



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PIA

AFECTACIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CASOS DE  
CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL EN ARGENTINA Y SU  
IMPLICANCIA EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO.

Palomeque, Yanina D.

Abogacía.

2019.

## ÍNDICE

### Contenido

RESUMEN .....	4
ABSTRACT.....	4
INTRODUCCIÓN GENERAL .....	6
CAPÍTULO 1: LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	9
1. Introducción. ....	9
1.1 Concepto y caracteres de los derechos humanos. ....	9
1.2 Evolución histórica de los Derechos Humanos.....	10
1.3 Internacionalización de los derechos humanos y su incorporación al ordenamiento jurídico argentino. ....	13
1.4 El derecho a libertad de expresión. Concepto.....	14
1.5 Marco jurídico argentino e internacional del derecho de libertad de expresión. ....	15
1.6 Principales características del derecho a la libertad de expresión: titularidad, expresiones protegidas y limitaciones a su ejercicio. ....	17
1.7 Conclusión al capítulo 1.....	22
CAPÍTULO 2: DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL .....	24
2. Introducción. ....	24
2.1 Derecho a la protesta.....	24
2.2 Derecho a peticionar a las autoridades. Caracteres y recepción en el ordenamiento jurídico argentino. ....	25
2.3 Derecho de reunión. Caracteres y recepción en el ordenamiento jurídico argentino.....	27
2.4 Breve reseña histórica de la protesta social en Argentina.....	29
2.5 El rol del Estado argentino frente a las manifestaciones públicas. ....	32

2.6 Criminalización de la protesta social. ....	34
2.7 Conclusión al capítulo 2.....	38
CAPÍTULO 3: IMPORTANCIA DE SU EJERCICIO EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO. .....	39
3. Introducción. ....	39
3.1 Democracia Constitucional y procedimientos de control. ....	39
3.2 Democracia deliberativa y participación ciudadana .....	43
3.3 Conflicto de derechos. ....	46
3.4 El derecho a la protesta como ejercicio al derecho de libre expresión y el uso del espacio público.....	50
3.5 Conclusión al capítulo 3.....	51
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: CASO SCHIFRIN, MARINA S/ CAUSA N° 3905 .....	52
4. Introducción. ....	52
4.1 Antecedentes. ....	52
4.2 Consideraciones respecto de la sentencia de la Sala 1 de la Cámara de Casación Penal. ....	58
4.3 Conclusión al capítulo 4.....	61
CONCLUSIÓN GENERAL .....	63
BIBLIOGRAFÍA .....	66
ANEXO.....	68

## **RESUMEN**

Los derechos humanos constituyen un abanico de protección a toda persona por el hecho de ser tal.

El reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre erige un logro de vital importancia frente al poder público hasta llegar a su incorporación en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

El derecho a la libertad de expresión se encuentra dentro de este orden, y junto con el de peticionar a las autoridades y el de reunión, constituye una herramienta fundamental dentro de las sociedades democráticas para la toma de decisiones a través de la expresión pública.

La respuesta que el aparato estatal brinda frente al ejercicio del derecho de protesta, tanto desde la legislación como desde el poder judicial, en general, ha sido restringir este derecho, por lo que resulta elemental en este trabajo, vislumbrar el carácter esencial del mismo y la necesidad de garantizar su protección.

**PALABRAS CLAVES:** Protesta social, libertad de expresión, criminalización, derecho de reunión, petición, democracia.

## **ABSTRACT**

Human rights constitute a range of protection for every person because they are such.

The recognition of the fundamental rights of man erect an achievement of vital importance in front of the public power until arriving to its incorporation in the legal systems of the States.

The right to freedom of expression is within this order, and together with that of petitioning the authorities and the meeting, constitutes a fundamental tool within democratic societies for decision-making through public expression.

The answers that the state apparatus provides against the exercise of the right to protest, both from the legislation and from the judicial power, in general, has been to restrict this right so that it is elementary in this work, to glimpse the essential character of the same and the need to guarantee their protection.

**KEYWORDS:** Social protest, freedom of expression, criminalization, right of assembly, petition, democracy.

## **INTRODUCCIÓN GENERAL**

Este trabajo final de graduación se propone exponer las diferentes perspectivas que supone el ejercicio del derecho de protesta en relación al derecho de libertad de expresión.

Diversos contextos sociales motivan a grupos de ciudadanos y ciudadanas a expresar demandas, y muchas de ellas, se llevan a cabo mediante mecanismos no convencionales, formas de manifestaciones no institucionalizadas; piquetes o cortes de ruta, escraches, movilizaciones multitudinarias, diversas son las formas en que sectores de la ciudadanía buscan dar a conocer públicamente sus expresiones y dirigirlas al aparato estatal.

El contenido de las expresiones varía según el contexto y la época, girando en torno a reivindicaciones laborales, dignidad humana, desaparición de personas y terrorismo de Estado, reclamos salariales, acuerdos o desacuerdos con políticas y decisiones estatales.

Protestar es un derecho que involucra el ejercicio de otros derechos, como el de peticionar a las autoridades, el derecho de reunión y el derecho de expresarse libremente, todos se encuentran receptados en la Constitución Nacional argentina y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Las respuestas que los poderes públicos dan a las manifestaciones y protestas sociales, distan mucho de garantizar el libre ejercicio de estos derechos; se suele, desde una perspectiva meramente penal, encuadrar dentro de figuras penales a las y los manifestantes, con argumentos generalizados y restrictivos de derechos; se utilizan conceptos como moral pública o interés general, o justificaciones como “el derecho de un individuo termina dónde comienza el de otro”, pero no se expresa nada con respecto a los derechos en sí.

En el presente trabajo se analizarán los derechos que se encuentran en juego en distintos casos de conflicto social, ver cómo los argumentos de los jueces en las sentencias

judiciales argentinas han ido inclinándose y mutando en defensa de algunos derechos sobre otros y, dado estos argumentos, se intentará vislumbrar si se ve afectado, entre otros, el derecho a la libertad de expresión de quienes manifiestan.

Se aportarán elementos para considerar por qué el aparato estatal debería optar por una postura en defensa de los derechos de los ciudadanos y sobre todo garante de los derechos fundamentales como el de libre expresión y petición; fuera de una mirada penalista o criminalizante como suele suceder en muchos fallos sobre casos judiciales nacidos en el marco de protestas sociales.

En el capítulo 1 se expondrá cómo se ha configurado el reconocimiento de los derechos del hombre como sujeto titular de derechos fundamentales hasta el nacimiento de una red internacional de protección de los mismos y su incorporación al ordenamiento jurídico argentino. Con estas herramientas abordaremos uno de ellos, de importancia para este trabajo de investigación, que es el derecho de libertad de expresión, se analizará su concepto, caracteres principales y las normas que lo receptan.

Dado que el derecho de protesta implica también el derecho de reunión y el de peticionar a las autoridades, en el capítulo 2 se expondrá brevemente las características y marco normativo de los mismos, y una reseña histórica de las protestas sociales en Argentina, para así abordar las posturas que ha adoptado el Estado en estos contextos, tanto desde el poder legislativo y las normas dictadas al respecto; como desde el poder judicial; y finalmente se abordará qué significa criminalizar la protesta social.

Con lo expuesto en los dos primeros capítulos es posible abordar en el capítulo 3, las implicancias del derecho de protesta y el de libre expresión dentro de los sistemas democráticos. Para ello expondremos un debate doctrinario y los distintos enfoques existentes, como la democracia plebiscitaria y la democracia constitucional de Ferrajoli, la

democracia liberal, y democracia deliberativa de Nino. La importancia de mantener abierto el canal de diálogo y las posibilidades expresivas de la ciudadanía y la consistencia de ejercer este derecho en manifestaciones públicas.

Finalmente, el capítulo 4 abordará un análisis jurisprudencial sobre el que ha constituido el primer caso sobre criminalización de la protesta que ha llegado hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso de la docente Marina Schifrin condenada por la Cámara Nacional de Casación Penal por haber participado en un corte de ruta en reclamo de la protección estatal de la educación pública.

## **CAPÍTULO 1: LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

### **1. Introducción.**

En el presente capítulo se expondrá la conceptualización de los derechos humanos, su evolución histórica, la clasificación de los mismos, su integración en el sistema jurídico positivo, la constitución de una red internacional de derechos fundamentales y la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos a la constitución argentina.

Dentro de los derechos fundamentales, se analizará el derecho de libertad de expresión, su concepto y principales características, a saber: titularidad, doble dimensionalidad, discursos protegidos, limitaciones permitidas, prohibición de censura previa y régimen de responsabilidades ulteriores.

#### **1.1 Concepto y caracteres de los derechos humanos.**

El concepto de derechos humanos hace referencia a una serie de atributos y facultades del individuo como tal, esenciales para su vida y desarrollo (Sagüés, 2007), por lo tanto, son derechos que corresponden al hombre por el solo hecho de serlo. Rabbi Baldi Cabanillas (1997) menciona que estos derechos “aluden a ciertos bienes que pertenecen, de suyo, esto es, por su propia condición de tales, a los seres humanos, con entera prescindencia de su reconocimiento o, aún, de su desconocimiento por parte del ordenamiento jurídico” (citado en Andruet, 2004, p. 98). En una concepción teórico-jurídica, Ferrajoli (2008) los señala como aquellos “derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables” (p. 42).

Los derechos humanos constituyen un abanico de derechos que protegen a toda persona “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”, según establece el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estos derechos garantizan condiciones de vida en base a la dignidad humana y establecen un asiento ético del sistema democrático.

Así, Wlasic (2006) los define como aquellos que brindan protección a la dignidad de la persona humana y los valores que derivan de ella, libertad e igualdad, a través de la efectiva y plena satisfacción de sus necesidades físicas, psíquicas y morales, de allí, que surjan características y principios propios, generales y normas jurídicas básicas para su protección. Estas características, siguiendo al mismo autor, devienen del proceso mismo de evolución normativa y son *universalidad*, ya que son comunes a toda persona humana y de igual sentido para todas las personas; *indivisibilidad*, atendiendo a la imposibilidad de fragmentación de estos derechos y el carácter pleno de su titularidad; la *integralidad*, ya que se toman como pertenecientes a una totalidad única y homogénea; y la *interdependencia* que hace referencia a que la interrelación existente entre ellos negando considerar aisladamente cada uno de los Derechos Humanos.

## **1.2 Evolución histórica de los Derechos Humanos.**

El reconocimiento de los derechos humanos es el resultado de luchas y revoluciones que han tenido lugar a lo largo de la historia de la humanidad entre los siglos XVII y XVIII luego de la crisis del sistema de organización político social feudal y el Estado absolutista de la edad moderna. La Primer Revolución inglesa (1642-1653) “fue una guerra civil entre el

Parlamento y el Rey y culminó con la ejecución de Carlos I y la formación de un Protectorado republicano”<sup>1</sup>, la Segunda Revolución inglesa o Gloriosa Revolución (1688-1689) que desemboca en el derrocamiento de Jacobo II<sup>2</sup> y el “establecimiento de una monarquía constitucional protestante”<sup>3</sup> controlada por el poder político liberal; la rebelión de las colonias británicas que dio como resultado la Declaración de la Independencia en 1776 y un siglo después, la Revolución Francesa de 1789 permitió el ascenso de la clase burguesa y la consolidación del sistema económico capitalista<sup>4</sup>. Esta última diluyó la estructura estamental de la Monarquía francesa, convirtió a los Estados Generales<sup>5</sup> en una Asamblea Nacional constituyente quien promulgó en ese mismo año La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y posteriormente dicta para Francia una Constitución en 1791.

Las declaraciones y constituciones resultantes de estas revoluciones estuvieron dirigidas a reconocer y garantizar derechos para un sector elitista, y convivieron en sociedades junto con la esclavitud, el no reconocimiento de derechos para mujeres, niños y niñas y la imposibilidad de ejercicio para los sectores populares.

El constitucionalismo liberal naciente, que proclama los *derechos civiles y políticos* y el derecho a la libertad, entre otros, contrastaba con una realidad donde “los campesinos y los

---

<sup>1</sup> Recuperado de: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Cuadernillo-Introducci%C3%B3n-ddhh-final.pdf>

<sup>2</sup> “La fe católica profesada por Jacobo II unió a las distintas facciones políticas inglesas (torys y whigs) en contra del Monarca, quien además de disolver el Parlamento había movilizado a un gran ejército al mando de oficiales Católicos.” (Lorente et al., 2012, p.301).

<sup>3</sup> Recuperado de: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Cuadernillo-Introducci%C3%B3n-ddhh-final.pdf>

<sup>4</sup> Recuperado de: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Cuadernillo-Introducci%C3%B3n-ddhh-final.pdf>

<sup>5</sup> “una asamblea dividida en órdenes (clero, nobleza y tercer estado) que no habían sido convocados desde 1614.” (Lorente et al., 2012, p.291).

obreros tenían ahora la libertad de vender su fuerza de trabajo en el mercado.”<sup>6</sup> Sin poder ejercer efectivamente esos derechos consagrados en las constituciones.

De este modo, en el siglo XIX comienza la lucha de trabajadores y trabajadoras por mejoras en sus condiciones laborales y se advierte la necesidad de que los Estados establezcan normas que “protejan a los trabajadores de la explotación de la que eran objeto y que caracterizaba al sistema capitalista de producción”<sup>7</sup>, nacen entonces los *derechos económicos, sociales y culturales* que toman al hombre inmerso en un contexto económico social determinado en contraposición al individualismo característico del liberalismo, o como señala Andruet (2004) “se materializan cuando el centro de preocupación deja de ser el individuo en tanto político y pasa a instalarse como una individualidad que reclama una debida atención social” (p.97).

En la actualidad se ha alcanzado la existencia de *derechos humanos de incidencia colectiva o de la solidaridad*, que se extienden “a la totalidad del hábitat de ser hombres” (Andruet, 2004, p.97) como los relacionados con el medio ambiente.

La independencia de los territorios coloniales hispanos y sus primeros textos constitucionales se ven inmersos en el ideario liberal, así la Constitución Argentina sancionada en 1853 recepta los derechos civiles y políticos del constitucionalismo clásico.

El proceso de construcción de los derechos del hombre ha sido progresivo y su acento se encuentra en lograr una afectiva incorporación al sistema legal positivo y el reconocimiento como derechos subjetivos de las personas por parte de los Estados.

---

<sup>6</sup> Recuperado de: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Cuadernillo-Introducci%C3%B3n-ddhh-final.pdf>

<sup>7</sup> Recuperado de: <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2016/08/Cuadernillo-Introducci%C3%B3n-ddhh-final.pdf>

### **1.3 Internacionalización de los derechos humanos y su incorporación al ordenamiento jurídico argentino.**

Luego de la primera guerra mundial (1914-1918) y la segunda guerra mundial (1939-1945) donde se cometieron aberraciones que atentaron contra la dignidad humana, surgen convenciones en repudio de todo hecho que atente contra la condición humana. En 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana, se aprueba la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>8</sup>; seis meses más tarde, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, redacta el primer documento de protección de estos derechos de índole universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en este sentido, nace lo que se conoce como *internacionalización de los derechos humanos*, estableciendo un marco normativo colectivo y universal de carácter imperativo para los Estados quienes deben garantizar el cumplimiento de los estándares de protección y son responsables frente a la comunidad internacional. Así, numerosos textos internacionales protegen y tutelan estos derechos y los reconocen como parte del bien común internacional (Sagüés, 2007). El 22 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica se lleva a cabo la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha Convención, además del articulado, que proporciona una valiosa base de protección a los derechos humanos, estableció para su protección, dos órganos competentes para conocer sobre asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuya función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y puede formular recomendaciones a los Estados Miembros, pedir y realizar informes, entre otros; y la Corte Interamericana de

---

<sup>8</sup> La Novena Conferencia Internacional Americana se llevó a cabo entre los meses de marzo y mayo de 1948 en Bogotá y crea la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Derechos Humanos (Corte I.D.H) quien conocerá sobre los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.

A lo largo de distintas convenciones se ha ido configurando la normativa internacional que se ha receptado en pactos, declaraciones, y tratados internacionales de derechos humanos.

Argentina ha reconocido e incorporado a su ordenamiento jurídico a numerosos pactos y tratados internacionales de derechos humanos a los cuales ha dispensado jerarquía constitucional, de esta manera el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en adelante CN, les otorga jerarquía superior a las leyes, además, el Estado argentino ha ratificado la Convención Americana y aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana.

#### **1.4 El derecho a libertad de expresión. Concepto.**

El derecho a la libertad de expresión es un derecho humano fundamental receptado en diversos tratados, convenciones y pactos de derechos humanos, para Bidart Campos (2006) es una exteriorización de la libertad de pensamiento. Este autor expresa que el pensamiento en sí no constituye una libertad jurídicamente relevante hasta que el sujeto la exterioriza y es conocida por un tercero.

Así el derecho de expresión comprende, según Sagüés (2017), cualquier conducta expresiva. Esa conducta expresiva de una persona, tiende a transmitir sus pensamientos, así, comprende la libertad de expresión como género y sus especies, como la libertad de

expresión artística, de prensa, política, y como ejemplo de esta última, las manifestaciones y el derecho de petición<sup>9</sup>.

### **1.5 Marco jurídico argentino e internacional del derecho de libertad de expresión.**

La constitución argentina contiene un artículo expreso referido al derecho de expresión. El art.14 consigna: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamente su ejercicio; (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (...).”

Sagüés (2007) menciona, además, el art. 32 de la CN que dispone que el Congreso “no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta (...)” y al art. 75 inc. 19 que asegura “la libre creación y circulación de las obras de autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales (...)”. Estos artículos refieren solo a algunas de las especies de la libertad de expresión: la de prensa y la artística, no existe un artículo que aluda al derecho de libertad de expresión integralmente, en todas sus formas, aunque es posible ubicarlo dentro de los derechos no enumerados a los que refiere el art. 33 de la Constitución: “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.” Por lo tanto, la no incorporación explícita al texto constitucional no debe interpretarse como una negación del mismo.

Pero luego de la reforma de la carta magna en el año 1994, y como se expresa en puntos anteriores, el art. 75 inc. 22 incorpora con jerarquía constitucional a ciertos tratados de

---

<sup>9</sup> El derecho de petionar es una potestad que gozan los habitantes de la República como sujeto activo, frente al Estado como sujeto pasivo, y consiste “en la existencia de un diálogo formal o informal entre el pueblo y las autoridades” (Ildarraz, Zarza Mensaque, Viale, 1999, p. 99).

derechos humanos por lo que reconoce formalmente el derecho a la libertad de expresión en un sentido más extenso que anterior a la reforma.

En el marco de estos tratados, el derecho a la libertad de expresión se encuentra receptado en más de uno:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en el art. 19 establece 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 recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 13 inc. 1 especifica: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión (...).” Además, aclara que su comprensión abarca “la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

En concordancia, lo recepta de igual manera el art. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo recepta en su art. 4: “toda persona tiene derecho a la libertad (...) de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio.”

### **1.6 Principales características del derecho a la libertad de expresión: titularidad, expresiones protegidas y limitaciones a su ejercicio.**

De los documentos mencionados se deriva la importancia de la función que cumple el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos.

Sagüés (2007) expresa que el derecho de expresión complementa al derecho de pensamiento, ya que existe justamente cuando este se exterioriza, y su importancia dada la naturaleza social intrínseca del hombre. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante Relatoría Especial), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Organización de Estados Americanos (OEA) (2010), expresan, al respecto de la naturaleza social del hombre, que es una virtud única, así como comunicarse y deliberar con las demás personas para participar del proceso de construcción del modelo de sociedad en el cual deseamos vivir. Por ello es que posee una relación estructural y esencial con el sistema democrático, sirviendo al fortalecimiento y formación de la opinión pública que permita una deliberación plural y abierta, particularmente en asuntos que interesan a la comunidad toda de un Estado. La CIDH expresa la importancia de este derecho al constituir un instrumento indispensable para el ejercicio de la participación ciudadana y el debate público, haciendo que la privación de su ejercicio traiga como consecuencia el “irrespeto de los otros derechos humanos.”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de enero de 2009).

Una de las características del derecho a la libertad de expresión es la *titularidad*. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el sujeto titular de este derecho es “toda persona”, sin discriminación ni distinciones, por lo tanto, no puede verse restringido a un grupo determinado de personas, ni a una profesión o limitado al ámbito de la libertad de prensa.

Otra característica es la *bidimensionalidad*, así, se entiende al derecho de expresión de una manera individual, posibilitando a la persona expresar, desde su propio punto de vista, sus ideas e informaciones; y desde una dimensión colectiva, ya que implica también que la sociedad tiene derecho a recibir esas ideas e informaciones, conocerlos sin interferencias o limitaciones. De esta manera, este derecho de expresión comprende tanto dar como recibir información, pero no de una manera aislada, sino que el mismo derecho comprende al mismo tiempo, ambas dimensiones y si se viese limitado, se estaría afectando a ambas al mismo tiempo.

La tercera característica a mencionar son los *tipos de expresiones que se protegen*. Se ha referido anteriormente que el derecho a la libertad de expresión comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Según el art. 13 de la Convención Americana. Al respecto, los organismos interamericanos como la CIDH y Corte Interamericana, han explicado que la Convención Americana refleja un concepto amplio de expresión humana fundado en la dignidad de la persona y su autonomía, implica el derecho a difundir el pensamiento por cualquier medio apropiado que se elija para alcanzar la mayor cantidad de destinatarios

posibles (Palamara Vs. Chile, 2005)<sup>11</sup>. Así, al indicar: “cualquier otro procedimiento de su elección”, establece que la limitación a los procedimientos utilizados o medios para expresar la idea, afecta inmediatamente a libertad de expresión. En relación al contenido, existe también una protección general, en principio, a todo discurso expresivo, cuenten o no con aceptación de la sociedad o del Estado, este último debe mantenerse neutro ante el contenido y garantizar el debate público. De esta manera se protege también, y con especial importancia, a aquellos discursos que resulten, según la Relatoría Especial “ofensivos, chocantes o perturbadores”, aquellos que inquietan al gobierno de un Estado o a la sociedad, muchas veces reflejado en el discurso de las minorías.

La Relatoría Especial (2010) especifica tres discursos particularmente protegidos: a. el discurso político y sobre asuntos de interés público; b. el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y c. el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

En este sentido señala que el buen funcionamiento de un sistema democrático y pluralista necesita de un mayor debate en la sociedad sobre asuntos que atienden al interés de la comunidad, siendo sometidos al control de la ciudadanía y lograr un mayor nivel de participación ciudadana. Resalta la importancia de este papel de la ciudadanía en el control de todos los aspectos relativos al funcionamiento de la sociedad y los Estados deben abstenerse de establecer limitaciones al debate democrático. En Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (2004)<sup>12</sup>, la Corte I.D.H ha señalado la importancia que cumple la opinión pública y cualquier restricción al debate político o cuestiones de interés público, cuenta con un muy reducido

---

<sup>11</sup> Palamara Iribarne Vs. Chile. Serie C No. 135. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005.

<sup>12</sup> Ulloa Vs. Costa Rica. Serie C Nro. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de julio de 2004.

margen. Además de la protección especial, dada la bidimensionalidad del derecho a la libertad de expresión, del derecho al acceso de información sobre asuntos de interés público.

La CIDH, en el caso *Rodolfo Robles Espinoza e hijos*<sup>13</sup> ha señalado que la libertad de expresión comprende el hecho de hacer denuncias sobre la violación de derechos humanos por parte de funcionarios públicos y que la ciudadanía tiene el derecho a ser informada sobre lo que ocurre en la sociedad.

Los discursos que expresamente no se encuentran protegidos según la Relatoría Especial son: a. la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia; b. la incitación directa y pública al genocidio y; c. la pornografía infantil.

El derecho a la libertad de expresión no es absoluto y encuentra sus *limitaciones al ejercicio* como otra característica. La Convención americana ha señalado algunas limitaciones admisibles y las propiedades que deberán cumplir para ser legítimas. Así, en su art. 13.2 establece que: “El ejercicio del derecho previsto (...) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”, estas responsabilidades deberán estar fijadas de manera expresa en una ley y ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o la protección “de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Y continúa en el art. 13.3 “no se puede restringir la libertad 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 y la circulación de ideas y opiniones.”

La prohibición de censura previa cuenta con mayor relevancia y se encuentra también en el art. 14 de la Constitución Nacional: “Todos los habitantes de la Nación gozan de lo

---

<sup>13</sup> *Rodolfo Robles Espinoza e hijos*. Caso No. 11317. Informe No. 20/99. (CIDH, 23 de febrero de 1999).

siguientes derechos conforme a las leyes que reglamente su ejercicio; (...) de publicar sus ideas por la prensa sin cesura previa; (...)"'. Bidart Campos (2006) expresa que no existen dudas al respecto de que ningún medio de poder puede imponer censura previa. Scioscioli S. en Regueira (2013) afirma que la Convención Americana establece la prohibición "de la censura previa por cualquier medio, ya sea de forma directa o bien a través de vías indirectas" (p. 241), y las define luego como aquellas que se "relacionan con abusos, por parte de las autoridades públicas, del poder financiero y regulatorio sobre los medios, así como con otras interferencias basadas en contenidos que equivalen a lo que generalmente se denomina *censura previa*." (p. 244).

Con respecto a las responsabilidades ulteriores, la regla general que emana del articulado de la Convención Americana, es que las limitaciones deben ser compatibles con el sistema democrático. Así el art. 29 expresa sobre la interpretación:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humanos o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y

Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Continúa con lo expresado en el art. 32 sobre los deberes de las personas: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

La CIDH al respecto, en su informe anual de 1994, señala que estas interpretaciones deben analizarse de acuerdo a las necesidades legítimas de la sociedad e instituciones del sistema democrático.

De este modo se pueden anunciar los principales supuestos: las limitaciones deben figurar expresamente en una ley formal y material previa y de manera clara; sus objetivos deben estar autorizados por la Convención Americana y en tal sentido, si los derechos de los demás se encuentran lesionados o amenazados por una lesión inminente, le compete a la autoridad que impone la limitación demostrarlo; las limitaciones deben ser necesarias para un sistema democrático, proporcionales e idóneas al fin perseguido, la idoneidad se evaluará, como lo expresa la Corte I.D.H en el caso *Kimel Vs. Argentina* (2008)<sup>14</sup>, atendiendo al grado de afectación del derecho lesionado, la importancia de satisfacer el derecho contrario y si esta satisfacción al derecho contrario justifica tal limitación.

### **1.7 Conclusión al capítulo 1.**

De lo expuesto se concluye que los derechos fundamentales son de vital importancia dentro del Estado de derecho y cumplen un papel fundamental dentro del sistema jurídico positivo.

La jurisdicción interamericana ha expresado la importancia intrínseca del derecho a la libertad de expresión como derecho fundamental a lo largo de sus pronunciamientos, por lo

---

<sup>14</sup> *Kimel Vs. Argentina*. Serie C No. 177. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2 de mayo de 2008).

que es prudente señalar, que es necesario que los Estados, como Argentina, que han suscrito tratados internacionales que lo garantizan, otorgado jerarquía constitucional y han aceptado la jurisdicción de las Corte Interamericana, cumplan con sus responsabilidades como Estados Parte garantizando su libre ejercicio.

## **CAPÍTULO 2: DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL.**

### **2. Introducción.**

En este capítulo se abordarán las implicancias del derecho de protesta, el concepto, características y marco normativo de los derechos de peticionar a las autoridades y el derecho de reunión, la evolución histórica de le protestas sociales en Argentina, cómo se ha posicionado el Estado frente a las protestas, las respuestas ha dado desde los poderes públicos y qué significa criminalizar la protesta social.

#### **2.1 Derecho a la protesta**

El derecho a la protesta social comprende el ejercicio activo del derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión y el derecho a peticionar a las autoridades.

Zaffaroni en Bertoni (2010) afirma que el derecho de protesta existe y está expresamente reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, que se encuentra implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y religión del art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la libertad de opinión y expresión del art. 19, y en la libertad de reunión y de asociación pacífica del art. 20. Estos dispositivos, siguiendo al autor, imponen a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos tanto en el fuero interno, como expresando públicamente sus desacuerdos y reclamos.

Se ha señalado la importancia del ejercicio de manifestarse y hacer públicas demandas, ideas e informaciones dentro las sociedades democráticas, pero también es notoria

la imposibilidad de su ejercicio para los sectores más excluidos o empobrecidos que optan por vías no convencionales de expresión.

Gargarella (2007) considera que el derecho a la protesta sirve de una manera fundamental para el reclamo de la recuperación de los demás derechos.

## **2.2 Derecho a peticionar a las autoridades. Caracteres y recepción en el ordenamiento jurídico argentino.**

El Derecho de petición se encuentra receptado en la Constitución Nacional en su art. 14 y expresa: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; (...) de peticionar a las autoridades; (...)”

La solicitud es un derecho que le pertenece a la persona, y se puede ejercer de manera individual o colectiva, estos constituyen el sujeto activo y el sujeto pasivo es el Estado a través de sus órganos e instituciones (Bidart Campos, 2006). Así, el mismo autor explica que la petición procede siempre, aun cuando esta sea improcedente, y el órgano al que se requiere, tiene la obligación de responder, aunque ello no significa que exista la obligación de hacer lugar a lo pedido. En el trabajo citado el autor hiciera referencia solo a la petición formal ante algún órgano de la administración pública.

Sagüés (2007) explica que existen tres tipos de peticiones, a saber: la petición simple, la petición calificada y la petición prohibida.

El derecho de petición simple trae aparejado que nadie puede ser castigado por solicitar algo al Estado, este efecto adquiere importante relevancia cuando entendemos que, en el Estado absolutista, los derechos eran concesiones del monarca, y por lo tanto otorgados de manera arbitraria. La segunda consecuencia que posee es la de obtener respuesta de la

autoridad a la que es dirigida la petición, en este sentido, se resalta que la respuesta es independiente del contenido de la solicitud y en un plazo temporal razonable, y esta obligación deriva de forma republicana donde las autoridades responden ante la comunidad y ésta es la fuente de poder de aquellos.

El derecho de petición calificado refiere a la posibilidad de solicitar ante la autoridad pública y exigir de ésta, en base al reclamo planteado, un acto o respuesta concretos. Un ejemplo de este derecho es que se expresa en el art. 23 de la Constitución Nacional que refiere al estado de sitio, quedando suspendidas las garantías constitucionales en el territorio donde se declarase, el detenido en estas circunstancias, tiene el derecho de solicitar salir del territorio argentino: “(...) durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.” Se recalca que, en el ejercicio de un derecho de petición calificado, el solicitante cuenta aún más con los derechos a no ser castigado por el Estado y a obtener de este una respuesta.

El derecho petición prohibido, en nuestro ordenamiento, se encuentra en el art. 22 de CN que establece que: “Toda fuerza armada o reunión de persona que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.” La finalidad de este artículo es limitar la participación ciudadana en lo político a la representación a través del sufragio y además que nadie se atribuya la representatividad de toda la comunidad. Sagüés (2007) explica que, en la práctica, se ha derogado la posibilidad que castigar penalmente a alguien al atribuirse o hablar en nombre del pueblo, ya que es común que las y los oradores utilicen este tipo de alocución en reuniones y manifestaciones públicas.

Entre los pactos y tratados con jerarquía constitucional suscritos por Argentina, el derecho de petición se encuentra en los siguientes:

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 24.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (art. 13).

### **2.3 Derecho de reunión. Caracteres y recepción en el ordenamiento jurídico argentino.**

Sagués (2007) menciona que el derecho de reunión ha sido considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), como un derecho principal, esencial y primario que constituye una condición normal para el ejercicio de los demás derechos en una comunidad democrática, que nace de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno; y manifiesta que, si bien no se halla expresamente en la Constitución Nacional (CN), se encuentra implícitamente dentro de los derechos no enumerados a los que se refiere el art. 33, dentro del cual se entendían incluidos los derechos de participación antes de la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución argentina.

Este derecho se considera de vital importancia para el ejercicio del resto de los derechos (Regueira, 20013).

El ejercicio de reunión puede tener una simple finalidad social y significar una manifestación espontánea sin previo acuerdo o poseer objetivos más amplios (Bidart Campos, 2006). Este autor distingue entre reuniones públicas o reuniones privadas; así, las primeras pueden llevarse a cabo tanto en lugares públicos abiertos como ser una calle, una plaza; lugares públicos cerrados como un estadio; o sitios privados.

Con respecto a los sujetos, el sujeto activo será la persona o grupo de personas que estén en ejercicio del derecho de reunión; y el sujeto pasivo será tanto el Estado, como las personas que deben abstenerse de interferir o impedir la reunión.

Entre los pactos y tratados internacionales de derechos humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina, el derecho de reunión se encuentra en los siguientes:

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 15.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 21

Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 20.

Pacto Internacional de lo Derecho Civiles y Políticos, art. 21.

Convención sobre los derechos del niño, art. 15.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5.

Según la Convención Americana, lo que se protege es el derecho de reunión pacífica y sin armas y expresa que el ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por una ley. Estas deberán ser “necesarias en una sociedad democrática, en interés

de la seguridad nacional, seguridad u orden público, o para proteger la salud, o la moral pública o los derechos o libertades de los demás”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

#### **2.4 Breve reseña histórica de la protesta social en Argentina.**

La protesta social en Argentina ha tenido variados matices que fueron acompañando diferentes momentos históricos. Desde las rebeliones y levantamientos de pueblos indígenas ante los españoles conquistadores y en defensa de sus comunidades, el movimiento social provocado por la crisis económica producida a raíz de años de políticas neoliberales acaecido en 2001, hasta el corte de ruta que duró casi 4 meses del sector empresarial agropecuario en contras de medidas adoptadas por el gobierno en 2008 y manifestaciones contra la reforma jubilatoria en 2017.

En el siglo XIX, Argentina tiene como modelo económico el capitalista agroexportador basado en la producción de bienes primarios para la exportación, la protesta tiene como caracteres, reclamos que giran en torno a las mejoras en las condiciones laborales (bajos salarios, desigualdad entre el trabajo femenino y el masculino, disciplina laboral) denuncias de malos tratos por parte del patrón, explotación de menores, hacinamiento, etc. Estas movilizaciones eran mayoritariamente obreras, organizadas desde un ideario colectivo de trabajadores socialistas o anarquistas que habían llegado desde Europa a estos territorios,

en busca de mejoras en sus condiciones de vida, cabe mencionar que, durante las presidencias organizativas del Estado argentino naciente, se había solicitado mano de obra extranjera<sup>15</sup>.

En el siglo XX, el Estado presenta otras características, la mayor parte de ese siglo signado por una economía capitalista liberal y por intereses contrapuestos entre el trabajador y la patronal. En la segunda mitad del siglo XX, las protestas dejan de tener su carácter particularmente obrero, y se incorporan otros sectores como estudiantiles, vecinos, artistas e intelectuales, y comienzan a ser designadas como “movimientos sociales” (Lobato y Suriano, 2003). Luego de los golpes militares y sus irrupciones al sistema democrático, sobre todo el último golpe militar en 1976, donde “la violencia desde arriba no solo se adueñó de los lugares de trabajo, sino que derramó su manto de desaparición, tortura y muerte sobre un amplio conjunto de la sociedad” (Lobato y Suriano, 2003, p. 14), la protesta adquiere nuevos tonos de reclamos que comienzan a girar en torno a la protección de la vida e integridad de las personas y los derechos humanos.

A la vuelta de la democracia en 1983, las protestas habían adquirido tanto una multiplicidad de formas, como en sus actores y demandas. Los reclamos se profundizaron durante los gobiernos menemistas que fue, así lo expresan Korol y Longo (2009), “la expresión más acabada del proyecto expresado en el Consenso de Washington”<sup>16</sup> (p.23). Se sigue utilizando la huelga como herramienta, pero aparecen nuevas formas como los piquetes y cortes de rutas o calles, “la modalidad adoptada por las organizaciones de desocupados durante la segunda mitad de los años 90, se volvieron un mecanismo eficaz para señalar la urgencia de los reclamos” (CELS., 2017, p. 13); y materialmente las demandas se articulan en

---

<sup>15</sup> La ley No. 807 de Inmigración y Colonización dictada bajo la presidencia de Nicolás Avellaneda.

<sup>16</sup> “Consenso de Washington” es un término utilizado por John Williamson en su libro: *Latin America adjustment: how much has happened?*, para referirse a un conjunto de medidas económicas neoliberal, entre ellas: ajuste económico, recesión, achicamiento del Estado, desindustrialización, privatización, flexibilización laboral, materia fiscal, libre el mercado, inversión extranjera y desregulación. Medidas que son aconsejadas desde el Fondo Monetario Internacional (FMI), en Banco Mundial y el Departamento del Tesoro, con sede en Washington, de Estados Unidos.

torno a la reivindicación del trabajo, trabajo informal o desempleo, pérdida de los derechos a la alimentación, vivienda, tierra, educación, acceso a la salud, etc. El sociólogo José Num sobre las variaciones en el mundo del trabajo en el siglo XX, señala que estas modificaciones han dado como resultado una “masa marginal no absorbible por el sector hegemónico de la economía” (citado en Iuorno y Pasquali, 2012, p. 161) que sería no funcional para el orden económico de finales del siglo y a la que correspondería el porcentaje de desocupados o subempleados y todos aquellos que se encuentran fuera de la órbita de trabajo formal, estable y bien remunerado. Se configuraba una fuerte deslegitimación institucional y a las políticas económicas utilizadas, no es objetivo de este trabajo detallar en profundidad los sucesos venideros, sí es de importancia tener en cuenta que las masivas manifestaciones del 19 y 20 de diciembre de 2001, aunque no se limitan a estas dos fechas, tuvieron como consecuencia la destitución de varias autoridades incluyendo al presidente de entonces Fernando De la Rúa. Caetano (2006) expresa que este suceso, donde un presidente huye de la Casa de Gobierno acosado por una manifestación popular masiva que se mantiene firme ante la represión, constituye un hecho trascendente, “un salto cualitativo del poder efectivo de las masas para cambiar el rumbo político del país” (p. 297).

Según datos recabados de proyectos de investigación del Grupo de Estudios sobre Protesta Social y Acción Colectiva (GEPSAC), que elaboró una base de datos de protestas sociales<sup>17</sup> entre los años 1984 y 2007, y son expresados en un informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); los años donde se ha apreciado mayor conflictividad social son:

-1984: 647 acciones de protesta.

-1986: 679 acciones de protesta.

---

<sup>17</sup> Para la elaboración del informe se utilizó la noción de protesta social como “un evento público de carácter contencioso producido por un actor social que implica un esfuerzo de movilización de recursos.” (CELS, 2007, p.10).

-1988: 532 acciones de protesta.

-1997: 524 acciones de protesta.

-2004: 533 acciones de protesta.

-2005: 702 acciones de protesta.

-2007: 595 acciones de protesta.

## **2.5 El rol del Estado argentino frente a las manifestaciones públicas.**

El Estado frente a la protesta social puede tener respuestas desde lo legislativo, a través de normativas que tengan efecto sobre contexto de manifestaciones públicas, o a través del poder judicial, mediante procesamientos y sentencias. En los procesos judiciales iniciados a las y los manifestantes se puede apreciar el uso de diversos tipos penales con escasez de pruebas, así como investigaciones deficientes sobre el actuar de las fuerzas de seguridad.

La reacción del Estado no ha sido homogénea, y se intercalan momentos de represión severa con intentos de acercamiento y negociación entre el Estado y los manifestantes, con una regulación explícita del accionar de las fuerzas policiales, así la resolución 210/2011, por ejemplo, establecía unos criterios mínimos para el desarrollo de protocolos de actuación policial con una política no represiva, esta regulación establecía, entre otras, la prohibición a los policías de portar armas de fuego, munición letal y pistola lanza gases en las protestas y el uso de balas de goma como forma de dispersión, todos los agentes que intervienen en el operativo deben poseer una identificación clara que se advierta a simple vista, vehículos identificados, que el objetivo fundamental de las fuerzas de seguridad es proteger los derechos de los manifestantes y reducir las afectaciones de los terceros, empleo excepcional de la fuerza, y que deben disponerse medidas de protección para grupos que los requieran

como mujeres, jóvenes, niños, ancianos, migrantes, personas con capacidades especiales y pueblos originarios.

En el 2014 se discutieron proyectos legislativos que establecían algunos criterios de regulación de la protesta social, pero perdieron estado parlamentario.

En 2016, con un cambio de gobierno, que se definió con una postura más criminalizante y de limitación al ejercicio de derecho de protesta, se estableció un Protocolo de Actuación de las Fuerzas de Seguridad que considera que toda protesta donde se interrumpa el tránsito es delito, la policía debe disolverla en el menor tiempo posible y solo una vez que la calle se despeje, se podrá negociar con los manifestantes (CELS, 2017).

En las manifestaciones públicas del 19 y 20 de diciembre de 2001, las fuerzas de seguridad reprimieron las movilizaciones, se realizaron detenciones arbitrarias y 39 personas resultaron muertas durante el estado de sitio declarado por el presidente de entonces Fernando de la Rúa; el día 20, solo en la ciudad de Buenos Aires, hubo 5 muertos y más de 300 personas detenidas; al año siguiente, un operativo represivo a una protesta en el puente Pueyrredón de Avellaneda el 26 de Junio de 2002, termina con la vida de Maximiliano Kosteki y Darío Santillán, manifestantes del movimiento piquetero (Asociación Civil CELS, 2017).

De los casos mencionados en el párrafo anterior, en el primero de ellos, la instancia de juicio oral llegó luego de una década y finalmente hubo condenas acreditando la responsabilidad de los autores materiales, jefes de la policía y funcionarios. En 2016 y luego de 2 años y un mes de audiencias, se conocen las condenas del ex secretario de seguridad Mathov, el entonces jefe de la Policía Federal Argentina, Ruben Santos, el ex superintendente de Seguridad Metropolitana y el comisario a cargo de Dirección General de Operaciones y cinco policías más; con la condena a Enrique Mathov, es la primera vez que el poder judicial

considera la responsabilidad de un funcionario público por las consecuencias de la orden de reprimir una manifestación.

En referencia al caso de Kosteki y Santillán, en 2005 se realizó el juicio por los ambos homicidios y las heridas a varios manifestantes, en el que el comisario Alfredo Fanchiotti y el cabo Alejandro Acosta recibieron condenas de prisión perpetua por doble homicidio y siete tentativas de homicidios, otro cinco efectivos recibieron penas de prisión entre 2 y 5 años y Robledo, policía retirado que participó en el momento de la represión, fue condenado por usurpación de autoridad.

## **2.6 Criminalización de la protesta social.**

Si bien existen medios idóneos o institucionalizados para realizar peticiones, lo cierto es que muchas veces, no logran dar respuesta a los reclamos de los ciudadanos y ciudadanas, por lo que estos optan por medios fuera de los que les proporciona o permite el Estado. Los mecanismos no institucionales no son los elegidos en primera instancia, sino que constituyen, en la práctica, un mecanismo eficaz para atraer la atención pública y poner en funcionamiento el aparato estatal.

En una aproximación al significado de la expresión criminalización de la protesta, Zaffaroni en Bertoni (2010), explica en referencia a las formas de protestas no institucionalizadas, que “constitucionalistas y organismos que trabajan el tema, han llamado *derecho a la protesta* social al que se ejercía con esta modalidad de reclamo, y al fenómeno de su represión, *criminalización de la protesta*” (p. 2).

Así, la Asociación Civil CELS (2017), agrega que se refiere al procesamiento judicial de activistas, manifestantes, y referentes sociales, políticos o sindicales, con la utilización arbitraria de tipos o figuras penales, por el hecho de participar en protestas y reprochándoles

“las formas o los tiempos de sus acciones y la afectación de otros derechos” (p. 62). Las acciones de los individuos son analizadas fuera del contexto del ejercicio auténtico del derecho a la protesta. Se ha expuesto en los capítulos anteriores de este trabajo final de graduación, los alcances y las implicancias de este derecho, y se ha mencionado que su ejercicio involucra a otros receptados en la legislación argentina con jerarquía constitucional. Así, ejercer el derecho de protesta, implica ejercer derechos fundamentales como el de reunión, de petionar a las autoridades y el derecho a la libre expresión.

Es menester señalar que la criminalización de la protesta y la persecución penal a quienes ejercen este derecho y participan en una manifestación pública, tiene consecuencias tanto individuales, para la persona que se enfrenta a un largo proceso judicial; como colectivas, ya que muchas y muchos de estos actores pertenecen a organizaciones vecinales, políticas o sociales que reciben estos hechos como una amenaza intimidante para continuar en ejercicio de sus reclamos. Además, es de considerar que, aun se hagan públicas las peticiones, no asegura una atención a la respuesta que ha de darse a las demandas realizadas, por lo que el motivo que impulsa la protesta aún persiste.

En Argentina, muchas formas de protestas pueden alejarse de la idea de no violencia, producir daños a la propiedad privada o causar malestares a vecinos, y ello suele ser utilizado para deslegitimarla, y neutralizar la publicidad que se busca.

Ahora bien, cuando desde el poder judicial se intenta encausar a la protesta social en tipo penales, no se puede dejar de lado el respeto por los principios de *legalidad estricta*, de *interpretación restrictiva*, o negar los principios de *ofensividad*, de *insignificancia* y de *proporcionalidad* (Bertoni, 2010).

Uno de los tipos penales más utilizados en la jurisprudencia argentina en torno al procesamiento de personas en contexto de protesta social utilizando cortes de ruta, es el art. 194 del Código Penal sobre transporte público que establece que:

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 públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

Zaffaroni expone al respecto que esta es una interpretación extensiva del tipo penal, ya que el peligro que manifiesta el artículo es un tipo de peligro y no una generalidad de cualquier peligro o lesión al derecho de circulación. Agrega que, en la tipicidad, no es menester sólo, comprobar la tipicidad objetiva legal, sino evaluar si la conducta resulta ofensiva a bien jurídico protegido (*principio de ofensividad* dentro del art. 19 CN), las afectaciones insignificantes no son suficientes para cumplimentarlo y que las penas deben guardar relación proporcional (Bertoni, 2010).

Otros de los tipos penales más utilizados es el delito de sedición del art. 230 del Código Penal que establece:

Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años:

1° Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (artículo 22 de la Constitución Nacional);

2° Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o

provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este Código.

En este sentido, se ha de advertir que no solo basta con que se peticione a nombre de este, lo que suele suceder en muchas protestas, sino que, además, se atribuya sus derechos, cosa que no está presente en todas las manifestaciones, Bertoni (2010).

Otro tipo muy utilizado, sobre todo en las huelgas por reclamos laborales es la asociación ilícita del art. 210 de Código Penal:

Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a) Estar integrada por diez o más individuos;
- b) Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c) Tener estructura celular;
- d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;

h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

Más allá de la tipicidad, es menester también, analizar si media una causa de justificación (art 34 CP), ya que podría encuadrarse dentro del ejercicio de un derecho, o de legítima defensa o dentro del estado de necesidad justificante. En razón del Estado de necesidad, el autor expresa que debe de tratarse de manifestaciones que reclaman derechos fundamentales, ya que el mal que se causa debe ser menor al que se intenta evitar y no debe existir otra vía idónea, aclarando que ésta deber ser real y efectiva (Bertoni).

Con respecto al juicio de reprochabilidad que ha de hacerse para analizar la culpabilidad, puede suceder que exista personas que asistan a una manifestación masiva y que desconozca que existan otros medios idóneos, o que crean fundadamente que no tiene alcance a esos medios y se encuentre dentro del error de prohibición (Bertoni, 2010).

## **2.7 Conclusión al capítulo 2**

La protesta social constituye un mecanismo de defensa de otros derechos, y a veces, la única vía con la que cuentan grupos de ciudadanos y ciudadanas para que sus peticiones puedan ser oídas públicamente y llegar hasta el Estado. Más allá del contenido de sus expresiones, que la mayoría de las veces giran en torno a la protección de derechos constitucionales que se perciben como violentados, se está en ejercicio de derechos que deben ser garantizados por el poder público, lejos de la criminalización y persecución judicial a la que se ven sometidos los manifestantes, con un esfuerzo encaminado del poder judicial, a extender lo más posible los tipos penales.

## **CAPÍTULO 3: IMPORTANCIA DE SU EJERCICIO EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO.**

### **3. Introducción.**

En este capítulo se analizará diferentes concepciones de la democracia, la democracia plebiscitaria o de la mayoría, la democracia constitucional, la dimensión formal y la dimensión sustancial de la democracia, la jerarquía constitucional de ciertos derechos, la concepción de la democracia deliberativa y el papel de la participación ciudadana, para plantear qué sucede cuando dos o más derechos entran en conflicto y algunos argumentos que suelen dar en respuesta, y el derecho de protesta como ejercicio del derecho de libre expresión.

#### **3.1 Democracia Constitucional y procedimientos de control.**

Existen diferentes concepciones de democracia y, en consecuencia, el papel que cumple la ciudadanía dentro de estas.

La concepción de *democracia constitucional* de Ferrajoli es analizada junto con lo que el autor denomina *democracia plebiscitaria o de la mayoría*. La concepción de democracia plebiscitaria consistiría en la supremacía de la soberanía popular entendida como la expresión de la mayoría, así, en la toma de decisiones de una sociedad, se entiende que, a través del voto, se contabilizan las expresiones de los ciudadanos y ganaría aquella posición que tuviera mayor cantidad de apoyo, y ésta sería, según esta concepción, la decisión correcta para todo el grupo. El autor señala que el poder del pueblo, entendido como el poder de la mayoría, no puede ser la única fuente de legitimación de las decisiones en una sociedad y por lo tanto ilimitado (Ferrajoli, 2008).

Existen ejemplos donde el consenso mayoritario ha legitimado abusos del poder, como en la dictadura fascista o en la Alemania nacionalsocialista, donde se ha llegado al poder democráticamente y, una vez en él, se han suprimido los modelos democráticos.

En Argentina, existieron momentos de características particulares, en los que se ha conservado la Constitución en procesos dictatoriales que han llegado al poder sin consenso mayoritario. Así, la dictadura militar que irrumpió el orden democrático constitucional en 1955<sup>18</sup>, derogó por una proclama del 27 de abril de 1956 a la Constitución Nacional de 1949, declaró vigente la Constitución nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y exclusión de la de 1949, siempre y cuando, “no se oponga a los fines de la Revolución, enunciado en las directivas básicas del 7 de diciembre de 1955 y las necesidades de la organización y conservación del gobierno provisional” (art. 2). De igual manera la dictadura militar iniciada en 1976, donde el gobierno de facto irrumpió el orden democrático, conservó la Constitución e impuso por encima de esta, el Estatuto para el proceso de Reorganización Nacional<sup>19</sup>. Esto quiere significar, que, por encima de la Constitución, se establecía la jerarquía de otro texto, emanado de un gobierno no electo por el consenso popular y con facultades legislativas auto conferidas al poder ejecutivo y donde la constitución, más allá de servir como limitadora de abuso de poder, estaba relegada a segundo plano. Esta exposición de los casos argentinos se realiza a modo de mención para atender las particularidades que se pueden presentar, pero no interesa a este trabajo final analizarlo en mayor profundidad.

Siguiendo a Ferrajoli (2008), el autor expone que, luego de las aberraciones cometidas por gobiernos autoritarios, como el fascista, y después de la primera y segunda guerra mundial, se retoma la idea de la función que le otorgara el constitucionalismo nacido al calor

---

<sup>18</sup> El 16 de septiembre de 1955, se configura el golpe de Estado que derroca al presidente constitucional Juan Domingo Perón que había sido reelecto por voluntad popular para su segundo mandato presidencial.

<sup>19</sup> Publicado en el Boletín Oficial el 31 de Marzo de 1976.

de la Revolución francesa a la Constitución, como limitadora del abuso del poder absoluto, la noción de la Constitución como instrumento para limitar los poderes públicos y para garantizar los derechos fundamentales; aunque en la actualidad, se ha modificado la concepción de democracia liberal de aquel entonces.

Se ha expuesto en capítulos anteriores, aunque brevemente, cómo se ha configurado el nacimiento y la evolución de los de los derechos humanos de manera positiva, es decir, receptándolos dentro de las constituciones de los Estados. Se han positivizado, junto con los derechos de corte liberal, garante de las libertades individuales, los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos de la solidaridad o de incidencia colectiva; y la creación de una red internacional positiva de derechos que constituye, una limitación a cualquier abuso arbitrario de los poderes de un Estado.

Si se toma la noción de una concepción formal de la democracia, Ferrajoli (2010) argumenta que el rasgo formal de las decisiones por la mayoría, es insuficiente para aludir a las democracias constitucionales actuales, ya que la “democracia consistiría únicamente en un método, o sea, en las reglas procedimentales que aseguran, a través del sufragio universal y del principio de mayoría, la representatividad popular de las decisiones mismas” (p.79).

Distingue entonces, una *dimensión formal* de la democracia y una *dimensión sustancial*. La dimensión formal se encuentra dada por las reglas que determinan las formas de las decisiones y que el autor designa como reglas formales; la dimensión sustancial se enmarca en reglas que determinan el contenido, la sustancia de las normas. En este sentido, Ferrajoli (2010) expresa que son estas reglas sustanciales, las receptadas en las constituciones y en el ordenamiento jurídico positivo, son los derechos fundamentales que pueden establecer, en un sentido negativo, la prohibición de lesión; y en sentido positivo, el deber de observancia por parte de los poderes públicos.

Diferencia así, cuatro dimensiones de la democracia que se condicen con cuatro tipos de derechos, por un lado, los derechos políticos y civiles, que los ha denominado secundarios, formales o instrumentales, y sirven para fundamentar la legitimidad de la forma de las decisiones, por lo tanto, la dimensión formal de la democracia; por otro lado, los derechos de libertad y los derechos sociales, que los ha llamado primarios, sustanciales o finales, y sirven al fundamento de la sustancia de las decisiones (Ferrajoli, 2010).

Estos derechos sustanciales, que están receptados en la norma, y de los cuales, los ciudadanos no son simples sujetos destinatarios, sino que son los titulares de esos derechos, son los que los poderes públicos deben respetar y garantizar su ejercicio, y dentro los cuales encontramos el derecho de libertad de expresión, de peticionar a las autoridades y el de reunión.

Es importante reconocer el carácter jerárquico suprallegal de la constitución y de las normas en ellas receptadas. Ferrajoli (2010), destaca la garantía del carácter rígido<sup>20</sup> de la constitución y expresa que “las constituciones son normas preordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma y, por otro, de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales” (p. 29). Por ello adquiere supremacía sobre las leyes ordinarias modificables por el poder legislativo<sup>21</sup>, el *principio de supremacía constitucional* establece esta superioridad del texto constitucional por sobre las normas de otras disciplinas (códigos

---

<sup>20</sup> Este carácter rígido de la Constitución, como la de Argentina, significa que no puede reformarse por el mismo procedimiento que una ley ordinaria, por tanto, no puede el poder legislativo modificarla a su antojo. Adquiere así supremacía sobre las leyes ordinarias (Sagüés, 2007).

<sup>21</sup> A diferencia de las leyes ordinarias, la Constitución argentina, prevé su procedimiento de reforma en el art. 30 que expresa: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.” Por lo tanto, del poder legislativo solo emanará la *ley de necesidad de reforma*, que se concretará por medio de los convencionales constituyentes convocados para tal fin.

civiles, comerciales y penales, leyes laborales, etc.), las cuales no pueden oponerse a la constitución ya que resultaría derecho inválido (Sagüés, 2007).

Poco valdría el carácter supremo de la constitución si no existiese un sistema de control cuando se infringe; todos los poderes públicos están sujetos a respetar las limitaciones estipuladas en ella y los tratados internacionales de derechos humanos incorporadas.

En Argentina, existe un *control constitucional difuso*, es decir, corresponde a todas las y los jueces sin distinguir jurisdicciones y a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como tribunal de garantías constitucionales; cualquier juez puede evaluar la constitucionalidad de una norma o acto y produce efecto al caso concreto, (Sagüés 2007). Por otro lado, como control supranacional, existen tribunales transnacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tutelan el derecho comunitario y cuyas sentencias tienen obligatoriedad para los Estados Partes. En el caso de la Corte Interamericana, existe el *control de convencionalidad*, para aquellos países que ratificaron la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, además, aceptaron la jurisdicción de la Corte, entre los que se encuentra Argentina.

Como expresa Dworkin (2010), los derechos fundamentales, son derechos que el ciudadano posee en sentido fuerte contra el gobierno, y ello es lo que justifica que podamos hablar de que el sistema jurídico respeta los derechos fundamentales.

### **3.2 Democracia deliberativa y participación ciudadana.**

Entre las diferentes concepciones de democracia, es también interesante la noción de democracia que aporta Carlos Nino y que retoma Roberto Gargarella. El autor realiza un análisis sobre el valor que se le atribuye al sistema democrático y expone que este, reside en

la naturaleza epistémica de la democracia en referencia a la moralidad social y la entiende como el procedimiento más confiable para acceder a los principios morales de los individuos del grupo social (Nino, 1997). Para explicarla, sostiene que:

Si todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido la oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción (p.166).

Viola (2006) agrega que el procedimiento deliberativo, presupone que los participantes se encuentren en una posición de igualdad y todos sean formalmente competentes para expresar su propia opinión sobre la decisión final.

En una concepción de democracia por la mayoría, que supone que el discurso moral ya ha sido institucionalizado y reemplazado por esta regla, se podría examinar entonces, si por ella se llega a una decisión igualmente imparcial. En esta concepción, la decisión correcta es aquella que es votada por la mayor cantidad de individuos, y por lo tanto sería la que satisficiera a todo el grupo, pero se podría argumentar que la suma de las decisiones de los individuos de un grupo, no necesariamente reflejan la decisión del grupo como tal. Nino expone que, en esta concepción, siempre habrá una minoría que ve frustrados sus intereses y que es titular de derechos que merecen ser respetados. La solución a un conflicto que sea apoyada solamente por la mayoría y no por todos los involucrados en el conflicto, puede ser claramente parcial y que esta mayoría ignore los intereses de la minoría (Nino, 1997).

Por sí misma la aproximación a la unanimidad no es suficiente para demostrar la corrección de una solución. Consideremos otra vez las críticas. (...). A menudo, los intereses frustrados son el objeto de derechos que no pueden ser violados por el incremento colectivo de la satisfacción. En verdad hay casos de conflictos insuperables entre derechos. Tales casos

de vuelven más frecuentes cuando asumimos que los derechos no solo son violados por acciones sino también por omisiones. En estos casos, se debería optar por el derecho de orden superior vinculado al valor de autonomía, sin tener en cuenta la cantidad de individuos involucrada a cada lado del conflicto (Nino, 1997, p. 179).

Las decisiones tomadas por la mayoría, no implican necesariamente que sean correctas o justas, quedará la minoría con sus intereses insatisfechos e incluso con derechos individuales que pueden verse violados, interesa aquí nuevamente el valor de los derechos fundamentales de los individuos. Puede suceder que dos o más normas entren en conflicto, pero el poder público deberá dar mejores argumentos a su posición si decide limitar un derecho individual en nombre de conceptos, que se encuentran en la jurisprudencia argentina y se expondrá con más detalle en el próximo capítulo, como el de *bienestar general* o *bien común*, conceptos que se derivan de la regla de decisiones por la mayoría.

Dworkin (2008) expresa que “el principio de la regla de la mayoría es justo solo una vez que se cumplen ciertas condiciones previas de asociación” (p. 177). El autor aporta una concepción de la democracia asociativa, que no es menester en este trabajo desarrollarla, pero sí, su mirada en cuanto a la noción de democracia mayoritaria donde desmiente que a través de ella se pueda llegar a decisiones justas o correctas.

Expone que existe una venerable versión formal de la defensa de la regla mayoritaria que fue desarrollada por el matemático Condorcet, quien demostró que si cada ciudadano tiene más del 50% de probabilidades de acertar con la respuesta correcta sobre una cuestión, el grupo maximiza la oportunidad de dar con la respuesta correcta si opta por aquella que recabe el mayor número de votos (Dworkin, 2008).

Uno de los argumentos a favor de la democracia representativa, como la argentina, es considerarla la más justa para la toma de decisiones colectivas porque da la oportunidad a

todos y todas de expresarse mediante el voto, que se cuantifica de una manera igualitaria a un voto por ciudadano, de manera que parecería que todo el grupo social puede influir en las decisiones que les afectan. Dworkin (2008) cuestiona esta teoría al expresar que el voto mayoritario no puede ser justo siempre que exista desacuerdo entre personas, y que, en un gobierno representativo, la capacidad de influir en las decisiones políticas es enormemente desigual; aquellas personas que se encuentren en la esfera pública tendrán más capacidad de influir que aquellas que permanezcan en la esfera privada. “El gobierno representativo es sólo la más drástica de las formas en que unos pocos entre nosotros llegan a tener un poder político desproporcionadamente mayor que el que tiene todo el resto, incluso cuando los votos son nominalmente iguales” (p. 180). De modo que la idea de participación igualitaria en la toma de decisiones y en la manera de influir en el poder político, recaería en un mito.

Aun cuando, a través de una manifestación pública, se logre dar a conocer públicamente las demandas, se podría cuestionar, si estas realmente podrían llegar a tener influencia, por ejemplo, en las decisiones de la Corte Suprema, o cuestiones legislativas, como en la sanción o modificación de una norma.

La democracia deliberativa aporta la noción de la importancia de mantener el debate público abierto dentro de una sociedad democrática, aún dentro de una democracia representativa como la argentina.

### **3.3 Conflicto de derechos.**

Se han expuesto diferentes concepciones para la toma de decisiones dentro una sociedad democrática, y que en la puja de intereses pueden resultar limitados ciertos derechos, como el de protestar o expresarse libremente, con diversos argumentos.

Uno de ellos, deriva de la concepción por la mayoría y es cuando se limita un derecho motivado por conceptos como el de *bienestar general*. Muchas veces se encuentra esta justificación, generalizada, para fundamentar decisiones de manera arbitraria. Por ejemplo, en la opinión del juez Boggiano en el caso C.H.A, donde la Comunidad Homosexual Argentina peticionaba para obtener la personalidad jurídica, negó esta posibilidad argumentando que “la tutela constitucional de la libertad de expresión encuentra límite en la necesidad y deber de preservar la moral pública inherente al bien común” (Boggiano citado en Gargarella, 2007). Esto importa una aseveración demasiado generalizada para limitar un derecho como el de libre expresión. Para Dworkin (2010) limitar un derecho con una justificación mínima, como ser de *utilidad general*, sería un argumento insuficiente, ya que, si se acepta esta limitación por lo que dice la mayoría, no tendría sentido hablar de derechos individuales. Por ende, el autor dispone que, al hablar de conflicto o disputa entre derechos, se debe entender como una disputa con un derecho de otro en cuanto individuo, ahí sí se podría hablar entonces, de conflicto de derechos y de concurrencia, y el Estado tiene que tener buenas razones para proteger uno sobre otro.

En la misma línea argumentativa, Gargarella (2007) expresa que los derechos sirven para brindar protección a la autonomía individual, las concepciones del bien común varían según cada individuo y estas merecen igual respeto con independencia de su contenido, y mientras los actos individuales no afecten significativamente a terceros, estos deberán ser respetados por la fuerza pública. Así, la recepción que hace el art. 19 de la Constitución con respecto a la autonomía individual<sup>22</sup>; por lo tanto, los derechos no deberían doblegarse frente a generalizaciones realizadas en nombre del bien común o los intereses generales del país. El

---

<sup>22</sup> “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” Art. 19 de la Constitución Nacional.

autor expresa que si “a algunos intereses fundamentales les damos la categoría de derecho es, precisamente, por nuestra pretensión de asegurarles la mayor protección posible” (p. 65).

Se ha limitado el derecho a la protesta con el argumento de que afecta a otros derechos, como el de libre tránsito (art. 194 del Código Penal), este argumento es uno de los más utilizados en la jurisprudencia argentina y en las discusiones cotidianas. Naturalmente, en este contexto, existen diferentes derechos válidos, y uno de estos va a resultar limitado en nombre de otro, por lo que interesa resaltar aquí es, cuál es el parámetro que se utiliza para decidir cuál es el derecho que se va a limitar y, por ende, cuál es el derecho que se va a priorizar ante el primero.

En este juego de prioridades y pesos, es importante el valor del texto constitucional, y la jerarquización de los derechos. En materia de derechos constitucionales, puede pasar que colisionen dos o más derechos receptados en la misma norma, una posición negatoria afirmarí que los derechos tienen igual jerarquía y que es la interpretación la encargada de armonizarlos en casos de conflicto. Sagüés (2007) explica, que varias veces, la Corte ha negado esta tesis y ha expresado que ciertas garantías constitucionales pueden resultar renunciables y serán aquellas “que amparan derechos de contenido patrimonial, y no aquellas instituidas en resguardo de otros derechos, como son los vinculados con el estatuto personal de la libertad” (Fallo 279:283, Guzmán, citado en Sagüés, 2007, p.636). También expresa que, con respecto a los valores jurídicos, se priorizará aquel derecho que prevalezca por su jerarquía, y que la doctrina se puede aplicar cuando revista de interés público. Es interesante resaltar la idea de preponderancia hacia aquel derecho que revista de ese carácter de interés público, y colocar aquí, el debate y la expresión pública como un derecho a preservar. Es verdad que no todas las manifestaciones públicas revisten del mismo contenido, lo que se expresa, ni de la misma forma o estructura, pero entendiendo que el derecho a expresar ideas

e información, ya sea disidencias o acuerdos a acciones o decisiones del poder público, dentro un sistema que se le atribuya el carácter de democrático, cobraría vital importancia.

Por su parte, Gargarella (2015), expresa que el derecho que hay que priorizar, será aquel que se encuentre en el núcleo central de la Constitución, por tanto, esté “más cerca del nervio democrático de la constitución” (p.25). Ese núcleo, para el autor, tiene que ver con el juego democrático, y toma como ejemplo, la decisión de la Corte norteamericana en el fallo *New York Times Company c. Sullivan*, donde expresa que el derecho de criticar al poder público merece una prioridad absoluta (Gargarella, 2015).

Es menester señalar que las peticiones que se realizan al poder público, en muchos casos, son vistas desde un modo restrictivo, no solo hacia al derecho que se ejerce en el momento de la petición y de expresar las demandas, sino por los derechos que pueden estar en juego dentro de la demanda misma.

Se ha expuesto brevemente en el capítulo 2 que, a lo largo de la historia, y de la mano con los vaivenes políticos, el contenido de las demandas se ha modificado, pero generalmente las peticiones de las grandes movilizaciones, y sobre todo en tiempos de crisis económica, giran en torno al reclamo y reivindicaciones de derechos fundamentales, y he aquí la importancia de mantener abierto los canales de debate público y la posibilidad de garantizar el libre ejercicio de expresar las demandas. “El derecho a protestar aparece así, en un sentido importante al menos, como el *primer derecho*: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos” (Gargarella, 2015, p. 8).

### **3.4 El derecho a la protesta como ejercicio al derecho de libre expresión y el uso del espacio público.**

Se ha expuesto que el derecho a la protesta social, importa ejercer los derechos de petición, de reunión y de libre expresión; y la importancia de este último dentro de la democracia.

Se pueden evaluar diferentes características que comprenden el ejercicio del derecho libertad de expresión. Por un lado, al referirnos a la protesta social como expresión pública, sabemos que los medios de comunicación no son de libre acceso para todo el grupo social de una comunidad, las dificultades para acceder a ellos de ciertos sectores hacen que se busquen medios alternativos para dar a conocer las demandas, y la función social de comunicación de los medios puede verse afectada por los intereses privados de sus propietarios. Por lo tanto, fuera de los medios de comunicación tradicionales, las expresiones públicas son realizadas en transitadas calles de la ciudad, en plazas, puentes y espacios públicos similares; y no son meramente verbales; de esta aseveración, Gargarella (2007) sugiere prestar importancia a la doctrina del foro público que surge de la Corte norteamericana (fallos *Hague v. Cio* y *Schneider v. State*) y desarrollada por el profesor Harry Kalven, donde se ha considerado a calles y parques como lugares privilegiados para la expresión pública desde tiempos inmemoriales, utilizados para debatir temas de interés público, y la defensa de las expresiones aun cuando estas causaren ciertos perjuicios a terceros, como calles sucias por el reparto de panfletos, que deben tolerarse. De igual manera, esta doctrina encuentra razonable algunas limitaciones que pueden configurarse de *tiempo, lugar y modo*, en un afán de compatibilizar el derecho a expresarse con los derechos de los demás individuos, pero estas deben darse sin afectar la sustancia o el contenido de la expresión.

### **3.5 Conclusión al capítulo 3**

Se entiende que, en sociedades democráticas constitucionales, los derechos de los individuos no deben dejarse en segundo plano, ya que se han receptado para servir de protección frente a los abusos de los poderes públicos de un Estado.

Garantizar el libre debate público parecería ser, al menos, una opción para que una comunidad pueda llegar a decisiones más justas o correctas, aceptadas por toda la comunidad, donde se hayan oído previamente todas las posturas y no limitar el ejercicio político ciudadano al mero sufragio, como único momento de participación en la toma de decisiones.

Por otro lado, frente a la respuesta de los jueces que tienden a limitar con sus sentencias el ejercicio de los derechos fundamentales con argumentos pocos sólidos, es menester discutir, al menos, sobre dos cuestiones, el papel discrecional que se le otorga a los jueces para decidir cuál derecho va a priorizar y cuál va a limitar; y resaltar la importancia de derechos esenciales como el de la libre expresión.

## **CAPÍTULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: CASO SCHIFRIN, MARINA S/ CAUSA N° 3905**

### **4. Introducción.**

En este último capítulo se analizará el caso Marina Schifrin, quien fuera condenada por un corte de ruta realizado en 1997 en la ciudad de Bariloche. Este caso fue el primero sobre criminalización de la protesta que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se presentarán las circunstancias del hecho, los pasos procedimentales de la causa y finalizará con unas consideraciones al respecto de los argumentos dados por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Penal para refrendar el fallo emitido por el Juez Federal.

### **4.1 Antecedentes.**

El 21 de marzo de 1997, luego de diversos actos por parte de la comunidad de Bariloche en defensa de la educación pública, que incluyeron “manifestaciones en el Centro Cívico de la ciudad, comunicados de prensa, recursos administrativos y amparos judiciales”<sup>23</sup>, se realiza una asamblea de padres en la Escuela de Educación Técnica de esa ciudad, donde se resuelve realizar una manifestación sobre la avenida 12 de octubre a la altura del puente Ñireco, en reclamo hacia las autoridades provinciales en demanda sobre la educación pública.

A la manifestación acudieron más de 300 personas mayores de edad, entre directivos de la institución, padres, docentes, dirigentes, y el intendente de San Carlos de Bariloche, entre otros.

---

<sup>23</sup> Recuperado de [http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe\\_2002-2003/debates&ver=debate\\_06](http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe_2002-2003/debates&ver=debate_06)

El lugar donde se expresaban las y los manifestantes, es una de las entradas de acceso a la ciudad de Bariloche, aun así, siempre existió una vía alternativa, un segundo puente denominado Quimey Quipan a menos de 300m de distancia. El tránsito y paso de automóviles y transeúntes estuvo organizado por las autoridades policiales que señalaban la vía alternativa de acceso. La medida duró menos de una hora y media y se decidió en asamblea, levantarla a 15hs.

De estos hechos, el juez federal Leónidas Moldes resuelve instruirles proceso penal a seis de las trescientas personas que habían asistido a la manifestación ese día.

El 30 de marzo de 1998, el mismo juez establece los procesamientos de Marina Schifrin, Ana María Fernández, Graciela Bedini, Mirta Abdala, Germán González y Edgardo Luis Straini, bajo los términos del art. 194 del Código Penal.

El día 6 de abril de 1998 el defensor de Marina Schifrin y Ana María Fernández, Dr. Gallardo, interpone recurso de apelación contra dicho auto de procesamiento, que fue desestimado por la Cámara Federal de General Roca el día 23 de setiembre de 1999.

El día 15 de febrero del 2001 es rechazado por la Cámara Federal de Gral. Roca el recurso de apelación y excepción de falta de acción interpuesto por el defensor de los procesados Abdala, Bedini y González, Dr. Marigo.

El 16 de junio del 2001 el Agente Fiscal solicitó la elevación de la causa a prueba (fs.283), exceptuando a los imputados Ana María Fernández y Germán González

El 8 de junio del 2001 el Juez Moldes eleva a juicio a Marina Schifrin, Mirta Abdala, Graciela Bedini y Edgardo Luis Straini, por la tipificación prevista en el art. 194 del Código Penal.

El 12, 15 y 22 de junio del 2001, Bedini, Abdala y Straini, solicitan la suspensión del juicio a prueba (fs. 332, 333 y 335) a la cual el Juez Federal hace lugar por el plazo de un año y les impone durante ese plazo, una donación de \$350 cada uno destinadas a establecimientos educativos públicos. Por su parte, Marina Schifrin, no se acoge al beneficio de la probation.

En solidaridad con la docente Marina Schifrin, diversas organizaciones de derechos humanos como Movimiento Pampeano por los Derechos Humanos, Red Patagónica por los Derechos Humanos, Corriente de Militantes por los Derechos Humanos y otros, hacen llegar notas en su apoyo que se agregan a la causa (Duch, 2002, *El caso Schifrin*. Comité de Acción Jurídica).

El 20 de setiembre del 2001 se llevó a cabo el acto de debate con la declaración de los testigos aportados por la fiscalía (fs. 433).

El 25 de septiembre del mismo año, “el Juez Federal de Bariloche, Leónidas Moldes, dicta sentencia en la causa en contra de la Sra. Marina Schifrin, condenándola a la pena de tres meses de prisión en suspenso, estableciéndole como reglas de conducta las de fijar residencia y de abstenerse de concurrir a concentraciones de personas en vías públicas de comunicación interjurisdiccionales en momentos en que se reúnan más de diez personas durante el plazo de dos años”<sup>24</sup>.

Duch (2002) expresa que la situación resultaba particularmente crítica, ya que la Sra. Schifrin continuaba participando de “todas las manifestaciones populares en defensa de la escuela pública y de otros derechos de los ciudadanos, en virtud de lo cual se le habían instruido ya otras causas por la misma figura”.

---

<sup>24</sup> Recuperado de [http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe\\_2002-2003/debates&ver=debate\\_06](http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe_2002-2003/debates&ver=debate_06)

Marina Schifrin designa como nuevo defensor al autor, Darío Rodríguez Duch, quien interpone Recurso de Casación ante el Juzgado Federal de Bariloche, que fuera concedido y mantenido por la defensa por ante la Cámara Nacional de Casación Federal.

El 24 de abril del 2002 la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal Federal declara improcedente el recurso de casación respecto de las siguientes causales:

1. La carencia de competencia material para conocer el caso; 2. la imposibilidad de que el Magistrado resulte imparcial en razón de haber actuado tanto en el juicio como en su etapa preparatoria; 3. por no haber participado el Juez en la declaración indagatoria de la imputada; 4. por no habersele descripto en ese acto la prueba existente en su contra ni el hecho objeto del proceso en forma precisa y circunstanciada; 5. por habersele impedido a la defensa el control de las declaraciones testimoniales del sumario por falta de notificación de las audiencias; 6. por haber durado irrazonablemente esa etapa del proceso (4 años); 7. por haber resultado la imputada víctima de discriminación; 8. por violación del principio de "razonabilidad"; 9. por prescripción de la acción penal y 10. por la afectación insignificante del bien jurídico protegido (Duch, 2002).

Sí declara procedente el recurso de casación en cuanto a dos de los agravios planteados:

Falta de tipicidad objetiva entre la conducta de la imputada respecto de la figura prevista en el art. 194 del Código Penal y 2. la existencia de la causal de justificación prevista en el art. 34 inc. 4ª del Código Penal, en cuanto aun siendo típica la conducta, la misma no resulta antijurídica por haberse planteado amparada en el legítimo ejercicio de un derecho (Duch, 2002).

En mayo del 2002 la defensa presenta un escrito de ampliación de fundamentos sobre estas dos causales concedidas por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Penal; y en el mismo mes, el Fiscal de Cámara, Romero Victorica, dictamina que considera típica la conducta de la imputada y sin hacer mención respecto de la causal prevista de justificación expuesta en el recurso.

El 6 de junio del 2002, la defensa presenta ante la Sala I en ocasión de producir el informe "in voce" previsto en el art. 454 del C.P.P, incorporando elementos a las causales consideradas procedentes y que no hubieran sido planteados hasta el momento en el escrito de ampliación de fundamentos. A saber: 1. la existencia del art. 41 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que regula la figura y la excluye como contravención cuando la conducta se realiza en defensa de un derecho constitucional; 2. la valoración "no sospechosa" que la sociedad y las autoridades realizan respecto de las conductas en juego (doctrina de Roxin); 3. la garantía que brindaba la presencia de las autoridades municipales en el acto a la cabeza del mismo; 4. la intervención de terceros (policía) para la realización efectiva del supuesto resultado dañoso y 5. el agotamiento total de otras vías previas por parte de los manifestantes; etc. (Duch, 2002)

El 11 de julio del 2002 la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal Federal dicta sentencia en la causa rechazando el recurso por dos votos contra uno.

Se decide entonces interponer un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación dado que es el dictamen definitivo del Tribunal Superior de la causa, y se funda caso federal al alcanzar importancia el análisis sobre los derechos constitucionales en juego como el de libertad de expresión, de petitionar a las autoridades, derecho de reunión, manifestación. Al respecto, el Dr. Horacio González, en el artículo citado, menciona que el concepto de expresión, abarca los actos de *expresión incrementada*, *expresión*

*simbólica y expresión acompañada por la acción* (González en Duch, 2002)<sup>25</sup>, la falta de razonabilidad respecto de la anulación de un derecho de mayor jerarquía en pos del derecho de libre tránsito del art. 194 del Código Penal.

En 2003, “el CELS<sup>26</sup> y la Academia de Derechos Humanos del Whashington College of Law de la American University se presentaron en la causa como *amicus curiae* (CELS, 2008, p.163). Dada la novedad de que, por primera vez, la Corte podría pronunciarse sobre un caso de protesta social. El amicus advertía que se habían aplicado de manera incorrecta las reglas de interpretación en materia de derechos humanos. Como el de reunión, petición, directamente relacionados con el derecho de libre expresión (CELS, 2008).

El 29 de noviembre de 2005, la Corte resuelve que, en el marco del art. 67 del Código Penal sobre extinción de acciones y penas, “suspender el trámite de esta presentación hasta la resolución definitiva de la cuestión de prescripción” (CSJN, S. 2682/2005)<sup>27</sup>.

El 15 de octubre de 2013, la Corte Suprema declara abstracta la cuestión, ajustándose a las circunstancias existentes en el momento de dictar sentencia, considera que es inoficioso expedirse sobre el caso, y expresa que, siguiendo la doctrina de la Corte, corresponde “declarar abstracta la cuestión planteada en el presente caso” (CSJN. S. 2682/2013)<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Recuperado de [http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe\\_2002-2003/debates&ver=debate\\_06](http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe_2002-2003/debates&ver=debate_06)

<sup>26</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia Nro. 2682, recurso de hecho, Schifrin, Marina s/ causa N°3905. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=596327&cache=1560783127132>

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, S. 2682, recurso de hecho, Schifrin, Marina s/ causa N°3905. Recuperado de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=705771&cache=1560783255321>

## **4.2 Consideraciones respecto de la sentencia de la Sala 1 de la Cámara de Casación Penal.**

La Cámara declara afirmativa la tipificación de la imputada al art. 194 del CP que establece que:

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 públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

Los doctores Bisordi y Catucci, consideraron que "el accionar analizado en este legajo no constituye de ninguna manera el legítimo ejercicio de un derecho, previsto como causa de justificación en el art. 34 inc. 4° del Cód. Penal" y cita a la Corte Suprema- (Fallos: 304:1524) "que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio" y que es evidentemente que el medio empleado en esta emergencia impide la concurrencia de una justificante idónea para legitimar el proceder acreditado en autos. Además, se acoge al art. 22 de la CN que establece que:

El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticiones a nombre de éste, comete delito de sedición.

De esta manera considera, citando a Ekmekdjian, que:

La única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio. Por medio de éste, el pueblo rechaza o acepta las alternativas que le propone la clase política. Este artículo rechaza la anarquía del populismo y el autoritarismo de derecha o de izquierda, así como cualquier intento de quebrantamiento del sistema constitucional y de las instituciones políticas.

Otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, lock-outs u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo; sino a lo sumo la de un grupo sedicioso.<sup>29</sup>

En oposición a la argumentación supra transcripta, en el recurso se recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que en el caso de colisión entre intereses lícitos "deberá reconocerse preeminencia al que reviste carácter público", doctrina que permitiría inteligir que cuando fracase la conciliación entre esos intereses, "deberá optarse por la preferencia de un valor o interés por sobre otro". Trasladando ese criterio al caso, los recurrentes entienden que los derechos de reunión y de petición empleados en aras de "salvaguardar la educación pública y de resistir a la opresión que las autoridades provinciales venían ejerciendo por sobre una amplia gama de ciudadanos relacionados con dicha educación... deben prevalecer respecto del derecho constitucional de "transitar libremente".

Con relación a la cita de la obra del constitucionalista Ekmekdjian hecha en el fallo, los recurrentes han expresado que se la ha sacado de contexto y se la ha aislado de otras apreciaciones sobre el mismo tema como la de fs. 601, según la cual: "por supuesto que la norma constitucional (art. 22) se refiere a la sedición y no al art. 194 del Cód. Penal, no describe a simples manifestaciones de opinión o peticiones pacíficas, sino de actos positivos y de fuerza... que tengan idoneidad para subvertir el orden público... toda reunión de personas que no tenga las características que prohíbe el art. 22 de la Constitución Nacional (sedición) es el ejercicio de un derecho de los habitantes"<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> LA LEY2002-F, 53 - Supl. Penal 2002 (setiembre), 41. Cita Online: AR/JUR/663/2002

<sup>30</sup> LA LEY2002-F, 53 - Supl. Penal 2002 (setiembre), 41. Cita Online: AR/JUR/663/2002

A juicio de los defensores, asimismo, la actitud de la acusada hallaría amparo en el art. 13, punto 1, de la C.A.D.H., que consagra el derecho a la libertad de expresión desde que prevé la difusión de informaciones e ideas "por cualquier otro procedimiento de su elección", derecho que no puede restringirse "por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares..." (punto 3 del mismo artículo; y en análogo sentido art. 19 punto 2 P.I.D.C. y P. y 19 de la D.U.D.H.). A su vez -se dice- los derechos de reunión, de peticionar a las autoridades y de resistencia a la opresión se encuentran contenidos en dichos tratados y el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 8º, D.U.D.H.) no dio resultado para los reclamos de padres, alumnos y docentes, por lo "que el modo en que aquel día los vecinos, padres, docentes y alumnos eligieron para manifestar su descontento hallaría una adecuada justificación, tanto en la legislación internacional citada como en la doctrina nacional". El recurso continúa expresando que "la multitud de 300 personas hizo uso de su derecho de reunión y, sucesivamente, del de peticionar a las autoridades en virtud de su derecho a un recurso efectivo", a ser oídos y expresarse por "cualquier procedimiento de su elección" ante la no atención de las autoridades oficiales, pese a los reiterados intentos realizados por todos los medios legales conocidos.<sup>31</sup>

El doctor Rodríguez Basavilbaso, en su voto en disidencia, expreso:

El derecho de todo ciudadano (...) de usar las calles y plazas públicas para la comunicación de ideas (...) puede ser regulado en nombre del interés general; no es absoluto sino relativo, debe sumarse al bienestar general, en consonancia con principios de paz y orden, pero no puede, bajo la excusa de dicha regulación, ser restringido o denegado. Con estas palabras el juez Roberts, de la Corte Suprema de los Estados Unidos,

---

<sup>31</sup> LA LEY 2002-F, 53 - Supl. Penal 2002 (setiembre), 41. Cita Online: AR/JUR/663/2002

caracterizaba, ya en 1939, el derecho de reunión ("Hague v. CIO", 307 US 496).<sup>32</sup> Las autoridades, se ha señalado, no están sólo sujetas a los principios de razonabilidad y de igualdad de tratamiento, sino que también deben respetar la libertad de expresión y de reunión. Estas obligaciones fundamentales implican, además de una obligación negativa de la autoridad pública, una obligación positiva: el Estado debe asegurarse de que las manifestaciones puedan realizarse sin ser perturbadas por movimientos opuestos.<sup>33</sup>

Expresa el juez, que de existir la dicha autorización, ésta actuaría como norma permisiva del derecho de reunión, con entorpecimiento del transporte y que no se piensa en ilicitud cuando se sufren esos trastornos en espectáculos masivos que sí son aceptados por las autoridades locales. Y considera que condenar a Marina Schifrin entre todas las personas que asumen actitudes semejantes implica una selectividad irrazonable.<sup>34</sup>

#### **4.3 Conclusión al capítulo 4**

De lo expuesto se puede vislumbrar, por un lado, el peligro de que los jueces no consideren legítimo el ejercicio de los derechos de petición, de reunión y el de libre expresión que se encuentran receptados en la Constitución nacional y los tratados internacionales de derecho humanos, de esta manera, negó la existencia de derechos en conflicto. Si bien es cierto que los derechos no son absolutos, cabe señalar que, como se expresó en capítulos anteriores, la Corte se ha expresado en priorizar el derecho que revista interés público.

---

<sup>32</sup> LA LEY2002-F, 53 - Supl. Penal 2002 (setiembre), 41. Cita Online: AR/JUR/663/2002

<sup>33</sup> LA LEY2002-F, 53 - Supl. Penal 2002 (setiembre), 41. Cita Online: AR/JUR/663/2002

<sup>34</sup> LA LEY2002-F, 53 - Supl. Penal 2002 (setiembre), 41. Cita Online: AR/JUR/663/2002

Así como cercenar la participación ciudadana al mero sufragio, implicaría entender que cualquier disidencia manifiesta públicamente, por manifestaciones y protestas, sería considerarlas actitudes delictivas o sediciosas.

## **CONCLUSIÓN GENERAL**

La criminalización de la protesta restringe, no solo al derecho de libertad de expresión, sino el derecho de reunión y el de peticionar a las autoridades.

El derecho de libertad de expresión, es un derecho de vital importancia para los sistemas democráticos, reconocido con una protección especial por el derecho internacional.

Argentina ha ratificado convenciones y pactos de derechos humanos, que ha incorporado a su Constitución con igual jerarquía, que reconocen y protegen los derechos de libre expresión, de reunión y de petición a las autoridades.

La importancia del derecho a la libertad de expresión guarda, por un lado, una relación fundamental con el sistema democrático y, por otro, al ser una capacidad única de las personas dada por su naturaleza social, el de expresar y exteriorizar sus pensamientos.

El derecho de protesta está implícitamente reconocido en el derecho de reunión y petición a las autoridades y es una forma de expresión pública. No constituye un mecanismo de expresión utilizado en primera instancia por los ciudadanos y ciudadanas, sino que, ciertas restricciones al acceso a los medios idóneos o institucionalizados para peticionar, hacen que constituya un mecanismo eficaz para dar a conocer públicamente sus demandas y defender los demás derechos involucrados que pueden verse violentados por el accionar del Estado y, en ocasiones, pueden recaer en molestias para otros ciudadanos, pero es de considerar que los lugares que se han utilizado desde tiempos inmemorables para los debates públicos, han sido los espacios públicos, como plazas, por lo que es necesario tolerar en ciertas circunstancias esos malestares.

Se ha expuesto que existe una orientación, por parte del poder judicial a encauzar las conductas de los participantes de manifestaciones públicas, dentro de los tipos penales, criminalizando el ejercicio de la protesta social.

Ahora bien, los ciudadanos se han organizado y delegado libertades a los Estados, dentro las democracias constitucionales, el carácter de los derechos reconocidos como fundamentales por las Constituciones cumplen una función limitadora de los abusos y arbitrariedad que pueden emanar de los poderes públicos. De esta manera, los derechos fundamentales, establecen ciertas reglas, como la prohibición de lesión y el deber de observancia por parte de los poderes públicos, ya que los ciudadanos no son meros destinatarios, sino titulares de los mismos.

En una democracia constitucional representativa, la toma de las decisiones colectivas por la regla de la mayoría, no garantiza que las decisiones que se aborden sean correctas o justas, ni aceptadas por todos los individuos que componen la sociedad, de manera que se torna indispensable garantizar un canal de diálogo y el debate público.

Si existen intereses contrapuestos dentro de una sociedad que recaen en conflicto de derechos, el Estado debe responder con fundada argumentación si decide limitar un derecho, como el de libre expresión, por sobre otro, y no contentarse con justificaciones generalizadas que se desprenden de la regla de la mayoría, como el “interés general” o “moral pública” y dar prioridad a los derechos vinculados a la libertad individual de los ciudadanos, sobre todo aquellos que revisten de interés público.

El fallo expuesto es un claro ejemplo de la mirada que suele darse a las protestas y expresiones públicas tendientes a su criminalización.

Reconsiderar entonces, el papel que cumplen los poderes públicos y sus respuestas a las expresiones públicas, para que los ciudadanos puedan ejercer sin limitaciones arbitrarias los derechos que le son reconocidos, como el de libertad de expresión.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Andruet, A. (2004). *Bioética, derecho y sociedad: conflicto, ciencia y convivencia*. Córdoba, Argentina: Alveroni.

Alonso Regueira, E. (2013). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*. Buenos Aires, Argentina: La Ley, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho UBA.

Bertoni, E. (2010). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: Derecho penal y libertad de expresión en América latina*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo UP.

Bidart Campos, G. (2006). *Manual de la Constitución reformada, Tomo II (6.ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Caetano, G. (2006). *Sujetos sociales y nuevas formas de protesta en la historia reciente de América Latina*. Buenos Aires, Argentina: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO

Centro de Estudios Legales y Sociales CELS (2008). *La lucha por el derecho (1º ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Centro de Estudios Legales y Sociales CELS (2017). *El derecho a la protesta social en Argentina*. Buenos Aires, Argentina: CELS

Dworkin, R. (2010). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Planeta.

Dworkin, R. (2008). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, España: Paidós.

Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid, España: Trotta.

Gargarella, R. (2015). *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.

Gargarella, R. (2007). *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

Ildarraz, B., Zarza Mensaque, A. y Viale, C. (1999). *Derecho constitucional y administrativo*. Córdoba, Argentina: Eudecor.

Iuorno, G. y Pasquali, L. (2012). *Resistencias al proceso de embate neoliberal en Argentina: aproximaciones desde la historia oral*. Rosario, Argentina: Prohistoria.

Korol, C. y Longo, R. (2009). *Criminalización de la pobreza y de la protesta social*. Buenos Aires, Argentina: El Colectivo, América Libre.

Lobato M. y Suriano J. (2003). *La protesta social en Argentina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Lorente, M. y Vallejo, J. (1012). *Manual de historia del derecho*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Nino, C. (2007). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, España: Gedisa.

Sagüés, N. ((2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Viola, F (2006). *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo* (Trad. Saldaña, J). Distrito Federal, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Wlasic, J. (2006). *Manual crítico de derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Yuni, J. y Urbano C. (2006). *Técnicas para investigar: Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Córdoba: Editorial Brujas.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

## **ANEXO**

CSJN, “Schifrin, Mariana s. recurso de casación”, causa n° 3905/02. 2002

Kimel Vs. Argentina. Serie C No. 177. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2 de mayo de 2008).

Palamara Iribarne Vs. Chile. Serie C No. 135. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005.

Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de enero de 2009).

Rodolfo Robles Espinoza e hijos. Caso No. 11317. Informe No. 20/99. (CIDH, 23 de febrero de 1999).

Ulloa Vs. Costa Rica. Serie C Nro. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de julio de 2004.

### **Legislación.**

Constitución de la Nación Argentina.

Código Penal de la Nación Argentina.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA  
UNIVERSIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Palomeque, Yanina Daiana
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	32788389
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	Afectación al derecho de libertad de expresión en casos de criminalización de la protesta social en Argentina y su implicancia en el sistema democrático.
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	yaninapalomeque@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>35[1]</sup></i>	Sí.
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	No.

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:  
\_\_\_\_\_ certifica que la tesis  
adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma Autoridad

\_\_\_\_\_  
Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

<sup>35[1]</sup> Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.