represión han sido perpetradas en contra de grupos campesinos, como el MOCASE (Los Jurés. Santiago del Estero 2004/2005) Comunidad La Loma (Salta 2007), Comunidad Banda Norte (Oran- Salta- 2004/ 2007/ 2009). Comunidad Mapuche Pillan Mahuiza (Esquel 2011); estas comunidades enfrentan una dura contienda en contra de poderosos grupos económicos (latifundistas,

mineras y petroleras) quienes se adueñan de sus territorios, contaminan sus recursos y aniquilan a sus poblaciones, sin que el sistema jurídico cuya protección tienen derecho, haya amparado las legítimas pretensiones por las que reclaman.

2- La cuestión fáctica.

Criminalizar la protesta social implica crear una línea difusa que trasunta el ámbito estrictamente jurídico, al convertir la lucha social en delito y a sus actores en delincuentes.

Es necesario abordar esta problemática desde un sesgo filosófico, sin abandonar el cometido estrictamente jurídico de este trabajo a fin de desentrañar cual es el cometido de considerar las protestas como herramientas democráticas de participación ciudadana, y protegida radicalmente por nuestra CN.

Acallar el conflicto social conlleva atomizar el pensamiento y acallar las disidencias. Si la acción que se está llevando a cabo es violatoria de un derecho, amenaza el orden, el sistema establecido y ello la convierte en pasible de punición. Obsérvese como soslayando claramente el planteo sociológico se vuelve inevitablemente jurídico, y es la misma ley (aplicada por los órganos jurisdiccionales del Estado) la que se encarga de acallar la legítima protesta.

3-Análisis Jurídico de la Protesta Social.

Es importante señalar como consideración previa que una protesta es la reacción consecuente de un estado de insatisfacción de una demanda justa o la pérdida de un derecho o la imposibilidad de su ejercicio en toda la amplitud que se pretende.

En un estado ideal, con instituciones perfectas, dicha protesta debería ser canalizada por los respectivos cauces jurisdiccionales, prescindiendo de las vías de hecho.

Pero la realidad indica que tal situación utópica es fácticamente imposible, por lo que las protestas de la índole más variada forman una constante de nuestra realidad cotidiana.

Entendiendo la protesta social como el fenómeno que pretende evidenciar la injusticia, su accionar debería estar orientado a reinstaurar aquello que se considera justo. Y esto es precisamente la esfera de acción del derecho. El equilibrio entre la adecuada distribución: “librae juris”.

Tal como la conocemos en nuestro ámbito la protesta suele expresarse de forma más o menos orgánica, con algún dejo de violencia y con un cierto grado de desorden.

Ello conlleva a que quienes se ven afectados por dichas acciones deslegitimen el reclamo, no tanto porque discrepen con sus objetivos, sino por la arbitrariedad de sus metodologías.

Dada la pluralidad de situaciones que se generan, la solución dista mucho de ser sencilla.

El derecho constitucional consagra el reconocimiento al derecho a manifestarse, pero la problemática se complejiza en el ámbito dogmático penal.

4- La Teoría del Delito.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra que: *“es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen jurídico a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”*. (Considerando 3º)

Ahora bien, si el Estado deviene en insuficiente o ineficaz para la protección institucional de los derechos, la protesta se yergue como legítima.

El derecho de protesta está expresamente consagrado en la CN y los tratados internacionales con rango constitucional, ya que se consideran implícitos en la libertad de conciencia, pensamiento y religión -Art. 18 DUDH-, en la libertad de opinión y expresión -Art. 19 y 32 CN-, de reunión y asociación. Estos derechos exceden el ámbito privado de la conciencia y se trasladan a la expresión pública.

Habida cuenta de lo expuesto, el ejercicio de un derecho no puede configurar un delito.

La tipicidad penal es absolutamente restrictiva y sujeta a principios dogmáticos

taxativos.

Un caso típico es el de la obstrucción de la circulación en rutas o accesos urbanos. Se ha pretendido aplicar el art. 194 del CP a este tipo de acciones. Esta tipificación es muy elástica, ya que para que la conducta se adecue a la figura penal es necesaria la presencia de un peligro cierto, concreto, real, no la mera perturbación u obstaculización.

Por otra parte, la consecuencia jurídica del delito, la pena, requiere una correspondencia con el daño causado.

Otra de las imputaciones es la extorsión (por ejemplo en la demanda de alimentos ante las grandes cadenas de supermercados). El tipo penal -Art. 141 CP- exige una doble amenaza a la libertad y a la propiedad, de tal magnitud que configure una amenaza que lesione radicalmente bienes jurídicos. La magnitud de la pena: prisión o reclusión de cinco a diez años, restringe válidamente la adecuación al tipo penal.

La última de las figuras invocadas es la sedición -Art. 230 CP- la que tampoco es aplicable, ya que de conformidad con la perceptiva legal del inc. 1º no basta que el imputado se atribuya la representación popular, sino que también pretenda el ejercicio de tales derechos.

Otro tanto se presenta en el Art. 239 del CP en la hipótesis del tipo de la desobediencia a un funcionario judicial. La desobediencia podría configurar una contravención, pasible de sanciones administrativas, pero solo en caso de que dicho accionar debería provocar una lesión a bienes jurídicos de entidad tal que pusiera en grave riesgo el sistema institucional.

Análogo tratamiento presenta la preceptiva del Art. 213 del CP (apología del delito). Esta figura penal debe considerarse de manera sumamente acotada y restringida. La ponderación debe considerar el predicamento social de que goza el sujeto que emite la proclama, el auditorio ante que se expresa, las acciones que se desencadenan como epílogo de las expresiones apologéticas, etc.

En definitiva, proclamar consignas críticas o expresar el disenso de manera no ortodoxa no constituye apología del delito. Es necesario hacer hincapié en el carácter

taxativo de los tipos penales dentro de nuestro sistema jurídico.

Finalmente si las conductas de los manifestantes constituyen hechos antijurídicos corresponde analizar la cuestión de la culpabilidad.

Cuando la protesta deviene en injusta porque la cuestión reivindicada es improcedente o porque se soslayaron los legítimos recursos institucionales idóneos para satisfacer sus reclamos, puede presentarse la responsabilidad civil por los daños causados (culpa) lo que eventualmente acarrearía una responsabilidad patrimonial resarcitoria.

5- Derecho constitucional argentino.

Conforme a la normativa plasmada en la Constitución Nacional, en nuestro ordenamiento jurídico todas las formas de expresión (verbal, escrita, por redes sociales, grafica, etc.) encuentran protección jurídica, haciéndose caso omiso a circunstancias colaterales como su contenido o el consenso que puedan concitar en adhesión a su discurso.

El Estado como garante de la convivencia armónica de todos los segmentos de la sociedad, debe mantener la neutralidad ante la oposición a sus políticas y facilitar instrumentalmente el debate público.

La libertad de expresión se materializa en la publicidad irrestricta de la misma. Esto es fundamental para el funcionamiento y consolidación de la vida democrática. Son estos preceptos lo que dan basamento jurídico a las expresiones de protesta en la vía pública, es por esto que es casi una obviedad señalar que casi la totalidad de las manifestaciones callejeras, de cualquier índole, son expresiones de crítica a determinadas acciones de gobierno o demandas reivindicativas desde sectores que se consideran injustamente marginados.

Pero en la práctica, el derecho reconocido como tal encuentra graves dificultades para su ejercicio efectivo. A diario podemos observar como moneda corriente el desalojo de piqueteros, al vallado de amplios sectores del espacio público, a represiones violentas y a la judicialización de las conductas de los manifestantes, no específicamente contempladas en ningún tipo penal.

Tal como lo expresa Ricardo Canese, en su obra “Criminalización de la Protesta”:

“No obstante, la generosa regulación constitucional del derecho a la manifestación pública o la protesta, en la práctica sufre las restricciones derivadas de la cultura autoritaria de quienes ejercen el poder. En los últimos años las fuerzas de la seguridad han cometido un sinnúmero de abusos y por su parte los tribunales han endurecido las posturas condenando e inhabilitando a los activistas sometidos a proceso. Así se consolida un triángulo de poderes utilizado para quienes intimidar a quienes protestan.”¹

Se debe sostener como premisa dogmática que llevar la protesta social al terreno penal es la forma más segura de agudizar el conflicto y mantenerlo sin solución.

La demanda de reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone la concurrencia de otros derechos de raigambre constitucional; tales como la libre asociación, el derecho a reunión, a la información, a la publicidad de las ideas.

La contracara de estos derechos la constituye la obligación del Estado de garantizar el acceso a toda a la sociedad a los servicios básicos diseñando los espacios de expresión con alcance igualitario. Esta doble dimensión es la que genera los conflictos a la hora de acordarle un espacio genuino a la protesta.

Concretamente se trata de ponderar adecuadamente la prevalencia de derechos sociales y civiles. La cuestión parece analizar los alcances de la libertad, desde una perspectiva pragmática despejada de retórica.

Jean Jacques Rousseau nos ilustra al respecto: *“El hombre nace libre pero en todos lados esta encadenado”²*

(1) Canese R., “Criminalización de la protesta”. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2008. Pág. 85.

(2) Rousseau, J.J. “Contrato Social”. Ed. Tecnos. 1988. Barcelona. Pag.7.

La democracia y su pleno y efectivo ejercicio demandan de cada uno de los sujetos que la integran, la renuncia voluntaria a una parte de esa abstracción simbólica que significa el derecho a..., la libertad de...

El sistema legal, es precisamente eso: un voluntario encuadre a normativas específicas que regulen las conductas.

La dinámica social evoluciona permanentemente y en nuestro país, se han producido notorias transformaciones en este sentido. El mero hecho de que vastos sectores de la sociedad se sientan legitimados a expresar enfáticamente su rechazo al gobierno - fenómeno del 8N del 2012 y 8A del 2013- implica que han superado la etapa del terror de la década del 70.

6- La protesta social en el derecho constitucional.

Habiéndose expuesto ya sobre la protección que nuestra Carta Magna acuerda a aquellos cuyas acciones se encuadran dentro de la denominación conceptual de "protesta social", y estando claramente establecido que la cuestión a debatir es el conflicto de derechos, cabe señalar como consideración básica, que el derecho a la protesta, a la asociación con fines lícitos, a la expresión, a la crítica, la huelga, etc. deben ser derechos mantenidos, preservados a ultranza y respetados en todas sus manifestaciones. Si en cuestiones específicas, hechos puntuales, se detecta un accionar contrario a derecho, esa cuestión se analizara en el ámbito judicial, aplicándose las sanciones que corresponda no por protestar, sino por violar la ley.

Casos como el de la protesta social involucran reflexiones sobre cómo concebimos a la democracia. Este apotegma queda plasmado en las decisiones judiciales, que son en definitiva las que aplican la normativa de derecho constitucional, civil o penal para cada caso concreto.

Es absolutamente cierto que el ejercicio de un derecho no puede importar la supresión de otros. De todos modos, al momento de hacer un balance acerca de qué peso asignarle a cada derecho, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad

de expresión no es un derecho más, sino en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático.

La mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía acarrearán costos y molestias para terceros que, sin embargo, y en principio, deben tolerarse en honor a la libertad de expresión.

En muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político.

Es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público.

7- Protesta social y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Dentro del listado de derechos fundamentales que consagra la Carta Magna, se encuentra el derecho que tienen las personas a reunirse, a la libre asociación, a expresar sus ideas, a publicar las mismas, a peticionar a las autoridades y a requerir publicidad en los actos de gobierno.

Una de las manifestaciones o formas de ejercer el derecho de reunión, es la denominada “protesta social”, legitimada por numerosas Convenciones de Derechos Humanos y reconocida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos.

Si bien la cuestión teórica parece ser unánimemente admitida, en el terreno fáctico, se presentan discrepancias cuando las manifestaciones de protesta afectan los derechos también fundamentales de aquellos que no comparten la ideología de la protesta o la forma en que esta se lleva a cabo.

Una protesta social, pacífica, desarmada, silenciosa y marginal, sin lugar a dudas estaría muy lejos de ser censurada por el conjunto social, pero no es menos cierto que carecería de un elemento de presión que la hiciera eficiente para lograr el cometido de llamar la atención de aquellos que deben subsanar el estado de situación contra el que se

reclama.

El derecho de reunión es un derecho político por excelencia. Establece una relación entre gobernantes y ciudadanos, determina su participación en la vida democrática y le permite – desde su acotado rol – decidir en cuestiones fundamentales de la administración de la cosa pública.

Cabe hacer aquí una distinción ontológica. Por su parte, los derechos civiles corresponden al ser humano, por el mero hecho de ser persona y legitiman su accionar desde una absoluta autonomía frente al Estado y los demás seres humanos. En otro ámbito, los derechos políticos son los inherentes a la calidad y condición de ciudadanos y se relacionan con las cuestiones de la vida democrática, la administración de los bienes y recursos por parte de los mandatarios y con el ejercicio soberano del poder, delegado pero no renunciado.

La importancia capital de los derechos políticos radica en su inexcusabilidad para el fortalecimiento del ejercicio democrático de las instituciones, la custodia a ultranza de los derechos humanos, la participación en la vida comunitaria y la deliberación en los asuntos de interés común.

En forma concordante con lo expresado, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, mediante opinión consultiva OC-13/93 señala que: *“El principio de la legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables y en la sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías, constituyen una tríada, donde cada uno de los componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.”*

Tanto los derechos civiles como los políticos, son denominados “derechos de primera generación”, establecidos por el constitucionalismo clásico, a través de las primeras declaraciones de derechos dictadas con sentido democrático (es decir dictadas para el conjunto de la población, y no para determinados estamentos de elite).

El Bill of Rights inglés (1689), la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776), la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de Francia (1789) consagran la inalienabilidad de dichas potestades.

Específicamente en el tema de nuestro análisis, la Declaración Universal de los

Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual consagro en el art. 20 inc.1 : *“toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”*.

La importancia de la referida mención radica en que, desde ese momento, la libertad de reunión quedó consagrada como un derecho humano o derecho fundamental de carácter universal; estableciéndose como única condición para su ejercicio que sea de carácter pacífico.

En mayo de 1948, se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXI señala que: *“toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”*.

Es interesante señalar que aquí se introduce los conceptos de manifestación pública y vocación de permanencia, dando noticia de que es en este ámbito donde se desarrolla el proceso de deliberación requerido para la vida política de una sociedad democrática. Otro interesante aspecto que introduce esta declaración es que las agrupaciones deben estar convocadas por un interés común.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966, desarrolló más ampliamente el ejercicio del derecho de reunión. En efecto, el artículo 21 del Protocolo:

- Reconoció el derecho de reunión pacífica.
- Estableció que las restricciones a su ejercicio solo podían realizarse mediante ley.
- Estableció que tales restricciones legales solo podían ser aquellas que resulten necesarias en una sociedad democrática, por razones de seguridad nacional, seguridad pública u orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Este instrumento internacional estableció un conjunto de parámetros para el ejercicio del derecho de reunión pacífica que resultan muy importantes para delimitar los alcances del derecho y las regulaciones que se le pueden imponer válidamente.

En el año 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 15 señala que: “*Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás*”. Lo novedoso en este caso es que exige que las manifestaciones sean pacíficas y desarmadas.

La única restricción que el consenso unánime de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos consideran válidas son la presencia de un riesgo cierto, concreto y objetivo para la vida democrática del país, la alteración grave del orden público y razones de índole sanitaria.

8- Análisis de la Ley Antiterrorista Argentina (26.734).

La ley de marras, sancionada el 22.12.2011, bajo el nombre “Modificación del Código Penal sobre prevención, investigación y sanción de actividades delictivas con finalidad terrorista” en esencia constituye un agravante de los tipos penales, por imperio de la normativa del art. 41 quinquies del citado cuerpo legal.

Se trata de un agravante genérico, lo cual conlleva que sus alcances la conviertan en aplicable a cualquiera de los delitos tipificados en la parte especial.

Conforme lo dicho, la nueva redacción del artículo, es la que sigue: “*Cuando algunos previstos en este código hubiera sido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional, a realizar actos o abstenerse de hacerlos, la escala penal se incrementara en el doble del mínimo y el máximo*”.

La primera consideración que cabe efectuar a esta cuestión es que todos los delitos -por ello el agravante es genérico- pueden ser cometidos con cualquiera de estas dos finalidades (aterrorizar o inducir por la fuerza a cometer actos) o con la concurrencia de ambas.

La semántica de la expresión “aterrorizar a la población” ofrece un amplísimo

espectro de posibilidades interpretativas, por lo que debería circunscribirse el ámbito de su aplicación a aquello que fue el principio rector del legislador a la hora de sancionar la norma, sin que su aplicación extensa y analógica pueda alcanzar a las actividades vinculadas con la temática en análisis en el presente trabajo.

De lo contrario, cualquier conducta delictiva, por el mero hecho de incrementar la sensación de inseguridad y generar miedo en la población caería bajo la órbita punitiva de la norma en análisis.

La primera dificultad de que nos plantea deriva de la falta de un concepto preciso para el término terrorismo. Tanto la Convención Interamericana contra el terrorismo -luego plasmada en Ley 26.023- y la Convención Internacional para la represión financiera del terrorismo -Ley 26.024- carecen de una definición taxativa de cuales actos se consideraran terrorismo, lo que aun genera mayor discrecionalidad en el juzgador, y evidencia peligros graves para los sujetos sometidos a proceso por estas causales.

Es decir, que no es aventurado pensar que los tribunales penales argentinos podrán considerar terroristas a los ilícitos relacionados, por ejemplo, con la propiedad, el sistema económico, la protesta social, entre otros, o mejor dicho todos los delitos tipificados en nuestro Código Penal. El segundo aspecto a considerar, es el que refiere a obligar a las autoridades públicas nacionales o extranjeras o agentes de una organización internacional a realizar un acto, o abstenerse de hacerlo.

En este párrafo, debe considerarse su alta peligrosidad, en principio por la vaguedad conceptual, sino también por las actividades de naturaleza política que podrían verse implicadas en el tipo normado: extorsión, secuestros extorsivos, coacción, etc. Finalmente, adentrándonos en la cuestión específica de nuestro estudio, el artículo en análisis indica que: *“las agravantes previstas en este artículo no se aplicaran cuando el o los hechos de que se traten tuvieran lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”*.

Esta profusión de figuras jurídicas genera aún más inconvenientes a la hora de su interpretación, con un doble efecto negativo:

- a) Por un lado los derechos constitucionales, se ejercen libremente, lo que

ofrece reparos cuando la norma señala que pueden ser punibles, si lo indica la ley penal en forma expresa

b) En segundo lugar se aparta a la ley de su cometido original, haciéndola aplicable a un número indeterminado de actos jurídicos

Es llamativo, y merece ser puntualizado, que cuando la presidente envía el proyecto al Congreso, incluye un párrafo que reza textualmente: *“Queda terminantemente excluido de cualquier posible interpretación criminalizante, los hechos de protesta social, toda vez que estos están dirigidos a reclamar por derechos individuales o colectivos y en el supuesto que pudieran transgredir la ley penal”*³.

Conforme la redacción propuesta, y en virtud de la tradición normativa y jurisprudencial nacional, no dejarían de constituir el ejercicio de un derecho constitucional. Pero también cabe la aclaración de que el mensaje de elevación, no integra el tipo penal, no se sanciona junto con la ley, ni integra su cuerpo dispositivo, aunque parezca una obviedad aclararlo. Lo cierto es que el párrafo transcrito no pasa de ser un mero voluntarismo, expresado en haras de la corrección política. Desde su discurso no se asegura que los líderes sociales y los participantes de las protestas no sean perseguidos, procesados bajo esta nueva figura o al menos sometidos a una fuerte intimidación para sofocar sus reclamos.

En tal sentido se expresa Marina Soberano en su manifiesto: “Protesta social, delito, derecho o deber”, cuando manifiesta que. *“instaurar la idea de una regulación de la protesta puede ser el primer paso para anularla”*.⁴ _

(3) “La modificación del Código Penal sobre prevención, instigación y sanción de actividades delictivas con finalidades terroristas”. Diario de sesiones del Senado de la Nación. Sesión del 13/06/2007. Carta de Elevación del PE. Pág. 11.

(4) http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=123

Algunas entidades de derechos humanos, destacados juristas y fundamentalmente el CELS, han alzado sus voces en protesta por esta ley que se considera inconstitucional a todo evento, ya que coloca en un plano de igualdad a acciones que conllevan la comisión de delitos penales, y las luchas reivindicativas de derechos por parte de actores sociales, en el marco de cualquier acción de disenso, movilización, huelga, ocupación de tierras, ocupación de la vía pública u otras acciones enmarcadas en la lucha social y política, si entendieran que esto “aterroriza a la población” generando no solo incertidumbre, sino también poniendo en grave riesgo la convivencia democrática.

En todos los casos se duplican los mínimos y los máximos de las escalas penales y permite sancionar como terrorista no sólo a las acciones de grupos organizados, sino también a acciones individuales o colectivas de personas que no sean el fruto de una organización puntual. Por ejemplo, si vecinos cortan una calle exigiendo la prestación de servicios mínimos que deben ser garantizados por el Estado podrían eventualmente ser encuadrados en esta nueva normativa.

Cabe señalar que el Código Penal de 1921, dejó sin efecto el sistema de agravantes y/o atenuantes genéricas y estableció para la mayoría de los delitos, escalas penales divisibles, proporcionándole al órgano jurisdiccional la discrecionalidad en la individualización concreta, conforme la valoración de las circunstancias objetivas y subjetivas dispuestas en el art. 41 del C.P. Con ello se otorga al juez de libertad para que la medida de la pena se ajuste a las particularidades del hecho delictivo y a las condiciones personales del autor, como una forma de asegurar mayor equidad de las sentencias.

En la parte especial, el legislador dispuso las escalas penales en consideración a la concurrencia o no de atenuantes o agravantes y una vez encartado el hecho en una de dichas figuras, el juez procedía a encuadrar la pena con arreglo al mínimo y al máximo de la escala aplicable.

Dentro de este análisis técnico del cuerpo normativo, la inclusión de agravantes genéricas, generó numerosos reparos doctrinarios, puesto que se las ha considerado ajenas a las fuentes originales del código y además, por resultar innecesarias dada la amplitud operativa del art. 41 del C.P. que permite computar como agravantes variadas circunstancias del hecho, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva.

Creemos que al incluirse agravantes genéricas cuyo efecto es alterar las escalas penales, modalidad ajena a nuestra cultura jurídica, no se dimensionó debidamente su impacto con la parte especial del Código, y por ello no se advirtió la necesidad de prever normas complementarias que regulen su aplicación.

Otra de las consideraciones que es necesario puntualizar de los agravantes del art. 41 quinquies es que no especifica a cuáles conductas típicas le está dirigida.

Desde esta línea argumentativa, se declara que hay una manifiesta violación al principio de legalidad y unos de sus derivados inmediatos como es el de la máxima asertividad legal o *lex certa*, ya que no es posible establecer que el alcance semántico sea claro, preciso y determinado.

Esto por eso que resulta conveniente traer a colación una frase que expusieron los profesores Zaffaroni, Alagia y Slokar al tratar este tema cuando mencionan *“la ley penal se expresa en palabras y estas dejan siempre dudas interpretativas. El derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica; el juez debe exigir la máxima asertividad. Las agencias políticas no siempre cumplen con esta exigencia, de modo que el juez se encuentra con leyes que con demasiada frecuencia violan la exigencia de estricta legalidad. Frente a estas situaciones el juez tiene dos posibilidades. Declarar la inconstitucional de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad restrictiva y entender el texto en la forma más restrictiva del poder punitivo posible.”*⁵

Determinar cómo bien jurídico tutelado para agravar las imputaciones penales reguladas en el Código Penal “el temor de la población” establece la utilización del derecho punitivo para sancionar acciones colectivas, desvinculándolas de los mismos bienes que primigeniamente se pretendió tutelar. _____

(5)Zaffaroni, Alagia, Slokar. *“Manual de Derecho Penal, parte general.* Ed. Ediar. Bs.As. 2005. Pág. 106.

Finalmente, debe considerarse que el dolo es un elemento intrínseco de toda conducta penalmente reprimible, por lo que se deberá considerar escrupulosamente las íntimas motivaciones del acto de protesta (desde ya ajenas a este instituto jurídico) para hacerlas pasibles de las sanciones que esta normativa contempla.

No corresponde a los alcances de este análisis determinar si la ley en cuestión es eficaz para combatir el terrorismo. Lo que sí es claro que genera una serie de interpretaciones ambiguas ajenas a nuestro sistema jurídico que la vuelven carente de operatividad y susceptible de fundados planteos de inconstitucionalidad en los casos concretos en que se pretende su aplicación analógica a las protestas sociales. Lo que no puede ni debe admitirse es que se pretenda dar el tratamiento de terroristas a los activistas sociales, sindicales, estudiantiles, ecologistas, etc. Solo por la mera suposición de que sus conductas potencialmente podrían provocar inseguridad en la población, o (tal como dice la ley) atemorizar a los individuos.

Las leyes en general, y de modo particular las penales, deben ser concretas, precisas y específicas, de lo contrario se desnaturaliza su cometido y se subvierte su legitimidad.

9- Conclusión.

El conflicto de derechos que se evidencia en la protesta social se traduce en la práctica en un endurecimiento de la actividad represiva del Estado, la que conlleva acciones extremas como la proscripción de militantes y la persecución de activistas.

Parece ser que la tendencia dominante en la última década ha sido encuadrar toda expresión opositora dentro de algún tipo penal. Desde la judicialización de las medidas represivas hasta la sanción de la ley antiterrorista, todas las acciones se orientan a acallar el disenso.

Y sin lugar a dudas, coartar la libertad de expresión, amordazar la protesta y proscribir a sus efectores, significa socavar los fundamentos esenciales de la democracia y la vida republicana.-

CAPITULO III: Posturas doctrinarias y jurisprudenciales con respecto a la criminalización de la protesta social.

“¿Es posible justificar simultáneamente la obediencia y el rechazo a la obediencia? ¿La autoridad y los límites de la autoridad? Ahí está el problema eterno del orden político, del que todos los regímenes...son soluciones siempre imperfectas”. Raymond Aron.

1-Análisis de las valoraciones de los jueces a la hora de resolver los casos de protesta social.

Cuando desde numerosos ensayos doctrinarios (Rodríguez, Gargarella, Auyero) se instala en el análisis jurídico el concepto “criminalización de la protesta”, a lo que se alude concretamente es a la penalización de las posturas opositoras. Es una forma casi eufemística de delatar el indudable componente político en las causas judiciales en las que – en definitiva- se trata de neutralizar el accionar de aquellos militantes sociales o políticos que no convergen con la ideología o las pautas programáticas del gobierno.

La criminalización es una forma de silenciar el disenso más sofisticada que la represión. Aquí la apuesta es más refinada.

Según un informe emanado de la CTA con datos actualizados a Diciembre 2012, (sin que se puedan analizar las fuentes de las cuales se extrae las cifras) en nuestro país,

hay más de tres mil procesados por diferentes causas, todas ellas vinculadas a la protesta social.

Las imputaciones más frecuentes son obstrucción de la vía pública, usurpación y extorsión. Sin embargo, hay otras causales como la de Gabriel Rosas, condenado por hurto y obstrucción de propiedad pública, por haber destruido parte de un cordón cuneta y desmantelado un muro de contención en oportunidad de una protesta barrial.¹

El 28/4/2004 la Cámara de Casación Penal n° 1 condeno a nueve trabajadores ferroviarios por considerarlos incurso en el delito previsto en el Art.194 CP sentando precedente jurisprudencial al manifestar expresamente que: *“cortar rutas y vías de tránsito constituye un delito”* (Ana Blanc y otros)²

En Diciembre del 2011 una investigación periodística denunció que a través del denominado Proyecto X, Gendarmería Nacional realizaba grabaciones de la marcha de los trabajadores de la empresa Kraft a fin de individualizar a los dirigentes más destacados y ejercer diferentes formas de presión ante la patronal para que fueran despedidos. Luego de varias desmentidas oficiales, fue la propia ministra Garre quien admitió la autoría de la maniobra, justificándola públicamente en la conferencia de prensa al señalar: *“el modelo de país diseñado por este proyecto, no admite ni traidores, ni extorsionistas”*³.

También resulta interesante mencionar que en el caso Alanis la Cámara de Casación Penal, sostuvo que *“la gente involucrada en los cortes no era inocente, ya que seguramente detrás de sus reclamos y protestas había algún partido político u otros intereses particulares”*.⁴

(1) Cría Sexta de Tolosa- Fiscal Marcelo Eduardo Martini. UFI 3. Juzgado de Garantías n°3 .SS Néstor de Aspro. Causa 20743.

(2)CSJN Fallo 241/291

(3)Fuente: Ediciones Digitales de Diarios Nacionales del 17/12/2011.

(4)Causa 4859 Alais Julio Alberto y otros s/ Recurso de Casación. CNCP. Sala III- 23/4/2004.

Una de las características esenciales del Estado de derecho lo constituye la seguridad jurídica. Existen principios enunciados previamente a los cuales los sujetos deben someter sus conductas. Cuando uno acciona, transgrede el límite impuesto por la ley, el Estado pone en marcha un proceso que en última instancia le impondrá una sanción.

Tal como adocina Enrique Bacigalupo en su obra “Principios Constitucionales del Derecho Penal: *“el Estado garantiza la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actuación del Estado a normas y principios jurídicos, que racionaliza la vida en común de los ciudadanos, permite un eficaz cumplimiento de los cometidos del Estado y hace previsible el marco normativo del colectivo social”*”.⁵

La iniciación de causas penales a sujetos participantes, organizadores, y activistas de protestas sociales desnudan claramente la intención gubernamental de controlar la acción política opositora. Visto de esta forma, el derecho penal se convierte en una herramienta ilegítima de control. También se observa un notorio avance de las acciones operativas de las fuerzas de seguridad (gendarmería y policía) en la que se verificaron groseros excesos de procedimiento.

El poder jurisdiccional del estado encuentra límites muy precisos en su accionar, ya que las conductas susceptibles de ser sancionadas con condena penal están taxativamente enumeradas en el cuerpo normativo respectivo y el debido proceso y otras garantías con que gozan los ciudadanos.

Para que la pena pueda ser aplicada a una conducta es requisito inexcusable el concurso de condiciones específicamente normadas:

- Tipicidad, antijurídica y dolo;
- Ley previa, escrita, cierta y estricta
- Proporcionalidad de la pena al derecho afectado;
- Efecto lesivo de la acción;

(5) Bacigalupo, E. “Principios Constitucionales del Derecho Penal” .Ed. Hammurabi. Bs. As2000. Pág. 231.

-Relación de causalidad entre la acción y el resultado;

- Responsabilidad manifiesta (culpa o dolo);
- La sanción punitiva solo puede ser aplicada luego del debido proceso y desde que la sentencia quede firme.
- El proceso debe entablarse en un sistema de doble instancia (instrucción y acusación- deliberación y sentencia)
- La carga probatoria recae en la acusación y es a su costa la producción de los elementos objetivos de convicción.

El acusado debe contar con todas las garantías para su defensa, conocer acabadamente las acusaciones que se le imputan, las pruebas que fundamentan su acusación. Asimismo debe poder aportar elementos exculpatorios y contar con adecuada asistencia técnica letrada.

La práctica forense y los resultados de aquellos procesos (que se analizara en la oportunidad respectiva) demuestran que los tribunales se exceden en sus facultades, aplicando extensiva o analógicamente algunos tipos penales.

Ante la colisión de derechos que se presentan ante el juzgador, corresponde ponderar la vital relevancia de los mismos.

Es necesario instalar definitivamente como elemento de convicción que aquellas cuestiones vinculadas con la autonomía individual y la potestad de disenso de la ciudadanía se yerguen como “supra derechos”, so pena de que quien detenta el poder se convierta en un autócrata y el Estado glorifique el pensamiento único.

Al respecto, ilustra acabadamente el constitucionalista Carlos Nino, en su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la practica constitucional” cuando señala: “...esto implica defender un arreglo institucional en donde, por ejemplo, no solo se deje de lado la censura previa, sino que además se procure asegurar que la distintas voces (demandas, quejas) presente en la sociedad, puedan ser escuchadas. En líneas más generales, el esquema defendido (...) implica un compromiso con un sistema institucional donde los derechos más

*estrechamente vinculados con la alteridad de pensamiento reciban una sobreprotección por parte del Estado, (...)aquí se encuentra en el respeto más firme de tales derechos, el fundamento mismo de su propia legitimidad”.*⁶

Como ya se ha expuesto acabadamente, y desde la más antagónica postura doctrinaria (Clásica: Locke, Rousseau, Contemporáneos: Zaffaroni, Gargarella) ningún derecho es absoluto, por lo que algunas de las consideraciones que podrían llevar luz a la hora de judicializar las protestas podrían ser:

- Si el ejercicio de un derecho, frustra el de otro, cual es el grado de consentimiento (expreso o tácito) del presunto damnificado. Esto se ejemplifica gráficamente cuando en un corte de ruta, un porcentaje considerable (sobre el cual es imposible elaborar estadística) de las personas interceptadas acompaña con bocinas la campaña de los piqueteros.
- Si existe la posibilidad de ofrecer vías alternativas para un ejercicio compatible de los derechos en conflicto.

Aquí podrían darse estudios acerca de los lugares menos sensibles o las horas menos conflictivas para llevar adelante los desplazamientos.

Otros factores a considerar son la posibilidad de resarcimiento pecuniario a los damnificados por el conflicto y el poder de convocatoria adhesión de los reclamos.

Con respecto a la utilización del espacio público, como ámbito físico de las protestas sociales, cabe traer a colación la postura doctrinaria de Roberto Gargarella, quien en su artículo *¿Un camino sin salida?* (Publicado en la Revista Nueva Doctrina Penal 2001/ Bs. As.) expone que la entidad misma de la protesta es hacer público el disconformismo y el reclamo, por lo que resulta imposible desplazarla a lugares apartados de la actividad comunitaria y mucho menos circunscribirla al ámbito privado, reservado a la intimidad.

(6) Nino, C. *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Ed. Astrea. Bs As. 1992. Págs. 484/5.

Al respecto transcribimos: “... por su propia naturaleza, requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la utilización instrumental de la calzada (...) reconociendo que la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y vehículos”.⁷

Otra cuestión que plantea dificultades a la hora de encuadrar las conductas de los enrolados en las diferentes formas de protestas es la indeterminación de los comportamientos punibles como consecuencia de la introducción de elementos subjetivos para el encuadre penal. Uno de los tipos penales utilizados para encuadrar las conductas de los manifestantes y el Art. 194 del CP que establece: “*el que crea una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el funcionamiento de los transportes públicos por tierra, agua o aire, o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.*”

Con respecto a este artículo se han expresado en forma unánime el CELS y los departamentos jurídicos de las centrales obreras, ya que se cuestiona que la descripción del tipo penal aludido no satisface el requisito de legalidad referido a la precisión que requiere la ley penal.

En efecto, en ocasión del procesamiento de varios dirigentes de la CTA, motivó la denuncia del CELS ante la CIDH en marzo del 2002. En dicha oportunidad se esgrimieron los siguientes argumentos: “*la citada figura legal está redactada en términos tan amplios que necesariamente debe hacerse un análisis exhaustivo que permita distinguir en ella las conductas que concurren la norma prohibitiva de aquellas que no lo hacen, aun cuando a primera vista parezca que tal situación acontece de todos modos (...) el entorpecimiento del normal funcionamiento del transporte queda configurado por hechos cotidianos que de ningún modo constituyen delito. Ejemplo claro es el estacionamiento de doble fila o el peatón que cruzando por fuera de la* —

(7) Gargarella, R. “*Carta abierta a la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y protesta*”. Ed. Club de la Cultura Socialista. BA. 2006. Pág. 23.

*senda respectiva ocasiona una maniobra brusca de un autobús; sin embargo, resulta descabellado suponer que estos hechos que en principio pueden parecer alcanzados por la norma, sean objeto de sanción conforme lo establece el Art. Referido del Código Penal Argentino”.*⁸

A esta altura debe advertirse que hay un vacío normativo en la legislación nacional que establezca un marco regulatorio y que eventualmente estipule las sanciones para las conductas potencialmente antijurídicas que puedan acontecer dentro de las protestas. No se trata de un fenómeno reciente, por lo que otra de las demandas que deberían incluir los reclamantes, sería una legislación adecuada para el caso concreto.

No ocurre así en el ámbito jurisdiccional de la CABA. El Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires en su art. 41 establece que: “*se considera contravención impedir u obstaculizar la circulación de personas o vehículos por la vía pública o espacios públicos, salvo que sea en ejercicio de un derecho constitucional y se haya dado previo aviso a la autoridad*”.

Otro de los tipos penales invocados es el Art. 230 inc.1° del CP que tipifica el delito de sedición: “*será reprimido con prisión de uno a cuatro años: 1°) los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyen los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de este (art. 22 de la CN)*”.

Este articulado nuevamente adolece de la inexcusable certeza que debe tener la norma, ya que es excesivamente amplio el abanico de posibilidades discrecionales con que cuenta el juzgador para considerar que a una conducta se le atribuye la representación del pueblo o peticionar a nombre de este. Va de suyo que los reclamos responden a un requerimiento colectivo.

Ninguna reivindicación individual es demandada en protesta pública.

(8) Informe del CELS ante la CDIHD: “*Argentina un pueblo herido*”. Yasmine Shamsie, Claude Katz y otros. Ed. EL Colectivo América Libre. Pág 256. (ISBN 978-987- 1497-17-1) Consultado en Edición digital.

Sobre esta cuestión, la autoridad doctrinaria de Sebastián Soler nos enseña que para una conducta sea pasible de este tipo penal debe tratarse de una petición extorsiva. Para la determinación de esta cualidad deben considerarse elementos de convicción tales como *“las características del grupo que peticiona, las medidas utilizadas, los propósitos exteriorizados y las actitudes asumidas”*⁹.

Nuevamente se pondera en evidencia la dificultad de aplicación de esta norma, para que sea compatible con el principio de legalidad que consagra el Art. 18 de la CN.

Un aspecto de considerable importancia es la actuación de las fuerzas de seguridad al momento de establecer si el acto de la protesta comporta una acción ilícita. Se presentan aquí los mismos vicios de identificación que ya hemos expuesto con relación a la actividad jurisdiccional. Los dos aspectos a considerar son si efectivamente se verificó la comisión de un ilícito, por lo cual se justificó la intervención urgente y por otro lado, si dicha actuación es ajustada a derecho.

Otra perspectiva analítica que podría encararse sería desde el aparente antagonismo teórico que se formula desde la propia CN, cuando por un lado garantiza el goce pleno de ciertos derechos llamados de “primera generación” (Art. 14, 14 bis, 19 y 20) y por otra se circunscribe la actividad ciudadana a la representatividad que ejerce el sufragio (Art. 22). Parece ser que la cuestión dogmática radica en el modelo de diseño que se pretenda improntar a nuestra democracia: representativa o participativa.

Algunas de las expresiones verbales vertidas en justificación de la criminalización de la protesta (tolerancia cero, política de mano dura, etc.) entroncan más que con una línea discursiva que con una metodología de pensamiento.

(9) Derecho Penal Argentino- tomo II. Editorial Tipográfico Argentino. Bs As. 1993. Pág. 198.

Esto genera una situación de latencia de peligrosidad, sobre la que no corresponde ahondar en este trabajo, por su naturaleza jurídica, pero que si cabe señalar, tal como lo expresan Maristella Svampa y Claudio Pandolfi: “... *se abre las puertas a que, la ruptura del orden social, instituya una zona despejada de derecho, donde por imperio del Estado de excepción, vuelva a primar la pura lógica de la represión policial*”¹⁰

La cuestión deviene entonces que ante la carencia de respuestas por parte de la administración del Estado, que además se torna contestatorio y beligerante, los colectivos agraviados se organizan a través de sus necesidades e identidades comunes, como única vía de ejercicio democrático de los derechos que la ley le otorga, pero que la realidad le prohíbe.

*“Cuando la pobreza se organiza (...) tarde o temprano se vuelve sospechosa y hay que perseguirla hasta la supresión”.*¹¹

Criminalizar la protesta se vuelve así un imperativo factico tendiente a evitar su irrupción en la vida institucional, con el consiguiente efecto de propagación concéntrica ampliada.

Una forma de modificar el escenario de la confrontación es predisponer al sector de la ciudadanía que no protesta, en contra de aquellos que si lo hacen. Es decir, se genera un nuevo escenario donde los actores son “los buenos ciudadanos” damnificados por la protesta y “los malos ciudadanos” activistas de cualquier índole. Obsérvese como desaparece el destino de origen de las demandas, para trasladar el antagonismo a la gente común (lo que se suele llamar pobres contra pobres).

(10) Svampa, M. y Pandolfi, C. “*Las vías de la criminalización de la protesta en Argentina*”. Revista Osal n° 14. CLACSO Octubre /2005. Pág. 6.

(11) Svampa, M. y Pandolfi, C. “*Las vías de la criminalización de la protesta en Argentina*”. Revista Osal n° 14. CLACSO Octubre /2005. Pág. 35.

Otra consecuencia de esta maniobra discursiva es que ahora el núcleo del conflicto no es la genuina demanda insatisfecha (mejor salario, mayor seguridad jurídica, libertad económica, etc.) sino que ahora la problemática gira en torno a la legitimidad de la protesta. Convirtiendo el reclamo en ilegítimo, desaparece la posibilidad de reivindicar aquello por lo que se protesta.

Finalmente la tercera cuestión que plantea la criminalización de la protesta es el efecto seleccionador hacia el conjunto de la población, ya que deslegitimando las acciones participativas se desalienta la movilización ciudadana y se fortalece la pasividad y la sumisión.

Detengámonos ahora en el análisis del tan recurrido argumento de que: “el derecho de uno termina donde empieza el derecho de los demás”. Independientemente de la inexcusable retórica del concepto vertido, la cuestión a plantear es la de una necesaria jerarquía de los derechos. Pongamos por ejemplo un caso cotidiano: corte de ruta de acceso a Capital, en protesta por falta de señalización en un paso nivel que ocasionó varias víctimas en menos de una semana. Por el incidente, decenas de automovilistas llegan tarde a sus trabajos, al carecer de vía alternativa de acceso a Capital. Ahora bien, ¿vale más el presentismo mensual que la vida humana? ¿Cuál es el criterio de discernimiento? ¿Cuándo el derecho invocado atañe a mi persona es válido, y, cuándo le concierne a un tercero debe ser soslayado?

Sobre esta cuestión plantea Roberto Gargarella que es necesario diferenciar derechos de privilegios. El primero debe ser universal, se aplica a todos igualitariamente, está exento de la discrecionalidad del poder público y debe ser satisfecho inexcusablemente. En la contracara están los privilegios que deben ser limitados, contingentes, circunstanciales y oportunos.

*“Las respuestas estatales actúan reproduciendo la exclusión, esto es lo que ocurre cuando se los estigmatiza por la vía de la criminalización o de mantenerlo en situación de precariedad por vía de soluciones acotadas e inestables (subsidios o planes) que fácilmente se dejan de cumplir”.*¹²

“El Estado ha dispuesto el conflicto social en un diagrama institucional que lo

*lleva más allá de la sociedad (...) con el objetivo de penalizar cualquier actividad política organizada sobre todo aquello que ponga en escena el modelo económico excluyente y haga tambalear la capacidad del Estado para lograr el consenso y el clima social adecuada para el sostenimiento de dicho modelo”.*¹³

La criminalización de la protesta se manifiesta en los procedimientos llevados a cabo por las fuerzas de seguridad y por las autoridades judiciales mediante acciones tales como: detenciones arbitrarias, persecución de dirigentes, agravamiento de las imputaciones, retiro de la personería jurídica a asociaciones gremiales y sindicales, asfixia económica a mutuales opositoras, agravamientos de los tipos penales, etc.

Entre la figura más corrientemente invocada están la ya estudiada de los Arts. 194 ter del CP (coacción agravada) y 194 CP (obstrucción de las vías públicas), Art. 168 (extorsión).

Dentro de la misma línea operativa, se encuentran las imputaciones insertadas en el art. 210 del CP (asociación ilícita) considerando que algunas asociaciones tienen por propósito la comisión de delitos; Art 212 del CP (apología del crimen), Art. 213 bis del CP (atentado contra el orden público), Art. 230 del CP (sedición), Art. 239 (desobediencia a funcionario público).

Del listado precedente se advierte palmariamente que la protesta social, ya sea en su forma espontánea y autoconvocada u organizada desde entidades gremiales o sindicales, no puede encuadrarse en los tipos penales referidos toda vez que no concurren los presupuestos que la ley penal exige para encuadrar la conducta en el tipo penal específico.

Sin embargo, la realidad fáctica demuestra que son numerosos los activistas procesados por algunas de estas figuras, en un claro ejemplo de lo que Enrique Zaffaroni denomina “elastización” de la ley penal.

(12) Gargarella, R. “*Carta abierta a la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y protesta*”. Ed. Club de la Cultura Socialista. BA. 2006. Pág. 23.

(13) Gargarella, R. “*Carta abierta a la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y protesta*”. Ed. Club de la Cultura Socialista. BA. 2006. Pág.35.

En ese sentido adocina Esteban Rodríguez cuando plantea: *“los resortes jurídicos del Estado de Derecho se disponen para la persecución y exclusión de la política, cualquiera sea la forma que la sustancialice, cualquiera sea la experiencia que la impulse. Entonces, la expropiación será considerada robo, los asentamientos usurpaciones, la denuncia y la crítica, apología del delito; las asambleas populares o reuniones sociales, asociaciones ilícitas sediciosas; la movilización, rebelión (...) En fin, para mantener lo social fuera de lo político (...) se criminalizara a la multitud”*¹⁴

2- Conclusión

La criminalización de la protesta social y su ejercicio efectivo en las respectivas causas llevadas a juicio, debido a la inexistencia de una norma penal específica, coloca al juzgador en la necesidad de aplicar analógicamente una normativa cuyo espíritu es absolutamente ajeno a la intencionalidad y efectividad de las acciones que se pretende sancionar.

Es necesario unificar el criterio de represiones y de judicialización para que se cumpla el principio básico de igualdad ante la ley ya que genera en la población la sensación de inseguridad y arbitrariedad en las decisiones.

Hecho este diagnóstico, cabe desde el terreno jurídico, generar un marco regulatorio para dichas conductas, con adecuada valoración de supuestos teóricos como la intencionalidad, el dolo y el daño, a fin de que una situación ya instaurada en la realidad, encuentre un cauce normativo correctamente ajustado a los estrictos principios de justicia, y eventualmente, sometidos al tratamiento procesal acorde a la gravedad de los derechos vulnerados. Una práctica que lleva décadas en nuestra realidad cotidiana, ya no es susceptible de ser juzgada por analogía con una normativa que le es totalmente ajena.-

(14) Rodríguez, E. *“El derecho a la protesta, criminalización, violencia institucional y el nuevo desafío de las organizaciones de derechos humanos”*. Ed. Grupo la Grieta. La Plata 2003. Pág. 148.

CAPITULO IV: LA CRIMINALIZACION Y EL DERECHO PENAL.

“La obediencia política tiene límites morales y jurídicos. Es por ello que existe en toda unidad política la posibilidad de la desobediencia, cuando la legitimidad del que manda del que quiere ordenar, es puesta en cuestión de manera extrema y radical. Y es esa virtualidad de desobediencia la que obra la política, entendida esta como contienda por el poder y como proyecto de mantener o cambiar las reglas que legitiman el mando.” Arturo D. Ponsati.

1-La casuística concreta.

Conforme a lo que ya se analizó en el Cap. I del presente trabajo, a partir de la década del ‘90 en nuestro país se produjo un notorio incremento de las manifestaciones de protesta en contra de política del Estado que se consideraban inadecuadas. Precisamente estas protestas tuvieron como actores a desocupados, jubilados, ahorristas frustrados, ciudadanos comunes en reclamo por seguridad, etc.

Según Auyero, “la dinámica beligerante”¹ es impulsada por la macrotransformación de las estructuras funcionales del país, la que trajo aparejado situaciones de alta conflictividad social.

La problemática se agudizó en los inicios de nuevo siglo y en la actualidad se ha convertido en una práctica corriente con la que la sociedad convive a diario. Resulta ilustrativo ver que los noticieros matutinos inician su programación con la agenda de cortes, piquetes y manifestaciones. _____

(1)Auyero, J. “Repertorios insurgentes en la Argentina contemporánea”. Rev. de Cs.Soc. Dic. 2002. N°15. Pág. 139.

Parece ser que una vez instalada la mecánica y probada su efectividad, cada sector en conflicto apelaría a la protesta con mayor o menor grado de violencia, de manera consuetudinaria.

Ahora bien, la evolución de la vida democrática del país y la triste memoria del último periodo de facto, hacen inadmisibles la represión indiscriminada por parte de las fuerzas de seguridad encargados de reestablecer el orden. En forma concomitante con la proliferación de las protestas, han surgido las causas penales en contra de sus organizadores, promotores y participantes.

Concurren aquí dos factores dignos de mencionar:

- 1- La toma de posición del Poder Judicial;
- 2- La identificación delincinencial de dichas acciones.

Los referidos factores se ponen de manifiesto en las causas concretas de personas sometidas a proceso por su participación en movimientos de protesta.

A continuación se analizarán algunos casos en concreto:

2- Consideraciones Generales.

Del análisis de los casos testigo analizados con respecto a la temática en estudio (ver apéndice) se observa que son denominadores comunes en los considerandos y fundamentos de las mismas, los siguientes institutos jurídicos:

- 1- Preeminencia del interés general y el bien común como interés jurídico a proteger.
- 2- Hay una cierta discrecionalidad técnica en cuanto a la interpretación de la constitucionalidad de la normativa aplicable.
- 3- Se interpreta de manera sumamente restrictiva los postulados de los tratados internacionales de Derechos Humanos, que en nuestro ordenamiento normativo tiene jerarquía constitucional.

4- La mayoría de las sentencias carecen de fundamentación suficiente, apelando a abstracciones tales como “estado de seguridad general”, “inestabilidad del orden público” o “peligro potencial” para justificar la aplicación analógica de normas que son ajenas a la naturaleza ontológica de los hechos traídos al proceso.

5- En algunos casos se argumenta sobre cuestiones filosóficas o de intangibilidad jurídica, al expresar axiomas como “igualdad ante la ley” o “derecho a la libre circulación”, sin advertir que dichos paradigmas pueden ser igualmente aplicables a la conducta de los encartados.

6- Estimamos que los tribunales incurren en exceso al adoptar la más grave de las decisiones, ya que al declarar la invalidez constitucional de una norma, que por ser “la última ratio” del orden jurídico.

7- Entre las facultades discrecionales del juzgador –en cualquiera de las instancias- está la de ponderar el contexto social, político e institucional dentro del cual se enmarcan las conductas traídas al proceso, lo que permite atribuir ciertos matices eximentes a las mismas.

8- Si bien tanto la jurisprudencia como la doctrina son unánimes en mantener el concepto de que los derechos consagrados en la CN están sujetos, sin que por ello se los altere, a la reglamentación legislativa, no es lo menos que la legitimidad de la suspensión de los derechos personales como recurso propio del poder de policía, a fin de proteger el interés público, debe ser tan limitada que no trabe el efectivo ejercicio de tales derechos.

3- Análisis de los fundamentos legales en las causas testigo.

1- En la causa Ali, el criterio rector es la entidad de afectación en la conducta asumida – se considera el principio de la intencionalidad-.

En la misma causa, el Dr. Schiffin (voto disidente) introduce un elemento interesante con el concepto de “capacidad efectiva de daño”, el discrepar con la mayoría preopinante y sostener que con la intencionalidad en sí misma no se configura un acto penalmente reprimible, sino con la conducta eficiente que ocasiona el perjuicio concreto.

2- En la causa Alais I se observa que el tribunal toma en cuenta como bien jurídico superior de tutela la seguridad social, y “el adecuado compromiso con los valores que rigen la vida comunitaria” colocándolos en un escalón superior a la libertad de expresión y de petición. De las expresiones vertidas por los camaristas se desprenden:

a- Hacen una ponderación numérica, ya que se indica que la protesta afecta a “un mayor número de individuos” en tanto que los reprimidos son un colectivo infinitamente menor.

b- Por otra parte, se introduce el concepto de “vía alternativa” de solución de conflicto entendiendo que la ilegalidad del reclamo deviene del no agotamiento de otras instancias pacíficas.

3- En el caso Alais II, la novedad radica en que el tribunal responde elípticamente a ciertos sectores políticos, declarando que la posición de “no criminalizar la protesta” es una cuestión de dudosa opinabilidad, cuestionable acierto y orfandad de sustento jurídico.

4- En la misma causa del punto anterior pero elevada a tratamiento de la Cámara de Casación Penal, se expone que “los delitos no son propios de una posición ideológica, económica o social, sino que si ilegalidad proviene exclusivamente de su taxatividad con determinado tipo penal. Por ello, el alto cuerpo estimo que las conductas deben ser juzgadas aisladamente, con absoluta prescindencia del marco en el cual se desarrollaron las conductas punibles. Entendemos que dicha conducta se aparta de la vasta doctrina y jurisprudencia en toma de la ponderación de eximentes y atenuantes.

5- En el caso Schiffrin, la Cámara de Casación Penal expreso que: “la única forma legítima y verificable” de la expresión soberana del pueblo es el sufragio. Más adelante, el mismo fallo “rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo (...) como así también cualquier intento de quebramiento del sistema constitucional y de las institucionalidad políticas”.

Los postulados vertidos en la sentencia en análisis llevan a inferir que las protestas sociales son vistas como actividad sediciosa y destituyente, a la que a la vez descalifica, al tachar de “minoritaria” su expresión.

4- Consideraciones de teoría jurídica.

1- La sociedad civil carece de un sistema equilibrado, sino que hay una asimetría de fuerzas, de tal manera que los conflictos sociales, necesariamente generan antagonismos. La sanción retributiva para aquellas conductas que lo requieran, tiene que inscribirse detrás de un marco que contemple también la restitución del entramado social a un cauce armónico.

2- La ocupación de espacio público u obstrucción de la circulación, también se presenta en otras situaciones de la vida cotidiana, ajenas a la protesta social, la que son toleradas pasivamente por el resto de la sociedad. Penaliza con entidad de acto criminal esta conducta constituye una vulneración del principio de igualdad ante la ley.

3- Si las reuniones públicas de protesta no son subsumibles en otras figuras del Capítulo 2 , del Título 7, Libro 2º del CP, distinta del tipo penal del art. 194, deben ser excluidas de la punibilidad estricta, sin perjuicio de que puedan merecer el tratamiento de contravenciones.

4- Algunas formas de protesta, consideradas como demanda efectiva, pueden resultar atendibles y hasta legítimas cuando se configura un estado de necesidad extrema, específicamente contemplado en nuestro ordenamiento.

5- No debe considerarse represión, la detención de activistas, cuando este emana de juez competente, por lo que no acatar las directivas impartidas por quienes tienen a su cargo la ejecución de la medida, inexorablemente constituye resistencia a la autoridad.

5-La Cuestión Técnica.

El art. 194 del CP prescribe: “ *El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire, o los servicios de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años*”.

Análisis.

1) No se requiere que la conducta sea efectivamente dañosa (obstrucción- violación)

sino que alcanza con el riesgo cierto (peligro – afectación).

2) El tipo se configura por acción u omisión impropia.

Las acciones requeridas por el tipo penal son varias por lo que se analizara individualmente:

a) entorpecer: implica dificultar, hacer que su normalidad se vea alterada.

b) estorbar: dificultar, obstaculizar, molestar, incomodar la ejecución de alguna actividad.

Con respecto al tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, que admite también la figura del dolo eventual.

Con respecto a la aplicación de este precepto a las protestas sociales, se ha señalado (Castelli- Berón de Astrada) que si bien las acciones punibles pueden estar originadas en el ejercicio legítimo de un derecho, se tornan punibles cuando incurren en exceso por conducta abusiva, prolongación en el tiempo o afectación de servicios esenciales o de emergencia.

Atento al delicado equilibrio que debe existir entre el derecho del conjunto de la población a contar de manera efectiva de los servicios esenciales y aquellos con que la moderna tecnología dota a la vida comunitaria y la protesta de expresarse y peticionar libremente. La configuración del delito se vincula a la gravedad de las conductas y al perjuicio (concreto o abstracto) que las mismas ocasionan.

A fin de poder establecer una adecuada primacía de derechos, es necesario que el juzgador no pierda de vista la esencia democrática de nuestro sistema jurídico y el menoscabo sufrido por los damnificados (ya que la mayoría de estas causas no son instadas por particulares, sino incoadas de oficio).

Que cada presupuesto fáctico debe estudiarse en forma individual, en atención a las particularidades de la situación concreta.

Sobre los elementos de convicción a considerar a la hora de dictar sentencia, es necesario tener en cuenta que la protesta social es un derecho amplio que acuerda la licitud a conductas que consideradas apriorísticamente podrían parecer incursas en el

tipo penal en estudio y la única forma regular de su ejercicio consiste en crear un estado de molestia, de insatisfacción, para llamar la atención de quienes tienen a su cargo la solución de los problemas contra los que se reclama. Si la herramienta fáctica de la protesta social es considerada infractora o delictuosa, el derecho mismo se desnaturaliza puesto que se vuelve abstracto y meramente declamatorio.

Gargarella¹ aporta un aspecto interesante a este debate cuando señala que la protesta social no solo es un derecho, sino un deber, forma parte de las obligaciones cívicas al demandar reconocimiento de sus legítimos derechos. Si los mismos son percibidos para dar protección a la autonomía individual y en democracia, dicha autonomía está garantizada, forma parte del compromiso ciudadano aportar esfuerzos para que el debate de ideas sea enriquecedor para la dinámica social.

Por aplicación analógica de la teoría de Jackobs² se podría decir que el rol del ciudadano es trabajar para que se construya una sociedad más justa, equitativa, solidaria, lo que conlleva efectos secundarios o limitaciones temporarias de otros derechos.

Dworkin³ introduce la noción de desobediencia civil (emparentada con la resistencia pacífica) que señala que no siempre una norma es justa y una norma que vulnere la equidad debe ser disentida.

Una postura conciliadora y modernista es la propugnada por Welzel⁴ que insta la noción de equilibrio como medida de juzgamiento de las acciones encartadas. Sostiene que ante ciertas situaciones consideradas injustas por un sector de la población, la protesta en forma de denuncia es susceptible de beneficiar al conjunto de la comunidad, por lo que debe ser tolerada a pesar de los perjuicios que eventualmente pudiera acarrear a los intereses de otro sector no involucrado en la protesta. _____

(1) Gargarella, R. “*El derecho a la protesta, el primer derecho*”. Ed. AD HOC. Bs. As. 2005. Pág. 64/5.

(2) Jakobs, G. “*Derecho Penal. Parte General*”. Ed. Marcial País. Madrid 1995. Pág. 244.

(3) Dworkin, Ronald. “*Los derechos en serio*”. Ed. Juris. Barcelona 1977. Pág. 318.

(4) Welzel, Hans. “*Derecho Penal del enemigo*”. Ed. Jurídica de Chile. Sgo. de Chile 1987. Pág. 85.

En sentido concordante se expresa en la “teoría de los riesgos”⁵ que declara que en la vida diaria se producen numerosas situaciones que afectan bienes jurídicos (estacionamiento en doble fila, violación de normas de tránsito, etc.) y que si bien ocasionan perjuicios a los derechos de determinados sujetos, con daño cierto o potencial, no por ello constituyen conductas susceptibles de ser encuadradas en el Art. Penal 194.

6-Derecho Penal y Protesta Social.

Cabe señalar aquí que la normativa a la que se apela más frecuentemente en la criminalización de la protesta, merece serios reparos constitucionales y adolece de un cierto grado de ilegitimidad. Normas como la tipificada en los arts. 191 y 194 del CP (Ley 23.077 B.O 27/8/84) frecuentemente invocada en la neutralización de cortes de ruta e interrupción del tránsito, replica de manera textual el Dec. Ley 17.567 del 12/1/68 (gobierno de facto).

Es imperativo señalar que la obstaculización del tráfico ferroviario (art. 191) o la obstaculización del transporte (art. 194) quedan alcanzados por la “teoría de la afectación” que obliga a ponderar la entidad jurídica de los derechos en controversia. Por otra parte, un valioso elemento de convicción es la jerarquía normativa, ya que las acciones supuestamente lesivas, se encuentran amparadas en el art. 19 de la CN que consagra el principio de lesividad. Obsérvese que el supuesto “daño” que se invoca para judicializar las interrupciones, son imprecisas y genéricas. Ello no se compadece de modo alguno con la especificidad que requiere el tipo penal.

Así, la expresión en condicional “no permitir el libre flujo de la circulación en hora pico” por su enunciación vaga, no explicita cual es el daño, el número de damnificados, la magnitud y cuantía del perjuicio.

(5) Teoría del Riesgo: Luigi Ferrajoli. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Ed. Tratta. Madrid 2000.

Cuando desde el poder judicial, máximo garante de la observancia del derecho, se usa expresiones de una ambigüedad tal como *“carece de relevancia la demostración de si existió o no el entorpecimiento transitorio o no... el tipo (en alusión al art. 194 del CP) solamente requiere que la interrupción exista, siendo irrelevante el lapso interruptivo o perturbador, que no por breve deja de constituir una conducta repudiada por ley”*⁶

La providencia transcrita en el párrafo precedente escandaliza al espíritu del derecho penal. Ocurre aquí la lógica de la sinrazón que hace calzar la norma a la conducta y no la conducta a la norma.

Continuando con la enumeración de delitos achacados a los participantes en protestas sociales, ampliamos el listado. Cuando los manifestantes responden a la agresión policial se los considera incursos en atentados y resistencia a la autoridad (art. 237, 238 y 239 CP). Cuando las manifestaciones son ávidas ante la legislatura nacionales y provinciales se invoca el art. 241 CP y en trámite de “elastizar los tipos” (Zaffaroni) legitima la represión al amparo de la previsión del art. 241 inc. 2 del CP.

También se ha encuadrado algunas acciones, bajo la figura de la extorsión (art. 168) cuando las manifestaciones han tenido como objetivo el reclamo por entregas de bolsones de comida, ya sea ante los ministerios de acción social o particulares. Hay que considerar que dichas acciones se encuadran en “estado de necesidad” también protegido por nuestro sistema jurídico, lo que bloquea la posibilidad de penalizar tales acciones.

El abanico de posibilidades persecutorias se amplían de manera exponencial cuando se apelan a figuras tan ajenas al espíritu reivindicativo de la protesta social, como por ejemplo: instigación (art. 209 CP); asociación ilícita (art. 210 CP); intimidación pública (art.211 CP); apología del delito (art. 213 CP); amenazas (art. 226 bis CP)._____

(6) CNCP, Sala I: “Sandoval Rodolfo Rubén y otros- Causa 26.335 25/10/2005.

Otra cuestión digna de análisis son las consideraciones jurídicas a que apelan los magistrados para criminalizar la protesta. Recurrentemente se ha argumentado con la afirmación dogmática de que “no existe derechos ilimitados” (invocando la prescripción del art. 28 CN) cuando es precisamente esa norma la que consagra derechos que la Constitución establece no pueden ser cercenados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Otra argumentación a la que se ha apelado frecuentemente es la de colisión de derechos, llegando a ser a la aberrante conclusión de que circular sin interrupciones por la vía pública es más importante que expresar el desacuerdo con políticas implementadas.

Un tercer argumento es la “teoría del bien común”. Se considera que en tutela de interés comunitario y el bienestar general las protestas deben ser acalladas. Estas expresiones retóricas carecen de contenido real y auténtico valor jurídico. Ninguna protesta social reivindica el interés individual de un solo sujeto. Precisamente su naturaleza colectiva es la que masifica la convocatoria y a menudo los derechos que se invocan también comprenden a aquellos que se ven obstaculizados de transitar. En este contexto el concepto de bien jurídico “bienestar general” carece de entidad como pauta orientadora de “criterio de juzgamiento”.

A este respecto, resulta ilustrativa la expresión de Von Liszt que adoctrina que la idea de bien jurídico como objeto de protección y lo más importante es la fundamentación de lo ilícito, en cuanto al resultado de la acción.

7- Conclusión.

La protesta social es intrínseca al concepto ontológico de la democracia. Si el derecho que se reivindica es colectivo, masivo, y consensuado, sin lugar a dudas tendría que ser conductivo en acciones u omisiones de la autoridad; si por el contrario corresponde a reclamos de grupos minoritarios relegados de la vida social, es el más democrático de los caminos para hacer visible ante la sociedad sus legítimas demandas.

La cohesión social no se erosiona por el disenso sino por autoritarismo.

Si el fenómeno creciente de criminalizar los genuinos reclamos se consagra como práctica establecida, se estaría socavando de manera inexorable uno de los más fuertes pilares de la institucionalidad, para retornar al autoritarismo medieval, ajeno al espíritu democrático con que fue concebida nuestra Nación.

Democracia y autonomía de pensamiento son y deben ser siempre conceptos asociados. El ciudadano solo cuenta con dos herramientas para ejercer su rol, el sufragio y el pensamiento crítico. Cualquiera de estos elementos que sea atacado por los poderes del Estado, socava la forma democrática misma, deviene en autoritarismo y genera en la naturaleza de la población ansia de recuperar la libertad y la justicia.

La tolerancia y el pluralismo son pilares esenciales para la vida en comunidad Si un poder del Estado -y desde luego más aún el judicial que se erige como controlante de los otros dos- impone penas que en la práctica comporta violación al sentido de la justicia, hay una gravedad aún mayor que la pena que debe sufrir el sujeto condenado. Es la sociedad toda la que se afecta cuando el opositor es acallado por una sentencia arbitraria.

La magnitud de los problemas institucionales, políticos, sociales y económicos que afectan a nuestra sociedad, deberían convocar a conjurar o al menos atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya que estas constituyen una forma expresiva de una necesidad, que definitivamente debe subsanarse con una legislación adecuada.-

CAPITULO V: LA CRIMINILIZACION DE LA PROTESTA SOCIAL Y LA COLISION DE DERECHOS.

La libertad debe ser respetada por todos, todo el tiempo. Si en su ejercicio se observa un abuso, la democracia tendrá que instrumentar la forma de reducir el daño al menor número posible de afectados. Pero jamás se debe permitir que el Poder niegue a los ciudadanos el ejercicio de su libertad. Si esto pasa, la democracia muere. Alexis de Tocqueville.

1- Colisión de Derechos.

Desde el punto de vista jurídico, entendemos que hay colisión de derechos cuando el ejercicio de una potestad jurídica por parte de un sujeto, es incompatible con idéntica actividad por parte de otro sujeto.

Conforme a la doctrina recogida por las actas de las “XXIX Jornadas de Derecho Público de 1998” se han sentado tres bases pragmáticas que a continuación transcribimos:

- Los fundamentos de los derechos están por encima de estos;
- Los derechos constitucionales tienen una eficacia normativa superior;
- La aparente controversia de derechos debe ser conciliada en el campo del amplio debate jurisdiccional.

Como ya se ha analizado en páginas anteriores, el derecho de la ciudadanía a expresar su disenso está resguardado por diversas normas de raigambre constitucional. Su conflictividad – y la base dogmática para su criminalización- radica en que su

ejercicio afecta el derecho de circulación, propiedad, seguridad, etc.

La jerarquía del derecho a la libre expresión obliga al estado de derecho a extremar los recaudos a fin de asegurar su legítimo ejercicio, ya que se trata de un instrumento ineludible del accionar ciudadano en la vida democrática.

La práctica más habitual de la protesta social consiste en los denominados “piquetes” (cortes de accesos principales o rutas). Esta modalidad tiene un efecto múltiple: ocasiona la mayor cantidad posible de disturbio pasivo de tal manera que la protesta se haga visible, disuadir a otras personas a sumarse al movimiento e impedir que quienes no comulgan con sus actividades puedan desarrollar la suya normalmente.

Recientemente se observa un nuevo fenómeno que es la incorporación de familias de los activistas, por lo que se observa en piquetes urbanos y periféricos una presencia masiva de mujeres y niños, apoyando el conflicto.

Otra forma de protesta, es la denominada “bloqueo” que suele ser la modalidad elegida mayoritariamente por los gremios de transportistas y que consiste en la obstrucción de los accesos con vehículos (camiones, colectivos, etc.) que utilizan habitualmente para realizar sus tareas.

La ocupación de espacio público sea por manifestaciones, piquetes o bloqueos es el meollo de la cuestión de la colisión de derechos: el derecho a expresarse no puede hacerse en forma privada y oculta y los que no participan de la protesta, deben poder circular sin restricciones.

Al respecto, se expide muy ilustrativamente la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, el 3/3/11 en una causa en que el gremio SUTE impugna la ordenanza regulatoria de las manifestaciones, señalando que la única forma de subsanar la contradicción de los derechos en pugna es reglamentar “razonablemente” las protestas, manteniendo el orden y la seguridad y creando carriles alternativos de circulación.

(1) La Ley 8/4/ 2011- Causa 4705.

La Ciudad de Buenos Aires por su parte, tipifica en el art. 78 de su Código Contravencional, “la obstrucción de la vía pública”, exigiendo a los manifestantes informar previamente a la realización de la protesta, a fin de que se articulen operativos para asegurar la libre circulación cuando la modalidad de protesta elegida es la toma u ocupación de los establecimientos en cuyo ámbito físico se desarrolla el conflicto (fabricas, estaciones de trenes o subtes, escuelas, etc.). Se dan aquí numerosas alternativas de acción: impedir el acceso de trabajadores, asunción momentánea de la conducción del mando empresario, intervención operativa de una fuente de trabajo.

En la hipótesis planteada, según las características de las acciones desarrolladas, el derecho a la libertad de expresión podría colisionar con el derecho a la libertad física, a trabajar, a la propiedad, etc.

Se ha dicho en esta materia, que la toma de un establecimiento no debe ser tomada como un atentado a la propiedad, porque la intención de la protesta es temporaria y sola conlleva el ánimo de llamar la atención. Sin embargo, algunos empresarios privados han llevado al extremo sus acciones reivindicativas, hasta acusar a los manifestantes de “sabotaje o usurpación”.

Por su parte, los gremios señalan que dicha modalidad tiene objetivos bien concretos:

- a) extrema el ejercicio de la presión a la patronal;
- b) impacta en la opinión pública y en los medios de difusión;
- c) acorta los tiempos de la controversia al acelerar las negociaciones;
- d) intervenir sobre la producción;
- e) evita que los huelguistas sean reemplazados por otros operarios.

Con respecto a la afectación de los derechos de terceros en la toma del lugar de trabajo, suele ser considerada causal de despido y la jurisprudencia mantiene una línea discusiva univoca en ese sentido. Ejemplificamos con un fallo: “... *la actitud asumida por la trabajadora en participar de la ocupación del establecimiento, obstaculizando el*

normal desarrollo de la actividad laboral, manteniendo dicha conducta pese a haber sido exhortada a deponer dicha actitud, negándose además a prestar tareas y afectando mediante la ocupación del establecimiento fabril el derecho de propiedad, constituye injuria grave que no permite la prosecución de la relación laboral”²

La Organización Internacional del Trabajo, si bien ha sido categórica en respaldar las reivindicaciones de los derechos de los trabajadores y las vías de acción articuladas por estos, establece pautas que constituyen limitaciones al derecho de protesta. En efecto, la OIT enfatiza que la protesta debe ser no violenta, con una temporalidad razonable y no dañosa ni en los bienes patrimoniales, ni en la cadena productiva de la actividad.

Otra forma de acción directa de los trabajadores es la que tiene lugar a partir de la profundización de la crisis del 2001 y está relacionada con la apropiación de fábricas en Quiebra o Concurso Preventivo, para la constitución o formación de cooperativas de producción. En este caso, y ante la evidente voluntad de numerosos grupos de trabajadores, se logró canalizar a través de nuevos instrumentos legales, una forma notoriamente eficaz de permitir a los obreros conservar su fuente laboral.

En efecto, la sanción de la ley 26.684 (2011) permitió el acceso de los trabajadores a la participación y control empresario de numerosas fábricas en situación de quiebra (arts. 10, 23,34 y 42) así como el pronto pago de los créditos laborales (art.16).

Los conflictos sociales no siempre son bilaterales: obrero- patronal, activista- gobierno.

En casi todas estas cuestiones interviene un tercer elemento que es el “resto” de la sociedad no directamente involucrado en el conflicto.

(2) González, Cecilia del Carmen c/ Casa Rubio SA. s/ Despido. CNAT S. 6/3/2007.-

La controversia colectiva trae intrínsecamente aparejada una alteración de la convivencia social, porque evidencian y ponen de manifiesto situaciones que apartan a la sociedad del estado de armonía en que los ciudadanos pretenden instalarse:

- Pone de manifiesto condiciones laborales adversas o insatisfactorias;
- Muestra la incapacidad del gobernante para gestionar áreas de su exclusiva competencia (salud, educación, seguridad);
- Genera o potencia un clima de malestar social y en ocasión puede ser el detonante para agudizar la conflictividad ya existente.

La adecuada preservación de los derechos de todos los miembros de un conglomerado social es una cuestión sumamente delicada.

Si bien intenta reglamentar las condiciones a que debe someterse la protesta social sería en cierto modo restringir la amplia libertad que debe imperar en su ejercicio, sería interesante y enriquecedor para todos los términos involucrados que siempre fueran garantizados los servicios esenciales, el acceso a bienes primarios de calidad alimenticia y sanitaria y la consideración de situaciones de emergencia, como limitantes básicas del derecho a la protesta.

El art. 24 de la ley 25.877 reglamentado por el Dec. 272/06 señala que :
“Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser considerados servicios esenciales, deberá garantizarse la prestación de los servicios mínimos para evitar su interrupción”.

Dicha norma fija la siguiente pauta:

- La protesta en el área de los servicios públicos es admisible, pero dentro de un cierto marco restrictivo;
- La legitimidad de la misma depende de que se hayan agotado instancias de

negociación y recursos administrativos;

- Los conflictos del sector deben enmarcarse en la perceptiva procesal de la ley 14.786.

2- Entidad Jurídica de los Derechos en Conflicto.

El fenómeno de la colisión de derechos se caracteriza por la condición fáctica de que la protección del ejercicio de una determinada potestad, afecta el goce pleno de los derechos invocados por otro sujeto de derecho, con igual entidad jurídica.

Del conjunto de normas enmarcadas de nuestra CN y restantes cuerpos normativos, no surge de manera efectiva una teoría de límites inmanentes de derechos, que permitiera desde este marco teórico solucionar eventuales conflictos en el ejercicio de ciertos derechos en controversia.

Sin perjuicio de lo expresado, y la necesidad de estipular el marco regulatorio, así como el ámbito específico de aplicación de cada uno de los derechos considerados esenciales, es necesario desplegar una actividad analítica e interpretativa, a fin de determinar el ámbito dogmático y el argumento factico sobre el cual se sustentan las hipótesis de conflicto.

La protección que nuestro sistema jurídico acuerda a los derechos no es ilimitada. Solo encuentra amparo, el “ejercicio legítimo de los derechos”. Dicha legitimidad es susceptible de apreciación contextual en circunstancias de tiempo, modo, lugar y causa eficiente.

3- Una posible solución.

Entendemos que a esta altura de la investigación se ha plasmado un panorama lo más claro posible sobre el estado de la situación.

Consideramos oportuno reafirmar algunas premisas básicas.

- El derecho a la protesta está consagrado en nuestra Constitución Nacional a través de un sólido núcleo normativo;
- Los límites operativos a su ejercicio se encuentran dados por pautas genuinas de razonabilidad, las cuales son pacífica, desarmada y no dañosa.
- La judicialización de los reclamos sociales y las acciones directas que emanan de los

mismos, carecen de una preceptiva legal específica por lo que se ha realizado una adecuación impropia de las conductas a tipos penales que no son aplicables a las mismas.

- La legitimidad de la protesta social y su entidad como manifestación de impacto en la conciencia ciudadana, guarda correlato con la no afectación de servicios esenciales de la comunidad.

Sobre las pautas enunciadas es necesario elaborar una propuesta de solución al conflicto. Huelga decir que en una sociedad utópica, con necesidades esenciales satisfechas, respeto irrestricto por el derecho, instituciones sólidas, ciudadanía comprometida, producción eficiente y economía sustentable, la protesta social no tendría cabida.

Pero la realidad de nuestra vida cotidiana demuestra que en todos los órdenes de la actividad laboral, social, cultural y económica existen razones críticas ideológicas y pragmáticas, aquellas acciones con las cuales no comulgamos. Y no existe nada más enriquecedor que la diferencia. La variedad de criterios, la diversidad de pensamiento, la multiplicidad teórica, son experiencias de crecimiento común, a la vez que oportunidades para el ejercicio de la tolerancia. La alteridad dogmática permite conocer no solo la forma de pensamiento del otro segmento de la ciudadanía, sino que además expone una mirada diferente sobre una misma cuestión.

No se puede caer en el lirismo de pensar que la solución es sencilla. Nuestra democracia es aún muy joven, ha sufrido numerosas interrupciones, y algunas de sus alternativas recientes han creado en una vasta franja de la sociedad el temor de la participación y el compromiso.

Pero debe comprenderse definitivamente que la Nación somos todos. Ningún país cumple su destino histórico sin el concurso patriótico de todos lo que lo habitan.

Una forma de encauzar institucionalmente la protesta, podría ser la de crear en el área del Ministerio de la Nación una oficina de mediaciones destinada a encauzar las demandas sociales y a ofrecer las alternativas posibles de solución.

Otra propuesta podría ser las autoconvocatorias en asambleas por barrios, en los

cuales se delibere sobre los temas a resolver e inclusive se recurra a pedir asesoramiento técnico, expertos en la materia a tratar y de esta manera lograr recabar mayor información y asesoramiento, reconociendo en la primera de ellas la mejor alternativa para lograr mayor publicidad y cohesión ciudadana logrando un entendimiento mutuo sin llegar a enfrentamientos violentos.

Cada uno de los sectores involucrados en el conflicto debe ceder algunas de sus posturas teóricas y eventualmente resignar alguna de sus reivindicaciones.

Los líderes de la protesta (genuina y con jerarquía constitucional) no necesariamente deben renunciar a sus canales de expresión. Tal vez serian mejor escuchados por el resto de la ciudadanía si argumentaran mejor.

También es oportuno recordar que destruir la propiedad pública no afecta al gobierno, sino a la ciudadanía que solventa la reparación de los daños con sus aportes fiscales. Un tercer aspecto a considerar es la honestidad intelectual de la protesta. Si se buscan reivindicaciones sociales, deben estar despojadas de intencionalidad política, de lo contrario se estaría traicionando la finalidad bajo la cual fueron concebidas.

Con respecto al gobierno, sería útil que unificara su discurso. La consigna declarada en la última década, de “no criminalizar la protesta” en los hechos concretos ha sido desmentida reiteradamente. A pesar de su origen populista y sus prácticas demagógicas, como guardián de la institucionalidad, debe despejarse de favoritismo y renunciar a la cooptación de líderes como práctica habitual de estrategia eleccionaria. Finalmente, debe renunciar a la manipulación recurrente del Poder Judicial, para que se pueda dictar sentencias exclusivamente ajustadas al derecho y no dictadas por la supuesta “governabilidad” del mandatario de turno.

A la ciudadanía en su conjunto le corresponde la tarea de asumir definitivamente su rol de ciudadano. Apoderarse de la soberanía no es solo un derecho teórico, debe ser un ejercicio responsable y cotidiano.

Cada uno de nosotros debe comprender que vivir en una sociedad más justa, con instituciones sólidas, con adecuada distribución de recursos, con respeto por las individualidades, con producción pujante y respeto irrestricto por la ley, no es solo obligación de los gobernantes. Es una esforzada construcción cotidiana que exige

compromiso, tolerancia, respeto, apego a las normas y coraje cívico.

Si cada argentino no comprende que su rol es participar en la construcción de la patria común, seguiremos inmersos en vanos enfrentamientos y estériles reivindicaciones teóricas. Que la historia nos convoque a hacer a cada uno la parte que nos toque.-

4- Conclusión.

La colisión de derechos debe ser subsanada dentro del sistema republicano. Ya que la ciudadanía solo ejerce su potestad soberana dentro del sistema democrático de delegación representativa, corresponde al Estado en sus tres poderes adecuar el marco normativo a una situación que ya no es emergente sino definitivamente instalada en la realidad social.

El estado como modo de otorgar la representación a los sectores excluidos debe activar los mecanismos de democracia semidirecta que nuestra misma Constitución prevé para lograr el consenso, la armonía en el seno de la Nación.

Con el fin de que cada ciudadano ejerza su derecho a manifestarse sin provocar la colisión con los de los demás ciudadanos, creemos que la alternativa es la información como medio disuasivo y pacífico para lograr un orden en la sociedad. Una vez más el conocimiento, la educación nos permite el entendimiento entre uno y otros y por consiguiente ganara mayor adhesión.

Esta alternativa de recabar información, de difundirla, de lograr mayor números potenciales de adherentes producirá un efecto disuasivo sobre las políticas económicas, sociales y políticas implementadas, sin tener que recurrir a la violencia, sin perjudicar a la sociedad, ni a los derechos de terceros.

Sin lugar a dudas, aun la ciudadanía debe perfeccionar su táctica expresiva y el gobierno unificar su discurso y ejercitar la tolerancia. Pero la salud y la vida de la democracia siempre va a estar garantizada si el pueblo no se calla. Algún día tendrá que ser escuchado, mientras tanto el debate de no debe cerrarse, mejorar el ejercicio de la ciudadanía depende de ello y es tarea de todos, compromiso y obligación de cada ciudadano.

CONCLUSIONES FINALES.

Luego de presentado el trabajo de investigación precedentemente expuesto, corresponde, a modo de corolario, determinar si las preguntas e hipótesis investigativas encontraron su correlato en la exposición desarrollada.

En primer lugar, digamos que el eje conceptual fue el siguiente: la antinomia fáctica y jurídica entre el derecho constitucional de expresarse y peticionar a las autoridades versus el ejercicio coercitivo de la autoridad en forma conjunta con la potestad normativa de los poderes del Estado.

Consideramos que una de las posibles soluciones a la situación controversial sería la desarrollada teóricamente por Foucault cuando explica que las relaciones de poder que circunscriben su accionar a reprimir y excluir, están condenados a ser ineficaces per se. Un ejercicio de poder razonablemente eficiente – nos dice- elude en la medida de lo posible las acciones coercitivas extremas, y centra su esfuerzo en la continuación de relaciones sociales nuevas más acordes a la naturaleza de las discrepancias y de la conformidad a la evolución de la dinámica social.

Una cuestión que es imperativo resolver se relaciona con la especificidad jurídica de la norma aplicable. Es inadmisibles, no solo desde el punto de vista de los derechos humanos, sino que también atañe a la seguridad normativa del sistema republicano, que se aplique analógicamente una ley destinada a reprimir acciones subversivas, a simples ciudadanos que ejercen su derecho al disenso.

Englobar en la difusa terminología de “subversión” a toda aquella conducta que supuestamente -desde una óptica autoritaria- tiene como objetivo alterar la paz social, ya no solo vulnera los derechos ciudadanos, sino que también ofende a los principios de la democracia como forma de vida.

Compartimos el criterio de Moscovici que considera a la protesta social como una representación válida y ya instalada definitivamente en la realidad social. Ahora

bien, ¿cómo se compatibiliza la vida social con estos episodios?

Siendo la sociedad civil una totalidad sistémica y estando en potestad del gobierno la facultad de diseñar y ejecutar las políticas de seguridad, solo cabe una conclusión razonable: diálogo y consenso.

El gobierno, en ejercicio de su mandato debería abandonar la noción arcaica de que las expresiones encaradas por los sectores sociales en lucha son elementos peligrosos para la paz social. Por su parte la militancia social y política, en ejercicio de sinceramiento conceptual, tendría que definir claramente sus objetivos, y no convertir a sus reclamos en una cuestión meramente adversarial y de disconformidad vacía de contenido.

La democracia es una dinámica en permanente construcción, una utopía en reconstrucción y evolución constante.

La titularidad de la soberanía que ejerce el pueblo de una Nación constituida en Estado, requiere la articulación de ciertos parámetros básicos sobre los cuales cimentar su existencia.

Uno de los pilares fundamentales es la creación de paradigmas de igualdad social que permitan el acceso indiscriminado de los ciudadanos a las oportunidades de participación.

Asimismo corresponde al Estado asegurar el marco de libertad que garantice y promueva la pluralidad de pensamiento, el disenso y la protesta pública.

Para que exista democracia real y efectiva, la libertad personal, de expresión y de asociación debe gozar de la más absoluta protección. Para que un sistema democrático funcione adecuadamente debe existir el mayor grado de consenso posible, dejando al sistema electoral solo aquellas cuestiones que no afecten derechos esenciales.

Si partimos del presupuesto de que la vida democrática consiste en aceptar las opiniones divergentes, está dispuesto a analizar sus postulados, entendiendo que el debate trasciende el mero intercambio de ideas contradictorias, en la búsqueda común de consensos reales y efectivos.

La Teoría de la Justicia, tal como nos adoctrina Rawls, requiere para el ejercicio

pleno de la libertad, la garantía de la igualdad, quien establece como esencial para regular la justicia en las relaciones humanas, como es la libertad y la igualdad de oportunidades.

Concretamente sobre este segundo término se expone Rawls llamándolo “principio de igualdad democrática” según el cual la expectativa más elevada de quienes están mejor situados solo son justas si funcionan como parte del esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad.

Las diferencias naturales de los individuos que forman un colectivo social, deben ser necesariamente abordadas desde la perspectiva unificadora del interés general o bien común.

La democracia supone participación, compromiso. La condición de ciudadano le otorga a una persona la capacidad de involucrarse en la construcción del diseño político de su país. La participación significa construir colectivamente los asuntos de interés mutuo.

La soberanía no se agota en elegir representantes, también debe vincularse a la idea de realizar propuestas, expresar reclamos, exigir transparencia en la administración y eventualmente destituir -conforme a los mecanismos establecidos por ley- a mandatarios incompetentes o corruptos.

Entendiendo acabadamente que el ciudadano no solo tiene el derecho a protestar contra acciones de gobierno que considera desacertadas, arbitrarias o insuficientes; si no también tiene el deber de involucrarse en la cosa pública desde el acotado espacio que le confiere nuestra forma representativa de gobierno.

Como ya se dijo, construir democracia es tarea de todos y aún falta trabajo por hacer.

Es saludable y benéfico que los ciudadanos se involucren en la cosa pública. Es deber del gobierno aceptar la queja, escuchar la demanda y articular soluciones.

Por suerte para la vida democrática de nuestro país, llevamos más de 30 años de libertad para protestar, para censurar, para criticar al gobierno. Tal vez aún quede mucho para perfeccionar, pero sería injusto no reconocer el avance.

Una vez más consideramos que la clave está en la educación. Si los efectores de los movimientos sociales aprenden a expresar sus reclamos en forma más respetuosa y mejor formulada, tal vez descubran que son exitosamente escuchados y sus ideas concitan mayor adhesión del resto de los ciudadanos. Si en lugar de quemar cubiertas, cortar rutas o destruir vías férreas, la vía de acción es una tribuna pública donde se debatan ideas con respeto, moderación y prudencia, es posible que se encuentren caminos de concordancia.

Al gobierno le hace bien que haya voces disidentes. Si no cómo analiza críticamente sus políticas de estado? Seguramente en las propuestas de aquellos que reclaman habría algún aporte útil que pueda mejorar la gestión. Si no es así, igual la condición de administrador de la cosa pública, los obliga – por definición- a atender a los requerimientos de todos los representados. Seamos optimistas, debemos serlo. Falta mucho por hacer, pero se ha conseguido bastante.

De cada ciudadano depende hacer su mejor aporte para que nuestra incipiente democracia sea mejor cada día.

Al principio del trabajo nos planteábamos como hipótesis de investigación si era legítimo criminalizar las manifestaciones de protestas. Entendemos que en cuestiones que involucren la temática social no es razonable ni pragmática adoptar posturas radicales. Nuestra postura es que mientras el reclamo se efectúa dentro de los canales institucionales debe ser oído por la autoridad. Es deber del Estado gestionar la cosa pública, aceptar la crítica fundada, permitir la participación de la ciudadanía militante y defender los derechos constitucionales más allá de la comodidad y la conveniencia. Cuando la protesta deviene en acciones violentas y la postura contestataria atenta contra la vida social y comunitaria de la Nación es lógico que se deban articular los resortes legales tendientes a punir no la protesta en si misma sino el delito que subyace en la misma.-

APENDICE CAPITULO II

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA

Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Artículo 32.- El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor,

así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y

audiovisuales.

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las

Organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

TRATADOS INTERNACIONALES CON RANGO CONSTITUCIONAL.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La Libertad de Expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

□ Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

□ Artículo 29: En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

La “Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica” de 1969, en el Art. 13 señala:

“Libertad de expresión y pensamiento.

- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección y gusto.
- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a.- El respeto a los derechos o la reputación de los demás, o, b- La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.
- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación la circulación de ideas y opiniones.
- Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el

exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

- Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive a los de raza, color, religión u origen nacional.”

La prohibición de toda propaganda a favor de la guerra, también está consagrada en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”:

Por otra parte, existen otros derechos y libertades (o “derechos a libertad de...”, ejemplo: Derecho a la Libertad de reunión, manifestación, ejercicio de cultos, etc.) conjuntamente con el Derecho a la Libertad de expresión. Así el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto ni ilimitado, como tampoco lo es ningún otro derecho o libertad.

Cada derecho o libertad (derecho a la libertad de...) tiene un ámbito de desenvolvimiento y de comprensión, y cada persona que ejerce un derecho, debe actuar dentro de ese ámbito de desenvolvimiento y de comprensión de dicho derecho. Actuar más allá de dicho ámbito, es no actuar dentro de dicho derecho, sino fuera de él, con la posibilidad de quien actúa de violar, vejar o atropellar derechos de otras personas, y es más grave aun cuando se trata de derechos humanos de las personas. El límite al derecho humano de la libertad de expresión está dado por el respeto a otros derechos humanos de las personas.

Concordante con esto, la “convención americana sobre derechos humanos”, expresa en su artículo 11:

“Protección de la honra y de la dignidad.

- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales en contra de su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos

ataques.”

APENDICE DEL CAPITULO IV

I) CASO SCHIFRIN (Causa 3905/ 97).

En 1997, el Juez Federal de 1º Instancia de Bariloche, condenó a la docente Marina Schiffrin a tres meses de prisión en suspenso con el adicional de inhabilitarla para participar en nuevas manifestaciones, bajo en apercibimiento de considerarla incurso en la preceptiva del Art. 27 bis del CP.

Dicha sentencia fue apelada, resolviéndose en alzada que : a) no es necesario acreditar la situación de peligro, siendo suficiente que se pueda inferir un riesgo; b) el carácter relativo de los derechos y su sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio, excluyen al acusado de la preceptiva del art. 34 inc., 4 del CP, concluyendo que el derecho a petionar no puede efectivizarse si su ejercicio configura un delito; c) invocando el art. 22 de la CN se entendía que el pueblo ejerce su facultad democrática en el sufragio, y cualquier otra actividad puede desembocar en la anarquía del populismo, en el quebramiento del sistema constitucional, ajenos a la opinión mayoritaria del pueblo de las vías de hecho no son propias de la forma de la vida democrática; e) cualquier manifestación pública debe contar con la respectiva autorización de la autoridad encargada de velar por la seguridad; f) es inexacta la afirmación axiológica que señala colisión de derechos.

Uno de los camaristas el Dr. Basabilvaso opina en disidencia, incorporando el concepto de “aquiescencia del estado” al señalar que las fuerzas policiales consintieran con la realización de la protesta al no impedirle, más aun cuando había sido bastante publicitada su realización con antelación manifiesta. También se expresó el aludido magistrado que condenar a una sola entre tantos asistentes a la protesta vulneraba el principio de legalidad ante la ley.

II) CASO ALLAIS (Causa 4192/ 2003).

La acción encartada tiene lugar el 12/ 08/2003 (13 hs.) frente a la unidad carcelaria n° 19 del Servicio de Penitenciaria Federal donde un grupo de manifestantes

cortaron la ruta quemando cubiertas, reclamando la libertad de dos detenidos. En tal oportunidad se procedió a la detención del organizador de la movilización.

El inferior condenó al acusado por considerarlo que incurso en la figura del Art. 194 del CP, indicando que la antijuricidad de la conducta quedaba claramente evidenciada en el accionar ante descripto. La apelación baso su agravio en que la conducta del imputado no encuadraba en los supuestos objetivos del tipo penal.

La Cámara de Apelación rechazo el recurso con el argumento de que la obstaculización era clara y manifiesta y la ley no exige más que la simple molestia para la adecuación a la conducta prohibida.

En su voto el Dr. Maqueira señala que los derechos que la CN concede a los ciudadanos exigen un ejercicio pacifico, razonable y adecuado a las circunstancias y que la prohibición de su abuso hace funcional su ejercicio.

Por su parte, el Dr. Vallefin. hace una exegesis de la jurisprudencia de la CSJN que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) El derecho de reunión fluye del art. 33 de la CN, así como el derecho a peticionar del art. 14. Cuando dicha petición es colectiva, se incorporan los preceptos de los arts. 19 y 22.
- b) La falta de una ley reglamentaria del derecho de reunión no implica su aplicación irrestricta, ni su ejercicio abusivo.
- c) Las reuniones prohibidas no lo son en relación a las ideas que allí se expresan, o las calidades de los sujetos que la integran, sino porque son peligrosas para el orden y la tranquilidad pública.
- d) Todo derecho está sujeto a una reglamentación razonable, y la vía pública no puede ser utilizada por unos en desmedro de otros.-

III) CASO GATTI/ NATERA (Causa 4396/99).

El 14/7/1999 el Juzgador Federal de Comodoro Rivadavia condenó a Miguel Ángel Gatti y Walter Dante Natera por considerarlos penalmente responsables del delito de obstrucción de transporte por tierra a la pena de cinco meses y costas. Como

accesorio a dicha pena, les impuso cumplir por dos años trabajos no remunerados en favor de la comunidad vecinal de los respectivos domicilios (art. 27 bis inc. 8 del CP).

Ambos procesados fueron absueltos en casación basándose el superior en la doctrina de la arbitrariedad, entendiendo que la sentencia del a- quo había vulnerado la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, ya que las circunstancias traídas por la querrela no habían sido acabadamente comprobadas en las causas, entendiendo que sus fundamentos eran insuficientes y contradictorios.

IV) CAUSA ALI/ ONTIVERO (Expte. 3155/ 06- Lomas de Zamora)

El hecho tiene lugar en Noviembre del 2002 cuando un grupo numeroso se instaló sobre la vía del Ferrocarril Roca en Ezeiza.

Desplazados por la fuerza se instalaron sobre la Autopista Richieri cortando la mitad de los carriles rápidos. El motivo de las protesta es por los recortes de los subsidios y planes.

La sentencia condenatoria tiene los siguientes argumentos:

- a) Un derecho debe ser ejercido razonablemente;
- b) La conducta no se justifica por un estado de necesidad apremiante;
- c) No se advierte de que modo la manifestación puede coadyuvar a la morigeración del estado de pobreza;
- d) Que la conducta cuestionada exceden el marco regulatorio prescripto por el Art. 34 inc. 4 del CP.

V) CASO ALLAIS II (Causa 4192/2011).

En esta ocasión se imputa a Julio Allais y otras ocho personas por la interrupción del servicio ferroviario de los trenes 509 y 540 de la Empresa Metrovía SA.

La fundamentación de la sentencia se basa en los siguientes criterios:

- a) Hubo una interrupción efectiva de un servicio esencial;

- b) Se creó un peligro real y efectivo para los bienes y las personas;
- c) Hubo una infracción material o de resultado (Riggi) por la progresión en el tiempo de la interrupción;
- d) El accionar de los inculpados no puede justificarse con la causal del Art. 34 inc. 4, ya que para que un ejercicio de derecho sea legítimo debe hacerse dentro del marco de la ley (Tragant) y estas acciones tuvieron lugar dentro de una huelga organizada por la CGT disidente y declarada ilegal por el Ministerio de Trabajo ;
- e) Para merituar el daño debe considerarse dañosa toda conducta que afecte el “normal” funcionamiento del servicio (Ledesma).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

LEGISLACION:

1-Constitución Argentina. Artículos 14, 14bis, 22.

2-Codigo Penal Argentino.

3- Ley 26.734: Antiterrorista Argentina

4-Tratado de Derechos Humanos. Artículos 18, 19 y 20.

DOCTRINA:

1-Auyero, J. “*Repertorios insurgentes en la Argentina contemporánea*”. Revista de Cs.Soc. Dic. 2002. N°15. Pág. 139.

2-Bacigalupo, E. “*Principios Constitucionales del Derecho Penal*” .Ed. Hammurabi. Bs. As. 2000. Pág. 231.

3-Bedau, H. “*On Civil Disobedience*”. Journal of Philosophy. 1961. Vol. 58. Pág. 653/661.

4- Birdart Campos, G. “*Manual del derecho Constitucional*”. Ed. Astrea. Bs. As. 2000. ISBN 950-508-173-1

5-Canese R., “*Criminalización de la protesta*”. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2008. Pág. 85

6- Cohen, M. “*Liberalism and Disobedience*”. Philosophy and Public Affairs. 1972. Vol. 1, n. 3, Pág. 283-314

7-Dworkin, R. “*A Matter of Principle*”. Harvard University Press.Cambridge.1985. Pág. 105.

8- Ferrajoli, E. “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”. Ed. Tratta. Madrid 2000.

- 9-Foucault, M. *“El sujeto y el poder”*. Ed. UNAM- Dpto. de Política y Cultura. DF 2002. ISBN 9706-549-013.
- 10- Foucault, M. *“En defensa de la sociedad”*. Ed. Fondo de Cultura Económica. BA 2001. ISBN 459-061-072.
- 11-Foucault, M.: *“Genealogía del Racismo”*. Editorial Altamira, Buenos Aires, Argentina. Pág. 173-174.
- 12- Gargarella, R. *“Carta abierta a la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y protesta”*. Ed. Club de la Cultura Socialista. BA. 2006. Pág. 23.
- 13-Habermas, J. *“Ensayos Políticos”*. Ed. Península Barcelona. 1987. Pág. 285.
- 14- Locke, J. *“Two Treatises of Government”*. Ed. Cambridge University Press. Cambridge. 1988.
- 15- Lozano, C. *“Contexto económico y político de la protesta social en la Argentina contemporánea”*. Ed. Instituto de Estudios y formación CTA. BA 2008.
- 16-Nino, C. *“Fundamentos del derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politólogo de la practica constitucional”*. Ed. Astrea. BA 1992.
- 17-Rawls J., *“La teoría de la Justicia”*. Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico.1971.
- 18- Rodríguez, E. *“El derecho a la protesta, criminalización, violencia institucional y el nuevo desafío de las organizaciones de derechos humanos”*. Ed. Grupo la Grieta. La Plata 2003. Pág. 148.
- 19-Rojas Patiño, J. *“Retratos de la beligerancia popular en la Argentina democrática”*. Ed. Del Rojas. UBA. BA 2002.
- 20-Rousseau, J.J. *“El Contrato Social”*. Ed. Tecnos. Barcelona 1988. ISBN 84-487-0121-6.
- 21-Sartori, G. *“¿Que es la Democracia?”*. Ed Tauris. Bs. As. 2003.
- 22- Svampa, M. *“La sociedad excluyente: bajo el signo del neoliberalismo”*. Ed. Tauris. BA 2005.

23-Petras, James F. *“El neoliberalismo y la marginalidad. Ausencia del futuro”*. Proferops de la Universidad de Pensylvania (Estados Unidos). Página /12. 16/ 4/ 91

24- Viegas, F. *“La construcción simbólica de la criminalización de la protesta social”*. Ed. Universidad de Palermo. BA 2007.

25-Welzel, Hans. *“Derecho Penal del enemigo”*. Ed. Jurídica de Chile. Sgo. de Chile 1987. Pág. 85.

26- Zaffaroni, E. y otros. *“La criminalización de la protesta social”*. Ed. UP. BA 2012. ISBN. 978-987.1716.135.

27- Zaffaroni, Alagia, Slokar. *“Manual de Derecho Penal, parte general*. Ed. Ediar. Bs.As. 2005. Pág. 106.

JURISPRUDENCIA:

1-Cría Sexta de Tolosa- Fiscal Marcelo Eduardo Martini. UFI 3. Juzgado de Garantías n°3 .SS Néstor de Aspro. Causa 20743.

2-CSJN Fallo 241/291

3-Causa 4859 Alais Julio Alberto y otros s/ Recurso de Casación. CNCP. Sala III-23/4/2004.

4-Caso Schiffrin (Causa 3905/ 97).

5-Caso Allais (Causa 4192/ 2003).

6-Caso Gatti/ Natera (Causa 4396/99).

7-Causa Ali/Ontivero (Expte. 3155/ 06- Lomas de Zamora)

8-Caso Allais II (Causa 4192/2011).

9-CNCP, Sala I: “Sandoval Rodolfo Rubén y otros- Causa 26.335 25/10/2005.

10- CSJ de Mendoza- Causa 4705.

11-Causa González, Cecilia del Carmen c/ Casa Rubio SA. s/ Despido. CNAT S. 6/3/2007.-

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG.

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Gómez Perdiguero María José.
E-mail:	marijoperdiguero@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado.

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Derecho a la Protesta social. ¿Es legítima su criminalización?
Título del TFG en inglés	Right to Social Protest. Is it legitimate criminalization?
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Marcelo Bernal y Juan M. Mocoroa.
Fecha de último coloquio con la CAE	03/12/2013.
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

María José Gomez Perdiguero

Firma del alumno

