



Dictamen n° 7511 Causa N° 16.664,
Sala IV, "Rajneri, Raúl Norberto
s/recurso de casación"

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía General N°4 en los autos Nro. 16.664 del registro de la Sala IV, caratulados "RAJNERI, Raúl Norberto s/recurso de casación", me presento ante VV.EE. y digo:

1). Introducción.

Llegan a la cámara estas actuaciones por el recurso de casación interpuesto por Raúl Norberto Rajneri contra la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que revocó el sobreseimiento que había resuelto el juez de primera instancia y lo procesó directamente por considerarlo coautor del delito previsto en el artículo 194 del Código Penal, a raíz de su participación en un corte del tránsito automotor en la ruta nacional N° 22, a la altura del kilómetro 1167.3, en inmediaciones del Barrio Colonia Fátima de la localidad de Cervantes, provincia de Río Negro, el 4 de junio de 2011.

2). Admisibilidad formal del recurso.

En primer lugar, debo fundamentar por qué entiendo que corresponde abrir el recurso del imputado.

A mi criterio debe despejarse cierta confusión que existe en este asunto, generada por la mezcla de diversos requisitos de los recursos que tienen una naturaleza distinta. El tribunal apelado (grados, instancias, etapas del proceso), el tipo de resolución o acto jurisdiccional que se recurre, quién recurre, cuál es el contenido u objeto del agravio, es decir, qué es lo que se recurre, qué derecho se invoca para recurrir, etcétera. No es posible responder a la pregunta de si en el caso existe tal o cual requisito, con la fórmula de recurrir a otro. Uno no suple a otro. La ausencia de sentencia definitiva no se suple con la existencia de un gravamen. Aunque se tenga un gravamen, el recurso debe interponerse ante el tribunal superior según los pasos que haya diseñado la ley. En muchos casos, contra la misma decisión, una parte puede recurrir y las otras no; existen agravios dentro de una misma decisión que dan lugar a un recurso inmediato (ej. *non bis in*

idem, para el imputado) y otros que deberán ser diferidos contra la sentencia final de la causa (ej. si la acción penal está prescripta o no lo está). En fin, las combinaciones son múltiples. No es lo mismo el derecho a un recurso, que la amplitud de ese recurso (ej. no es lo mismo lo que trata la Corte Suprema en “Girolodi” que en “Casal”). Ni tampoco el derecho a recurrir puede ser identificado con lo que ahora se ha dado en llamar “el doble conforme” al que tiene derecho el imputado, porque ese “doble conforme” no es exigible contra toda decisión, pese a que esas mismas resoluciones, en instancias anteriores, puedan ser recurribles.

La consecuencia de tener en claro la diferencia entre los requisitos, es que el derecho del art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos de jerarquía constitucional), cuando hablan del recurso del imputado contra la sentencia final condenatoria (el fallo, la decisión que declara culpable al imputado), no permite fundar un recurso contra una decisión anterior, ni mucho menos predica cuál debe ser la amplitud de ese recurso. Véase que en “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, y en “Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana nunca se refirió a que del art. 8.2.h. se derivara un recurso para el imputado contra resoluciones anteriores a la sentencia final de la causa.

Fue, en cambio, la Comisión Interamericana la que en varios informes hizo alusión a un derecho a un recurso contra decisiones anteriores a la sentencia. Así en los Informes 17/94 “Maqueda” y 55/97 “Abella”, señaló que era un aspecto esencial del debido proceso el derecho a que un tribunal superior examinara o reexaminar la legalidad de toda sentencia jurisdiccional de la que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal”. En el Informe 24/92 (Costa Rica) mencionó que el recurso de casación permitía la revisión legal del fallo y de todos los autos procesales importantes.

Ahora bien, lo que pretendo poner de manifiesto aquí, es que esa doctrina de la Comisión Interamericana no dice nada nuevo para nosotros, sino que ratifica lo que la Corte Suprema viene sosteniendo hace más de cien años. No se trata de un derecho basado en el art. 8.2.h de la Convención, sino de uno que se desprende de criterios generales, del debido proceso, la defensa en juicio y de principios básicos del derecho, y ampara a todas las partes procesales.



Como se sabe, el auto de procesamiento no es una sentencia definitiva y, en general, se sostiene que no es una resolución equiparable a tal, porque simplemente implica que el imputado deba seguir sometido a proceso. Y en esto no influye que lo haya dictado una cámara de apelaciones al revisar un sobreseimiento de primera instancia, es decir, en un caso donde no hay “doble conforme”. Tampoco la existencia de “doble conforme” del imputado permite denegar los recursos previstos en la ley para las otras partes, porque éstos tienen otra naturaleza.

Ahora bien, se han admitido excepciones a la regla de la inapelabilidad en casación o ante la Corte de resoluciones anteriores a la sentencia final cuando se trata de compatibilizar la justicia real con la formal. Ello ocurre cuando en la decisión intermedia de que se trate existe ya un perjuicio a algún derecho de cualquiera de las partes, y ese gravamen es de imposible o insuficiente reparación ulterior durante el desarrollo del proceso. No se trata del agravio en que consiste el objeto central del proceso penal, sino de otro, que lesiona algún derecho durante su trámite, y que no podrá ser subsanado con la sentencia definitiva. Esa será, en resumidas cuentas, y en este caso para el imputado, una decisión “importante”, pero no lo serán todas las demás aunque él crea que lo son.

Las excepciones a esa regla se basan, como adelanté, en la justicia real del caso, en un acto jurisdiccional que "le toque un pelo" al justiciable, parafraseando a v. Beling, cuando, como en el caso, se pone de manifiesto sin lugar a duda alguna que el hecho por el cual se encuentra sometida a proceso una persona, no constituye delito alguno y esa conclusión no podrá variar por más pruebas que se produzcan en el futuro.

En casos como el presente entra a jugar otro principio, quizás de signo opuesto al de la obligación de seguir sometido a proceso, que se expresa con el enunciado en el precedente "Mattei" (Fallos: 272:188), donde en el considerando 14), se recordó que "debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener -luego de un juicio tramitado en legal forma- un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de

innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal" (el resaltado me pertenece). Y en el considerando 16) se dijo que "es preciso puntualizar que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.....".

En consecuencia, entiendo que para lograr un equilibrio entre ambos intereses en juego, VV.EE. deberían habilitar la instancia y tratar el fondo del asunto, que no es otro que el decidir si la conducta de Raúl Norberto Rajneri es delito o no lo es. Enseguida se darán cuenta por qué.

3). Hechos imputados a Raúl Norberto Rajneri.

A Raúl Norberto Rajneri se le imputa que aproximadamente a las 15:30 hrs. del 4 de junio de 2011, impidió la circulación vehicular sobre la Ruta Nacional N°22 a la altura del Km. 1167, en inmediaciones del Barrio Colonia Fátima de la localidad de Cervantes, Río Negro, mediante su ubicación sobre la cinta asfáltica y la colocación de pancartas, interrumpiendo de ese modo el tránsito vehicular y su normal funcionamiento, ello con la participación de un grupo aproximadamente de veinticinco manifestantes, pertenecientes al barrio de mención (vid. acta de indagatoria, que sirve de plataforma fáctica al auto de procesamiento que viene aquí recurrido por el imputado).

Ese día la policía comprobó que los intervinientes eran unas 25 personas, vecinos del barrio citado, ubicado en el margen de la ruta, con pasacalles y que con cubiertas en desuso y dos bancos de madera interrumpieron la circulación vehicular sobre la calzada y sobre ambas banquetas de la cinta asfáltica, en demanda de la construcción de 90 viviendas y tendido de cloacas, y lo hacían durante quince minutos de corte por quince minutos de liberación del tránsito, mientras que el personal policial aseguró una vía alternativa de circulación. Todo duró dos horas. Se los notificó que su conducta estaría incurso en el art. 194 del Código Penal. No se registraron incidentes. Hay fotografías de la situación.

A los policías actuantes se les tomó declaración testimonial y en esa oportunidad aseveraron que el corte era intermitente, que se obstruía un carril y se liberaba el otro. Que ya conocían a Rajneri de manifestaciones y cortes anteriores y lo tenían como referente social del grupo de personas que habitan en ese barrio. En cuanto a los inconvenientes del corte de la ruta, los policías



señalaron que tuvieron que disponer un operativo de seguridad para habilitar un camino alternativo sobre una de las calles rurales que insumía un trayecto de 11 kilómetros adicionales para poder sortear las manifestaciones que ocupaba 50 metros de cinta asfáltica. Que no hubo ningún accidente de tránsito, pero a criterio de la policía sí existía una situación de peligro permanente, ya que sobre la ruta estaban retenidos camiones que transportaban sustancias peligrosas y que el embotellamiento también generaba peligro de provocación de accidentes. En las fotografías se ven detenidos en la cola que se formó en la ruta unos camiones de transporte de combustibles y otras sustancias inflamables.

En su descargo el imputado dijo que su presencia en el lugar respondía a una actitud de solidaridad con el reclamo relativo a viviendas y servicios básicos que un grupo de manifestantes del barrio Fátima de Cervantes estaba efectuando hacia las autoridades; negó haber actuado en calidad de referente de dicho grupo y aseguró haber llegado al lugar del corte de ruta cuando ésta ya estaba producido.

4). Decisiones jurisdiccionales

El juez federal entendió que la conducta atribuida al imputado devenía atípica por cuanto a) no se había podido comprobar un rol activo que denotara responsabilidad penal en grado de autor, coautor, instigador o cómplice; b) no se había generado una situación de peligro con entidad suficiente para estorbar o entorpecer el tránsito vehicular que requiere el artículo 194 del Código Penal y c) no se había provocado ninguna situación de peligro generalizado ni tampoco para personas o bienes individuales.

Contra esta sentencia, el fiscal federal interpuso recurso de apelación (fs.107/108). De la lectura de su recurso no surge cierta explicación acerca de por qué esa conducta encontraría subsunción típica en el artículo 194 del Código Penal. La Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso fiscal y revocó la decisión del juez. Pero tampoco explicó por qué la conducta descripta encuadraría en el tipo penal en cuestión, sino que se remitió en forma genérica a su jurisprudencia (fs. 118).

5). El delito del artículo 194 del Código Penal y el contexto en que es aplicado. Las causas de justificación y las que excluyen la culpabilidad.

En los últimos tiempos en la Argentina aparecieron fenómenos novedosos y se intensificaron otros ya conocidos que, en síntesis, consisten en la producción de manifestaciones tumultuosas en lugares públicos, llevadas a cabo con medios bastante precarios o poco sofisticados o al alcance de cualquiera, que no son organizadas desde alguna institución pública o privada, que producen cortes de calles, rutas, puentes, de accesos del más variado tipo y de otras vías de comunicación terrestre, muchas veces seguidas de acciones violentas contra las fuerzas de seguridad, funcionarios y particulares, y/o de daños de todo tipo a la propiedad pública y privada.

El fenómeno, en su origen, tuvo de novedoso el hecho de que esas manifestaciones eran producidas por personas desocupadas o subocupadas y que no pertenecían a ninguna clasificación más o menos conocida. En el proceso de encasillamiento o etiquetamiento por parte de los comunicadores sociales, se intentó marcar una diferencia con otras formas de expresión pública y numerosa, como por ejemplo, los ahorristas estafados, los ambientalistas, los feligreses, los maratonistas, los vecinos que reclaman mayor seguridad, las víctimas de delitos de distinta especie, entre muchos otros. A estos otros grupos se lo llamó “piqueteros”.

La característica de nuestros “piqueteros” es que no tienen un lugar de poder desde donde reclamar, relacionado con el hecho, omisión o circunstancia que lo genera. No tiene sentido que hagan huelga si reclaman más seguridad en un barrio, o que petitionen en o ante sus lugares de trabajo, si lo que piden es un semáforo en la esquina, ni que anden con pancartas en las esquinas o banquetas porque son tantas los reclamos sociales por satisfacer que nadie les llevaría el apunte. Las autoridades no se colocan delante de los reclamos para prevenirlos, sino que actúan por reacción ante un caos descomunal que ya nadie puede controlar.

Se ven perjudicados quienes no participan, especialmente en su libertad ambulatoria e, indirectamente, en su trabajo, sus negocios, y todos los derechos que dependen del ejercicio de la primera en ese preciso lapso.

Existe toda una línea de pensamiento que cree que estos “conflictos sociales” deben ser tratados por el derecho penal. Así, se



criminalizaron y judicializaron muchísimos casos de lo que ha dado en llamarse la “protesta social” (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, causa 3905, registro N° 5150, “Schifrin, Mariana”, resuelta el 3/7/2002, publicada en La Ley, 2003-B-501). Para ello, se utilizan dos vías, una directa, mediante la aplicación de las figuras delictivas previstas para los casos de ocupaciones e interrupciones de las vías de comunicación; la otra indirecta, a través de las figuras estructuradas sobre una base de desobediencia o de resistencia a las órdenes de la autoridad.

En el presente caso, la conducta se tipificó en el artículo 194 del Código Penal que establece “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”.

A continuación intentaré abordar los problemas que presenta la norma desde el punto de vista de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

5.a) Interpretación normativa y teleológica de la norma.

Existe una primera limitación a la represión de estas conductas, a partir de las posibilidades que da el tipo legal. Se debe respetar el sentido histórico de la ley, el ámbito de prohibición de la norma que fue el tenido en cuenta por el legislador al diseñarla, que no puede ser sobrepasado sin serios fundamentos. En el terreno de la imputación objetiva se viene trabajando bastante esta idea, más allá de los nombres con que se la cobije, como la esfera o fin de protección de la norma.

De todos modos, la aplicación de este método interpretativo no aparece como preferible en relación al art. 194 CP pues no se trata de una ley del Congreso de la Nación, sino de una emitida por un gobierno de facto, una dictadura, el llamado “decreto-ley” 17.567. Tan clara es la dificultad que la norma fue concebida como para funcionar aunque no se ponga en peligro la seguridad común o pública, pese a que fue inserta en el Título del Código Penal que reclama su ofensa. Si esto es así, y como no puede haber delito sin ofensa a un bien jurídico (art. 19 CN), debería concluirse que el peligro debería ser para un bien

jurídico concreto, para la vida e integridad física de alguna persona identificada. Es evidente entonces, que el sentido o significado de la norma penal mencionada no puede ser el de criminalizar cortes de calles o espacios públicos por grupos de personas que protestan de una manera preponderantemente **pacífica**.

Aquí se agrega el método de interpretación sistemático. El test para corroborar la corrección de esta conclusión es el de considerar que otro modo de explicar la norma nos conduciría al infinito: también deberían ser criminalizados por obstruir la vía pública los dueños de restaurantes que ocupan las veredas con mesas y sombrillas; los verduleros que exhiben sus frutas y hortalizas ocupando media vereda; los feriantes; los vendedores ambulantes, y todos ellos, aunque gozaren de autorización administrativa, porque esta última, al tener sólo jerarquía normativa municipal, no podría ir en contra de una ley nacional, el Código Penal, es decir, eliminar la tipicidad o autorizar la comisión de una conducta prevista en un tipo de la ley penal nacional (art. 31 Constitución Nacional). Un acto administrativo o norma local, no podrían autorizar la comisión de un delito. El funcionario público que la autorizase, también debería ser criminalizado como coautor o partícipe.

5.b) El bien jurídico protegido. El principio de lesividad.

Según nuestra tradicional concepción, para ser punibles, además de encuadrar formalmente en los supuestos de la ley penal, las conductas deben lesionar o haber puesto en peligro la seguridad o el orden públicos (Art. 19 Constitución Nacional y arts. 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La seguridad pública se conmueve con la creación de situaciones que crean inseguridad para la intangibilidad de las personas o las cosas, consideradas de una manera indeterminada. Si fuera individual, podría dar lugar a otras figuras, contra la integridad física, la propiedad o la libertad.

El orden público, se altera mediante el temor, la gestación de situaciones de intranquilidad pública. Pero debe tenerse cuidado de identificar esta situación con un concepto de orden formal, porque por esa vía llegarían a incriminarse las conductas que producen fastidio al intérprete porque las cosas y personas no están en el lugar que al juzgador se le ocurre corresponde deben estar. Si no se aclara y restringe el concepto, podría trazarse cualquier imputación objetiva a cualquier conducta que subvirtiera el orden que el propio intérprete



considera debe existir. El orden público, el bien común, el interés de todos, etc., no son conceptos vacíos que puedan ser llenados por el intérprete según sus concepciones o creencias individuales, sino que deben serlo con los valores de la democracia, de la Constitución Nacional, el respeto de los derechos de las minorías, etcétera.

En derecho penal, la teoría del bien jurídico con contenido y no como un mero valor formal, tiende a evitar la confusión de un bien jurídico del que se ocupa la ley penal con el de la defensa de la disciplina vial. Evita que el intérprete aplique su propio concepto de orden público, sin la más mínima verificación de que las figuras penales que prevé el legislador, en todos los casos, reclaman para su represión que las conductas hayan interferido el orden preestablecido mediante la generación de temor, de intranquilidad pública, y no de mero fastidio porque las cosas y personas están desordenadas. Tal concepto de orden público llevaría al castigo de cualquier organizador de un espectáculo artístico, deportivo, cultural, etc., aun con todos los permisos municipales en regla, en tanto genere un caos descomunal.

Se trata de un enfrentamiento entre el paradigma excesivamente formal de la democracia, al que corresponde una concepción formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia, con una concepción sustancial de aquella, que admite la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales como condiciones de validez de las normas o de sus interpretaciones (Ferrajoli, Liugi *Derecho y Razón*. Edit. Trotta. Madrid, 1995, pág. 24).

De ahí que viene observándose que las protestas sociales que únicamente se toman el espacio público para dirigir sus reclamos, para hacerse oír por las autoridades que no han recibido y canalizado sus solicitudes, no debería ser sujeta a medidas tan gravosas e intensas como lo es la acción penal, porque ello conduciría a la criminalización de manifestaciones sociales pacíficas, en contra de los derechos de jerarquía superior como lo son, en una república, la libertad de expresión, de petición y reclamo a las autoridades, de reunión, de asociación, etcétera.

Esa fue la visión, con la que coincido, de la jueza Angela Ledesma en su disidencia en la causa de la Sala III de la Cámara Federal de

Casación Penal en la causa N° 4859 “Alais, Julio Alberto y otros”, registro N° 199/2004, del 23/04/04, al considerar que no había peligro para el bien jurídico porque el servicio del tren ya estaba interrumpido con anterioridad al corte que habían dispuesto quienes protestaban.

En igual línea de pensamiento, la disidencia del juez Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso en el citado caso “Schifrin, Mariana” de la Sala I de la Cámara de Casación, que expone con realismo que, con el criterio de la mayoría, deberían ser criminalizadas todas las manifestaciones públicas de cualquier signo y propósito.

5.c) El principio de legalidad y el mandato de certeza.

Si desde un punto de vista realista los delitos son restricciones a nuestras conductas, prohibiciones o mandatos cuya violación o incumplimiento son sancionados con un mal (la pena), en atención a la gravedad de la respuesta estatal para esta clase de restricciones, se ha decidido desde antiguo que ellas deben estar previstas por ley (principio de legalidad en materia penal, artículo 18 de la Constitución Nacional).

Para sintetizar, y para decir algo un poco distinto de los tradicionales análisis del principio de legalidad que hacemos los penalistas, en lo que sigue me valgo del trabajo presentado como “amicus curiae” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Schifrin, Marina s/ recurso de queja” (causa S.2682, XXXVIII, que fue dictaminada por el Procurador Fiscal el 10 de noviembre de 2003, y que la Corte no resolvió sobre el fondo por encontrarse prescripta la acción penal) por parte de Claudia Martín y Diego Rodríguez Pinzón en representación de la Academia de Derechos Humanos del Washington College of Law de la American University, y por Víctor Abramovich, en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales.

La expresión "ley" requiere no sólo que la medida tenga alguna base en la legislación sino que, además, su contenido debe cumplir con ciertas pautas mínimas: 1) debe ser adecuadamente accesible para las personas cuyos actos pretende regular y 2) debe ser previsible, es decir, formulada con suficiente precisión para permitir que un individuo –con el debido consejo legal si es necesario– pueda estar advertida y/o regular su conducta en concordancia con lo establecido por dicha norma (Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Hasan and Chaush v. Bulgaria, sentencia 26 de octubre de 2000, párr. 84).



Si su contenido es de naturaleza penal, el grado de precisión requerido es más estricto por cuanto es en "el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos" (C.I.D.H., Caso Baena v. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 107).

La Corte Interamericana ha interpretado el artículo 9 de la Convención Americana el cual garantiza el principio de legalidad y de no retroactividad en igual sentido, al señalar que "en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. En otras palabras, la definición de tipos penales debe contener una clara precisión de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad" (C.I.D.H., Caso Castillo Petruzzi y otros, sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 121; Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2001, párr. 157).

Ahí no termina. La legislación penal debe ser aun más precisa cuando se conecta a otros derechos fundamentales, como los de estos casos, en que están involucrados el debate político sobre cuestiones de interés público que afectan a un sector importante de la población (Corte Europea de Derechos Humanos, Unabhangige Initiative Informationsvielfalt vs. Austria, sentencia de 26 de febrero de 2002, en el cual este tribunal señaló que bajo el artículo 10.2 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos el alcance permitido para restringir el debate político sobre cuestiones de interés público es muy limitado).

Agrego que los mismos conceptos se repiten en el caso "Mohamed vs. Argentina" de la Corte Interamericana, sentencia del 23 de noviembre de 2012, parágrafos 130 y ss., entre los que se destaca, en lo que aquí interesa, "que corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo

penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico” (con cita del caso Ricardo Canese vs. Paraguay, y otros).

Cotéjese todo lo expuesto con las múltiples posibilidades de interpretación del alcance del art. 194 CP que, desde su creación por la ley de facto 17.567, ha sido funcional a todos los gobiernos. Permite alternativamente que algunos comportamientos puedan o no considerarse incluidos o no en la descripción legal sin un marco preciso de referencia. Así, no existe previsibilidad de la reacción estatal ni ofrece garantías suficientes contra las interferencias arbitrarias de las autoridades.

A diferencia de otros tipos penales donde no se describe la conducta pero sí el resultado y, a partir de él, pueden ser fácilmente establecidas y comprendidas las conductas que están prohibidas (ej. homicidio, daño a la propiedad, injurias, etc.), en el art. 194 “entorpecer”, “estorbar” o “impedir” el normal funcionamiento de algo, puede ser cualquier cosa, no en función del medio para llegar a un resultado preestablecido en la ley, sino en cuanto a ese resultado en sí mismo. Nadie puede establecer de antemano qué es lo “normal” en el funcionamiento de los transportes ya que, si, por ejemplo, se tomara por tal el cumplimiento de un horario, una detención de unos minutos en el trayecto constituiría ya un impedimento o un estorbo de tal normalidad. Todos los retrasos de las compañías aéreas por “razones operativas”, también.

Al interpretar en términos tan generales la norma (que de por sí ya lo es) se torna en totalmente vaga e imprecisa. Es un agujero de punibilidad que no impone ningún límite al poder punitivo. “Entorpecimientos” puede ser cualquier cosa, prohibidos o no, los que requerirían una previa autorización administrativa y los que no (ej. la reparación de una calle; una procesión religiosa; la disposición de los camiones de una mudanza; los fanáticos de algún personaje famoso que esperan en las inmediaciones del hotel que salga al balcón para saludar, las ocupaciones de arterias por sectores sindicales, etcétera).

No se trata aquí de la discusión sobre las facultades y deberes estatales de reglamentación del uso de las calles, parques y otros espacios públicos (p.ej. los Códigos Contravencionales de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), sino de la advertencia de que el Estado no puede dejar al exclusivo arbitrio de policías, jueces y fiscales en qué supuestos corresponde hacerlo, porque ello conduce a una selectividad en su aplicación que no fue la diseñada por el único poder con potestad para hacerlo: el legislativo.



Estas situaciones generan el peligro de permitir que una norma de esta naturaleza sea legitimadora de la criminalización de opiniones y reclamos ante las autoridades por parte de sectores que no están de acuerdo con el gobierno de turno o simplemente con la mayoría.

5.d) Las causas de justificación.

Aun suponiendo que la conducta fuera típica, y que se puede sortear el filtro de la tipicidad y que la conducta encuadra dentro del tipo del artículo 194 del Código Penal, en la siguiente etapa de análisis nace un problema muy serio que es el del ejercicio de derechos constitucionales y sus conflictos con normas penales prohibitivas o imperativas, que puede ser tratado en el ámbito de la tipicidad ampliada o el de antijuridicidad-justificación y, en este último caso, con distintas consecuencias según la teoría que se siga.

Debo aclarar que soy de la idea de que cuando los magistrados aplicamos el Código Penal, debemos hacerlo con todas sus disposiciones y no solamente las de la parte especial. Sigo.

En primer lugar aparece el estado de necesidad (art. 34, inc. 3° CP), especialmente en los casos en que los que se manifiestan entorpeciendo a los demás se hallan en límites de pobreza absoluta, no existen respuestas institucionales razonables a sus pedidos, los medios no se hacen eco de sus reclamos y están condenados a sufrir males inminentes y graves (ver las distintas opiniones en: Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Derecho Penal y la Criminalización de la Protesta Social*, Jurisprudencia Argentina, boletín del 13 de noviembre de 2012 [J.A. 2002/ IV, fascículo Num. 7], página 29; Gargarella, Roberto, *Por qué el fallo Alais es (jurídicamente) inaceptable*. Jurisprudencia Argentina, 2004-III, fascículo Num 1, del 7/7/04, pág. 40. Gargarella, Roberto, *Dar de Nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical*. Revista “Más Derecho?”, edición especial sobre libertad de expresión, Edit. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2002, pág. 61. Gargarella, Roberto, *El Derecho a la Protesta Social*, edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005; Ferreyra, Raúl Gustavo, *El derecho de Libertad de Expresión y la aplicación de la doctrina de los derechos y libertades preferidos a un caso difícil*. Suplmento de Derecho Constitucional de La Ley, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2000). Entremezclando la necesidad con la libertad de

expresión, o mejor dicho, incorporando a la necesidad como requisito del ejercicio de aquélla, en “Adderley v. Florida”, 385 U.S. 39, 50-51 (1966), en disidencia, el juez Douglas de la Corte estadounidense recordó un criterio material del derecho de petición para reparar agravios. Dijo: “El derecho de petición para reparar agravios tiene una antigua historia y no se limita a la redacción de una carta o al envío de un telegrama a un miembro del Congreso; no está confinado a la comparecencia ante el Consejo del municipio local o a la redacción de cartas al Presidente o el gobernador o el alcalde. Los métodos convencionales de petición pueden ser y a menudo han sido imposibles para nutridos grupos de ciudadanos. Los legisladores pueden hacer oídos sordos; las quejas formales pueden ser desviadas interminablemente a través de un laberinto burocrático; los tribunales pueden permitir que las ruedas de la justicia giren muy lentamente. Los que no controlan la televisión y la radio, los que no pueden pagar la publicidad en los periódicos o difundir folletos completos, quizá dispongan a lo sumo de tipo más limitado de acceso a los funcionarios públicos. Sus métodos no deben ser condenados como tácticas de obstrucción y presión mientras la asamblea y la petición sean pacíficas”.

Sin embargo, el instituto del estado de necesidad justificante tiene el problema de su estrechez, esto es, que no satisface todos los intereses jurídicos involucrados en los casos, porque el estado de necesidad está pensado para situaciones de males inminentes, de conflictos entre derechos individuales, mientras que en los casos de demandas sociales por vía de los piquetes, generalmente se encuentran involucrados reclamos que sobre derechos que no pueden ni se pretenden sean satisfechos inmediatamente (aumentos de salarios, construcción de obras públicas, asignación de recursos para el esclarecimiento de un hecho delictivo, etc.) y otras, simplemente, solo pretenden poner de manifiesto el recuerdo, el homenaje, el dolor, el ejercicio de la memoria, con múltiples finalidades sociales y políticas (manifestaciones para el recuerdo de atentados, de grandes catástrofes, de accidentes de tránsito, del fallecimiento de una persona destacada para el grupo manifestante, etc.).

A mi modo de ver, este tipo de situaciones pueden recibir mejor tratamiento a través del instituto del legítimo o regular ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º, CP). Éste ha tenido poco tratamiento por la doctrina penalista porque no aborda temas preponderantemente penales, sino remite al



análisis de todo el ordenamiento jurídico, permitiendo su entrada a la teoría del delito con la que debe convivir.

En tal orden, los derechos de peticionar a las autoridades, de reunión y de libertad de expresión (arts. 14, 36, 37 C.N.; arts. 13, 15, 16 y 23 CADH) pueden funcionar como límite a la antijuridicidad de la conducta. Veamos.

La primera cuestión que debemos admitir es que la libertad de expresión es un derecho eminentemente perturbador, que se da de bruces con conceptos formalistas de orden. Si una expresión fuera inofensiva, quedaría dentro del ámbito de reserva de los habitantes, el Estado no podría reglamentarla ni tendría sentido que lo hiciese (art. 19 C.N.), y mucho menos que nos anuncien nuestro derecho a la libertad de expresión. Cuando se habla de “abuso de la libertad de expresión” o que su límite es “la no comisión de delitos mediante su ejercicio”, en realidad no se dice nada. Son fórmulas vacías. Para qué la Constitución nos daría una libertad de expresión inocua, inofensiva, si también nos da el derecho a hacer cualquier cosa mientras no dañemos o pongamos en peligro los derechos de los demás? (art. 19 C.N.). La consecuencia es que estas previsiones significan algo más. Están conferidas para interferir en los derechos de los demás, son molestias que pueden incluso constituir ofensas tipificadas penalmente, y que deben ser admitidas para permitir el desarrollo social por vías pacíficas.

Y el problema aparece porque existen infinidad de conductas que van más allá de la escritura, el dibujo y la palabra, y que son consideradas expresión. Es muy dificultoso diferenciar lo que es una opinión u emisión de ideas y lo que entra en el terreno de las acciones o conductas, porque se han reconocido como integrantes de la libertad de expresión, una serie de manifestaciones que no se agotan en la libertad de palabra, sino que comprenden gestos y actitudes. Un buen comienzo lo proporcionó John Stuart Mill: no se pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones, porque aun las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo (Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*, edit. Platense, La Plata, 1997, p. 69)

Más cerca en el tiempo se habla de las llamadas “conductas expresivas”, como un asesinato político o un daño a un edificio público como acto de protesta contra determinada política emanada de ese departamento del gobierno, tienen importantes componentes de expresión, porque éstas son realizadas mediante las acciones, pero tradicionalmente no se les ha dado la protección en la cláusula constitucional. La razón de ello no consiste en que se trata de expresiones no verbales, porque se ha visto que también pueden estar amparadas las gestuales, como un determinado saludo o el uso de distintivos o ropas que simbolizan ideologías o pertenencia a grupos o asociaciones. Para Ely, lo que diferencia aquellos actos (el asesinato, el daño) no es que no sean expresivos, *sino que el daño que causan no emana del mensaje que transmite el acto*, porque un asesinato o daño es perjudicial incluso si nadie ve en ello un elemento expresivo; en cambio, un saludo determinado (levantar el brazo para los nazis) o el uso de específica vestimenta (brazaletes, capuchas, togas, etc., para el Ku Klux Klan) pueden causar problemas únicamente si la gente conoce su significado (Ely, John Hart *Democracia y Desconfianza*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pág. 142, nota al pie). La cuestión es, de todos modos, bastante problemática porque existen casos que se ubican en una zona gris: la quema de una bandera (cambiaría la tipicidad si es ajena o propia o la bandera nacional o la bandera del equipo de fútbol contrario en el medio de un partido de fútbol).

De modo que puede concluirse que mientras las manifestaciones públicas se limiten a reunirse, gritar o vociferar discursos o cánticos, cortar las calles o rutas, exhibir pancartas o banderas, de una manera pacífica, se las debe catalogar como conductas expresivas.

El asunto reviste suma importancia porque si una conducta es considerada expresiva, le comprenderán los atributos de la libertad de expresión, entre los que se encuentran la prohibición de la censura previa. La prohibición constitucional de la censura previa en la Argentina (art. 14 CN) y en el ámbito interamericano (art 13 CADH) es prácticamente absoluta, a diferencia de EE.UU. y de Europa donde se admiten mayores restricciones (ej. doctrina del peligro claro y actual o inminente). Ninguna ley ni acto de autoridad infraconstitucionales pueden actuar en contrario.

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que “la participación de



las sociedades a través de la manifestación social es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades y que, en general, ella como ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aun más ceñido para justificar una limitación a esa forma de ejercicio de la libertad de expresión. La relatoría entiende que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes” (ver, Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de expresión y Pobreza–, párr. 34.).

Una de las consecuencias de la restricción a la libertad de expresión represión o criminalización del conflicto social “puede ser la de vaciar de contenido el derecho de libertad de expresión, en tanto él se muestra como aglutinamiento y vehiculizador de otros derechos constitucionales de quienes protestan, de inembargable trascendencia para el desenvolvimiento de la institucionalidad republicana” (Ferreyra, Raúl Gustavo *“La Constitución Vulnerable”*, Ed. Hammurabi, 2002, p.46).

“El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado [demostraciones en la vía pública], tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente” (Ver, Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, ya citado, párr. 35).

Como en cualquier causa de justificación, rige el principio por el cual debe emplearse el medio menos lesivo para alcanzar la realización del derecho (o permiso) de que se trate. En este punto debe aclararse qué se entiende por necesidad o, mejor dicho, necesidad, que es la guía de la proporcionalidad entre medios y fines. Como en cualquier otra justificante, no se actúa por obligación sino por elección, de modo que la necesidad no radica en la antinomia “cortar” vs. “no cortar la ruta”. No están obligados a hacer lo segundo, sino facultados a hacer lo primero. El criterio a seguir es que cuando eligen libremente ejercer esa facultad (ese derecho), están autorizados a hacerlo hasta donde sea

necesario para satisfacer el objetivo propuesto (p. ej. llamar la atención, conseguir una audiencia con el funcionario que debe tratar el problema), pero no más allá.

Por eso se han ido generando algunos estándares jurisprudenciales en el ámbito internacional a las que se intitula como restricciones de modo, tiempo y lugar. Así, la previsión de preservar vías alternativas de circulación; de no cometer daños a las cosas ni lesiones a las personas; la restricción de no manifestarse de modo de impedir el ejercicio de derechos personalísimos y básicos, como frente a un hospital donde existen personas delicadas y el silencio es un bien esencial, o porque allí se están realizando intervenciones quirúrgicas o porque resulta elemental que no debe impedirse el ingreso y egreso de las ambulancias; o en lugares de alto riesgo como las instalaciones de una central nuclear, etcétera. Y el contenido y urgencia del reclamo también constituyen parámetros a tener en cuenta, porque no es similar el piquete de un conjunto de trabajadores despedidos de una empresa, que el de los titulares de esas empresas o de medios de producción que pueden expresarse por otros medios menos perturbadores (como que no es lo mismo una huelga que un lock out, vid. art. 158 CP).

Y a estos estándares no les son ajenos los vaivenes políticos de una sociedad. En los EE.UU. se ha desarrollado la doctrina del “foro público”, que ha generado toda una línea jurisprudencial con mayores y menores restricciones a las protestas sociales, según los tiempos de que se trate, todo basado en interpretaciones de la Corte de las Primera y Decimocuarta Enmiendas de su constitución. Hay foros privados y públicos, y entre éstos, los tradicionales y otros limitados o designados.

Está el problema de la neutralidad del estado respecto del contenido o móvil de la protesta para establecer las restricciones (por ejemplo, un grupo que reclame la supresión de la democracia, que es el sistema por el cual ellos pueden estar reclamando), el problema muy serio de la imposibilidad de reglamentar las manifestaciones (por ejemplo, Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que exige aviso previo a la autoridad) porque siempre se podría cuestionar la constitucionalidad de esa exigencia o protestar contra ella; también el asunto de la protección de los manifestantes (doctrina del “orador parado en la esquina de la calle”, donde la autoridad no debe bajar al orador para evitar males mayores, sino protegerlo de quienes quieren agredirlo y censurar su expresión porque les resulta ofensiva).



Sin pretensión alguna de exhaustividad, pueden verse estos problemas en los siguientes casos “Davis vs. Massachusetts” (1897); “Hague vs. CIO” (306 US 496, 1939); “Schneider” 308 US 147 (1939); “Eduards vs. Carolina” (1963); New York Times vs. Sullivan (376 U.S. 254, de 1964), “Cox vs. Louisiana” (1965); “Grayned v. Rockford city” (408 US 104, 1972); “Widmar v. Vicente (1981); “Fisby vs. Schultz” (1988); “Conciencia de Krishna v. Lee” (1992), entre muchísimos otros y abundante bibliografía.

Estas cuestiones no son ajenas a nuestra jurisprudencia. La Cámara Federal de San Martín, ante importantes manifestaciones públicas de vecinos del partido de Vicente López por la construcción de la autopista Panamericana, se inclinó por la no criminalización de tales “cortes” de una de las vías de circulación y comunicación más importantes del país, al revocar un auto de procesamiento en la causa "D.E., M. s/ querella", n° 46.586, Sala I, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, del 6 de abril de 1995, publicada en revista El Derecho, ejemplar del 15/8/1995, con nota laudatoria de Germán Bidart Campos. Debe señalarse que la misma Sala de la Cámara de Apelaciones de San Martín ha cambiado de opinión, y habilitó poder punitivo en otros casos de protestas sociales (CFSM, Sala I, causa “Bogado, Ramón y Hermosilla, Javier, empleados de la empresa Kraft”, del 22/2/2011, publicado en el Suplemento Penal de La Ley, 2011, mayo, 75, La Ley 2011-C-306; causa 4452/5 “Antón, Luis Alberto y otros s/ inf. Art. 194 CP”, resuelta el 23/06/2005; causa 1567/11 “Av. Inf. Art. 194 CP, imputado Costilla, Hugo Alberto”, resuelta el 22/09/2011, registro 5756). La Sala II sigue este mismo criterio.

5.e) El exceso en el ejercicio de las causas de justificación.

Existe en el Código Penal argentino una disposición del texto original de 1921 que difiere parcialmente con otras similares del derecho comparado, pese a que todas reconocen el mismo origen normativo. La doctrina dominante oscila entre quienes se inclinan por considerar que el instituto prevé un supuesto de menor gravedad del injusto o de menor culpabilidad. Se trata del “exceso” que en nuestra ley penal no lo es solamente en la legítima defensa o en el estado de necesidad, sino en “los límites impuestos por la ley, por la autoridad

o por la necesidad”, y cuya consecuencia es el castigo “con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

A diferencia de otros códigos, el nuestro admite el exceso en cualquier causa de justificación y, por ende, en el ejercicio regular o legítimo de los derechos. No existe una reducción general de pena por delitos dolosos transformados en culposos (en cuanto a la pena), ni tampoco el *crimen culpae* (nuestro sistema es de *numerus clausus*) de modo que se ha interpretado que si no existe un tipo culposo que establece una pena, la consecuencia del exceso en el ejercicio de la justificante en un delito doloso, es la impunidad. Ya sea se considere que el exceso tiene una naturaleza reductora de la culpabilidad y que por razones preventivas no es punible (Roxin), o que es un problema de antijuridicidad (Muñoz Conde), la cuestión conduce al mismo resultado.

La pregunta es por qué los juzgadores o aplicadores de la ley penal argentina no verifican si se dan estos extremos en los participantes de diversas manifestaciones en los casos concretos, ya que se trata de una cláusula general aplicable a todos los delitos. En el caso de autos, esa omisión es flagrante.

5.f) Culpabilidad

Algunos tribunales y la Procuración General de la Nación han advertido que, aunque todos los filtros de la teoría del delito analizados hasta aquí fueran sorteados, aun puede existir un error invencible de prohibición o una falta de conciencia total de antijuridicidad que elimina la culpabilidad. En efecto, si los tipos penales son vagos, si no es posible saber de antemano dónde termina lo legítimo y comienza lo prohibido, y si además existen todo tipo de manifestaciones públicas, no sólo de protesta, cuyas consecuencias son idénticas, sus autores pueden sentirse legitimados a participar y no es posible formular un juicio de reproche por ausencia de sus presupuestos (fue la posición del Procurador Fiscal ante la corte en la citada causa S.2682, XXXVIII, “Schifrin, Mariana, en su dictamen del 10 de noviembre de 2003; y de la disidencia del juez Rodríguez Basavilbaso en la misma causa, en la instancia anterior de casación).

Si, además, se comprobase en el caso una seria reducción del ámbito de autodeterminación, aún cabría estudiar la presencia de un estado de necesidad exculpante.



6). En conclusión, entiendo que le asiste razón a la defensa cuando sostiene que la resolución recurrida es arbitraria al remitirse de manera abstracta a sus precedentes y sin analizar el hecho concreto, sus particularidades, y la situación personal del imputado, y todas las disposiciones de la leyes aplicables.

El caso de autos se refiere a una protesta de contenido social que se inscribe dentro del ejercicio de un derecho constitucional y que no ha puesto en peligro ningún bien jurídico; no se ha demostrado que fuera desproporcionada al fin perseguido; el corte no fue prolongado y hubo una vía alternativa de comunicación; no ha habido lesiones a las personas ni daños a las cosas; no ha habido ningún peligro más o menos concreto a bienes y personas por cuanto la detención de camiones con combustible y sustancias inflamables no significa un riesgo mayor al permitido por las normas para su transporte, es decir, la detención en la cinta asfáltica es una situación normal de ese tipo de transportes; no se trató de un piquete como medio para cometer otros delitos, por ejemplo, extorsiones a autoridades o a particulares, que serían perfectamente punibles; etcétera.

Debo finalizar con una última cuestión. Se trata de un asunto que la doctrina y la jurisprudencia han trabajado muy poco, el de la coacción directa administrativa, que no se inscribe en el ámbito penal. Cuando un automóvil está mal estacionado, generalmente las normas locales prescriben que el conductor o su propietario serán sancionados, por ejemplo, con una multa. Pero ello tiene una naturaleza distinta que la de la remoción del vehículo mal estacionado. Esto último puede ocurrir con independencia de la sanción, porque el fin que persigue es el de liberar la vía de comunicación. Este ejemplo sencillo, permite ver con claridad que una cosa es la obstrucción de una vía de comunicación por un piquete, y otra es la responsabilidad penal que sus autores podrían tener por esa conducta. Lo mismo ocurre con las ocupaciones de inmuebles usurpados, donde el desalojo es independiente de las sanciones a que pudieran o no corresponderle a los ocupantes. Un hecho justificado en el ámbito penal, no descarta las responsabilidades en otros ámbitos, porque estas derivan de otras fuentes de imputación. Inclusive en el ámbito de la teoría del delito se discute si existe una antijuridicidad penal y otra civil, o si se trata de la misma

categoría que se refiere a distintas líneas de imputación (vid. Günther, Hans-Ludwig, *La Clasificación de las causas de Justificación en Derecho Penal*, en *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, AA.VV., Edit. Aranzadi, Madrid, 1995, pág. 45 y ss.; refutado por Zaffaroni, E.R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, en su *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 567).

En fin, esto demuestra que el ejercicio de la fuerza pública para remover obstáculos, dentro de los parámetros jurídicos que regulen su ejercicio en un estado de derecho, es un asunto completamente distinto al del ámbito de una causa penal y sobre el que no corresponde que emitamos opinión alguna.

Por todo lo expuesto, solicito a VV.EE. que revoque la resolución apelada y se avoquen al conocimiento del fondo de la cuestión y, en consideración a todo lo que aquí se ha expuesto, sobresean al imputado por la conducta que se le endilga.

Fiscalía n°4, 21 de febrero de 2013.