



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 12. 513
Causa n° FCR 5670/2017/CFC1
"Garzón, Jorge Alejandro y otros s/
entorpecimiento de servicios públicos (art.
194)" Sala IV. Fiscalnet: 48448/17

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos Nro. FCR 5670/2017/CFC1 del registro de la Sala IV, caratulada "GARZON, Jorge Alejandro y otros s/entorpecimiento de servicios públicos (art.194)", me presento y digo:

-I-

Llegan las presentes actuaciones por el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Jorge Alejandro Garzón y de Olga Reinoso contra la sentencia del 12 de junio de 2019 del Juzgado Federal de Río Gallegos que condenó a **Jorge Alejandro Garzón**, como coautor del delito de impedir el normal funcionamiento del servicio de transporte por tierra a la pena de nueve (9) meses de prisión en suspenso y costas (arts. 27 bis y 194 del CP) y a **Olga Reinoso**, como coautora del mismo delito a la pena de tres (3) meses de prisión en suspenso y costas (arts. 27 bis y 194 del CP).

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

-II-

La sentencia tuvo por probado que entre el 10 y el 21 de mayo del año 2017 un numeroso grupo de personas identificado con la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) interrumpió la circulación

vehicular en los accesos a la ciudad de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz, en diferentes lugares de la Ruta Nacional N° 3 y en la Ruta Provincial N° 53.

Dicha situación, se originó a modo de protesta para reclamar que las autoridades provinciales y nacionales solucionaran diversos problemas en materia de salud, educación, seguridad, trabajo, salarios y jubilaciones. En particular, el pago de salarios adeudados.

Ese hecho fue calificado como constitutivo del delito de entorpecimiento y/o impedimento del normal funcionamiento de los transportes por tierra, en calidad de coautores (arts. 45 y 194 del CP).

No fueron objeto de la causa las lesiones propinadas a los miembros de la Gendarmería que intervinieron en el operativo de seguridad.

Contra la sentencia la defensa particular de Garzón y Reinoso interpuso un recurso de casación, donde se agravó de: 1) la errónea valoración de la prueba porque la sentencia condenatoria se apoyó exclusivamente en las declaraciones o pruebas de los gendarmes en sede policial, sin considerar otras, lo que derivó en una inversión de la carga de la prueba; 2) la atipicidad de la figura del art. 194 del CP; 3) el haber basado la responsabilidad penal de los condenados en el solo hecho de su posición gremial y el haber dado apoyo a un reclamo constitucional de los trabajadores; 4) la arbitrariedad de la sentencia por falta de motivación.

-III-

Por tratarse de un recurso de la defensa, mi intervención lo es como parte necesaria del proceso en la instancia y se circunscribe al control de la legalidad (art. 120 CN), lo cual incluye el examen de la sentencia impugnada. En casos como éstos, donde se discuten cuestiones de derecho federal y de orden público, no nos encontramos limitados por los agravios de



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

las partes. Considero que la Cámara Federal de Casación Penal debería hacer una declaratoria sobre esos puntos, determinantes para resolver el caso.

Un primer problema de la sentencia es que la condena implicó una suerte de responsabilidad objetiva, inválida en terreno penal por imperio del principio de culpabilidad (arts. 18 y 19 CN), porque se castigó a los nombrados por su rol de dirigentes sindicales y por su reconocimiento de haber sido los responsables políticos y gremiales de la dirección de la protesta, sin la debida traducción de esas situaciones al ámbito penal y procesal penal que exigen la descripción de conductas concretas atribuidas a personas determinadas, y la explicación de por qué ellas son subsumibles en un tipo penal.

El segundo problema del fallo consiste en la ausencia de análisis sobre la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido mediante una ley penal, lo cual es exigido por el art. 19 CN. El art. 194 CP reclama ofensa a la seguridad común (Título VII y el capítulo II, expresamente exige lesión a la seguridad del tránsito, medios de transporte y comunicación), de lo cual no existió ninguna prueba ni argumento en la sentencia. De modo que los hechos no parecían haber superado, a lo sumo, la jerarquía contravencional. Volveré sobre este asunto.

El tercero versa sobre la escasa o nula valoración de un aspecto de vital importancia para las invocadas causas de justificación de estado de necesidad y de legítimo ejercicio de un derecho, derivadas del ejercicio de la libertad de expresión en el caso concreto (art. 14, 32 y 43 CN, art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 34, incs. 3° y 4°, CP). El

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

juez federal correccional trató como un móvil la causa social-laboral-sindical del piquete, es decir, un asunto que haría a la negación de la antijuridicidad y, sin embargo, no lo desarrolló debidamente.

Debe recordarse que es precisamente en los casos en que una conducta es considerada típica, que comienza el derecho a la libertad de expresión (o cualquier otro). Y ello es así porque si nuestras conductas fueran inocuas (atípicas) no necesitaríamos de esa ni de ninguna otra libertad o derecho, sino que alcanzaría con el mandato del art. 19 de la CN que nos asegura una zona exenta de la autoridad de los magistrados. De modo que expresiones tales como que “mi derecho termina donde empiezan los derechos de los demás”, no significan nada, porque ello es una obviedad. El problema es dónde está ese límite y cómo se armonizan los derechos de todos en conflicto en un determinado contexto.

También se advierte que no constituyeron objeto del juicio los posibles daños o lesiones a terceros por parte de los manifestantes, de modo que sólo podemos atenernos a los hechos que fueron calificados como constitutivos de los cortes de las rutas.

Esos cortes estuvieron causados por reclamos laborales y sociales, como último recurso de los manifestantes, para ser oídos seriamente, y concretar una solución a una situación de la que era responsable el Estado y cuya solución dependía del mismo Estado que después los castigó por ello (me refiero a la criminalización impuesta por la rama judicial, y no a la coacción directa administrativa ejercida por la Gendarmería para desalojar las vías de comunicación). Por ello es que cabe discutir aquí si la criminalización de tales



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

conductas adolece de falta de legitimación político criminal (ver Gargarella, Roberto, *El Derecho a la Protesta Social*, edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005).

El juez de sección, con invocación de un fallo de la Corte de 1929 (Fallos: 156:81, que versaba sobre el delito de sedición ¡por la aplicación de un decreto de Carlos Tejedor!), circunscribió el derecho constitucional a la luz de la letra del Código Penal, a pesar de que en realidad, ello debe ser exactamente al revés: es el Código Penal el que debe ser leído a la luz de la Constitución. Después de 90 años de esa sentencia, el derecho a la libertad de expresión ha recibido un desarrollo impresionante, porque hace al nudo o nervio de las democracias modernas (por ejemplo, ver la obra colectiva *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*, (Eduardo Bertoni compilador) del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo, 1ra. Edición, Buenos Aires, UP, 2010).

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

Veamos.

El art. 194 del C.P. castiga a quien “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”. Se trata de un delito que se encuentra ubicado en el Capítulo II “Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación”, del Título VII “Delitos contra la seguridad pública”. Como toda conducta, para ser delito debe dañar o, al menos, crear un peligro para algún bien jurídico (art. 19 CN). La frase “sin crear

un peligro común” del texto legal puede ser interpretada como equivalente a requerir la producción de un peligro individual, es decir, no común (Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social*, comentario al caso “Schifrin” de la CSJN, disponible online Abeledo Perrot n° 20023593). Es indispensable que exista una ofensa a los derechos de terceros vinculada a la seguridad del tránsito y los medios de transporte. Ello es así por mandato constitucional, dado que aquellas conductas que no crean peligros de ninguna clase no pueden constituir delitos (art. 19 CN).

Sobre este punto, además, debe tenerse en cuenta que las molestias y desórdenes de todo tipo que generan los manifestantes, con incidencia en el ejercicio de otros derechos de terceros, no son los peligros identificados en este Capítulo del Código Penal. Asimismo, las lesiones sufridas por algunos gendarmes que ocurrieron después, durante la dispersión de la protesta, no integraron el objeto procesal de la causa, que fue circunscripto por el titular de la acción penal pública al entorpecimiento del tránsito vehicular. El sistema se rige por la máxima de que no toda puesta en peligro de un bien jurídico puede ser delito, sino sólo los previstos en la ley nacional (arts. 18 y 75, inc. 12, CN).

Las molestias o violaciones de otros derechos (como la circulación del tránsito automotor) siempre han sido materia de la legislación contravencional y muchas de ellas se resuelven con el ejercicio de la coacción administrativa directa. En cualquier caso, se mantienen dentro de los atributos del poder punitivo local no delegado a la Nación (arts. 5, 121, 126 y cc., CN).

En el caso de autos, las autoridades nacionales o provinciales se encontraban facultadas para ejercer la coacción administrativa directa, léase, para desalojar la ruta, aunque sea parcialmente, para compatibilizar los derechos en juego, lo cual en definitiva fue lo que ocurrió. Tanto es así que existe el



*Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal*

Protocolo de Actuación de las Fuerzas de Seguridad del Estado en Manifestaciones Públicas elaborado por el Ministerio de Seguridad de la Nación del 17 de febrero de 2016, que en su capítulo II establece que “si los manifestantes no cumplieren con la orden recibida, se les solicitará que depongan el corte [...] y se procederá a intervenir y disolver la manifestación”. Deberá discutirse en cada caso concreto si la ejecución del procedimiento afectó la libertad de expresión de los manifestantes, porque el Estado debe ser neutral ante ellas, pero en lo que aquí interesa, queda clara la atribución del poder ejecutivo (en este caso Nacional) de ejercer la coacción administrativa, y ello comprende también los casos que no constituyen delitos. Este Protocolo fue precedido por uno llamado Criterios Mínimos para el Desarrollo de Protocolos de Actuación de los Cuerpos Policiales y Fuerzas de Seguridad Federales en Manifestaciones Públicas (Res. 210 del 4 de mayo de 2011), elaborado por el Consejo de Seguridad Interior de su época, y que fue aplicado en el caso por el personal de Gendarmería Nacional. Si bien no disponía expresamente la disolución de las manifestaciones por parte de las fuerzas de seguridad, ello se encontraba implícito en su texto.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

Ahora bien, véase la mirada desde el derecho de jerarquía constitucional. Es que como se trata de conductas expresivas, después del análisis de la tipicidad (que aquí no se ha cumplido), aparece el asunto de la libertad de expresión y el conglomerado de derechos que la componen.

En su informe anual del 2005, en el capítulo titulado “Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión”, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos subrayó que “la participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades”. Explicó que ésta, como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho¹. De este modo, la Comisión Interamericana ha manifestado que “los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del ‘orden público’, como medio para suprimir un ‘derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real’. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”².

Como consecuencia de ello, la Relatoría expresó que, “dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros. No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”. Respecto de la habilitación de poder punitivo para limitar este derecho, explicó que “se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar si dicha limitación (la

¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2005, Cap. V, Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión, párr. 91.

² CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.88, Doc. 9 rev.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática”. Aclaró que “es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos”³.

En el caso bajo estudio, el castigo penal posterior por hechos que habían cesado, no supera los estándares mencionados. No sólo existen medios menos lesivos para tratar con el conflicto entre derechos, como la coacción directa administrativa, sino que el castigo de la protesta social es una práctica que va en sentido opuesto al normal y saludable funcionamiento de una sociedad democrática. Como lo demuestra la Relatoría, “la penalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina”.

Como se señaló más arriba, debe tenerse en cuenta que el derecho a la libertad de expresión (arts. 14, 32 y 43 CN, art. 13 CADH) se distingue por proteger acciones que normalmente ofenden derechos de terceros. Es un derecho eminentemente perturbador, que se da de bruce 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

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2005, Cap. V, Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión, párr. 96.

sentido que lo hiciese (art. 19 C.N.), y mucho menos que nos anunciaran que tenemos derecho a la libertad de expresión. No tendría sentido que la Constitución nos diera una libertad de expresión inocua, inofensiva, si antes nos asegura el derecho de hacer cualquier cosa mientras no dañemos o pongamos en peligro los derechos de los demás. Por ello, es evidente 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.

En el Informe Anual del 2002, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana 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 aún 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”⁴.

Por su parte, Gargarella entiende que “al momento de hacer un balance acerca de qué peso asignarle a cada derecho, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática. Esto es, en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta como cualquier otro derecho afectado, sino que -mucho más- requiere una atención privilegiada: el

⁴ Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de expresión y Pobreza–, párr. 34.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”⁵.

Una de las consecuencias de la restricción a la libertad de expresión, la represión o criminalización del conflicto social puede ser la de vaciar de contenido ese derecho, 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 republicana⁶.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en atribuir mayor protección a aquellas manifestaciones realizadas en los lugares tradicionalmente utilizados por los pueblos para manifestarse: así las plazas y las calles son, por antonomasia, los lugares donde estas expresiones tienen lugar. En el precedente “Hague v. C.I.O” (307 U.S. 496, 1939) de la Corte Suprema de Estados Unidos, el juez Roberts dijo: “Donde sea que estén los nombres de las calles y parques, inmemorablemente ellos han sido confiados al uso público y para efectuar asambleas, comunicar ideas entre los ciudadanos y discutir cuestiones públicas. Este uso de las calles y lugares públicos ha sido, desde antaño, una parte de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de los ciudadanos”. Esto es lo que se conoce actualmente con el nombre de “doctrina del foro público”, que tuvo desarrollo en la jurisprudencia de aquel tribunal, la cual se opone a las corrientes que pretenden restringir los lugares en los cuales es considerado lícito manifestarse.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

⁵ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-hoc, Bs. Aires, 2007, p. 26.

⁶ Ferreyra, Raúl Gustavo, *La Constitución Vulnerable*, Hammurabi, Bs. As., 2002, p.46.

Lo ideal para la postura que predica el “orden estricto” es la creación de un “protestódromo”, donde los ciudadanos podrían ir a ejercer su derecho, sin molestar a nadie y sin ser molestados por las autoridades. El déficit que conlleva esta idea es evidente: se diluye el valor del derecho a peticionar, reclamar, interpelar, exigir y expresar las ideas (y a recibir las ideas de otros).

Si la expresión en su faceta de reclamo e interpelación a las autoridades sólo va a ser lícita cuando se realice de una manera determinada prevista por la misma autoridad y sin molestar a nadie, ya no se trataría de esa libertad sino de otra cosa sin sentido. Recuérdese que en una democracia son las autoridades las que deben dar explicaciones a los habitantes, y no al revés. James Madison dijo: “Si nosotros advertimos la naturaleza del gobierno republicano, encontraremos que el poder de censura está en la gente sobre el gobierno, y no en el gobierno sobre la gente” (4 *Annals of Congress*, p. 934 (1794), citado en conocido caso de la Suprema Corte de EE.UU. “New York vs. Sullivan”, (376 U.S. 255, de 1964).

No pretendo trasladar aquí las doctrinas de otros lares de forma automática, pero sí tener en cuenta la utilidad de sus enseñanzas. Cada país tiene su cultura y composición social, y en cada caso concreto deberán sopesarse esas circunstancias de tiempo modo y lugar. No son idénticas las historias de los cortes de ruta en los Estados Unidos de América que en la Argentina.

La doctrina del foro público sufrió marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense. Más recientemente, en 1983, en el caso “Perry Educational Association v. Perry Local Educators Association” (460 U.S. 37 (1983), la Corte aplicó un análisis comprensivo del discurso emitido en propiedad estatal, distinguiendo tres tipos de foros: públicos



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

tradicionales; foros públicos “designados” o abiertos para ello -de modo que luego pueden ser cerrados y convertidos en no públicos- y foros no públicos.

La idea de permitir a los estados imponer restricciones de espacio, tiempo y modo de las actividades expresivas, es que ellas deben ser neutrales en cuanto al contenido, es decir, regular la forma de expresión y no el contenido de su mensaje. Por ende, incluso los foros públicos tradicionales pueden estar sujetos a límites de tiempo, lugar y modo, siempre que la regulación:

- a) sea de contenido neutral (que no se ataque el contenido de la “actividad expresiva”, sino su forma),
- b) que promueva un interés de gobierno sustancial,
- c) que permita a quienes pretendan expresarse, adecuarse a medios alternativos de comunicación.

Esta distinción puede ser útil si se la piensa a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones de derechos. Al respecto, en el caso “Claude Reyes y otros” la Corte recordó los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia: “en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse ‘por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’”⁷.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

⁷ Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 89.

“En segundo lugar -dijo- la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el art. 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones 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 moral públicas’”⁸.

Finalmente, indicó que “las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”⁹.

Una sociedad democrática reconoce a las protestas como uno de sus principales motores para el bienestar común. Sin reclamos de esta naturaleza la sociedad dependería de la buena voluntad de sus autoridades para la realización de sus derechos. La tolerancia es el precio que esa sociedad deberá pagar si pretende gozar de derechos elementales.

Es inevitable recordar que en el país se realizan numerosas manifestaciones en las vías públicas que no reciben el mismo trato que el de autos (festejos deportivos, procesiones religiosas, “cacerolazos”, conciertos, cortes de calles y rutas por los sectores patronales, maratones, cortes de compañías prestadoras de servicios sin autorización previa alguna, cortes de grupos gremiales o políticos más poderosos que los de esta causa que, por su poder, son llamados a negociar con las autoridades inmediatamente, etc.).

⁸ Ídem, párr. 90.

⁹ Ídem, párr. 93.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Al respecto, la Relatoría explicó que las restricciones a la libertad de expresión no deben depender “del contenido de lo que se vaya a expresar a través de la manifestación”¹⁰.

Mas no interesa aquí hacer una lista de fallos a favor o en contra de una determinada posición, sino poner de manifiesto la influencia del contenido de la protesta y de quiénes protestan, para decidir de uno u otro modo. Eso es justamente en lo que no puede discriminar la autoridad estatal, pues debe ser neutral en cuanto al contenido de la protesta porque ese el núcleo de la libertad de expresión, cuyo ejercicio el Estado debe garantizar. 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. Lousiana” (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, y gran cantidad de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, informes de la Comisión Interamericana y de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión.

En el caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, la Corte Interamericana sostuvo que “el ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es

¹⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2005, Cap. V, Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión, párr. 94.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que lo coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentran en tal situación...”¹¹. Las manifestaciones en la vía pública llamadas comúnmente “piquetes” muchas veces son el único recurso de los miembros más postergados o desventajados de la sociedad para reclamar por sus derechos o por lo que cree son sus derechos. Su libertad expresión se encuentra sumamente limitada por razones de hecho. A diferencia de los sectores incluidos, no cuentan con medios masivos de comunicación para hacer oír su voz ni comunicadores que aboguen por su causa, no poseen riquezas para comprar voluntades, no tienen capacidad de influir de ningún modo en quienes deben garantizar su bienestar y sus formas de manifestarse no suelen ser de “buen gusto”. Al respecto, Gargarella nos dice: “mi intuición es que en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hechos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio público; que otros acampen en la plaza municipal; que otros se decidan a comer animales domésticos; que otros más bloqueen una Ruta Nacional; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que,

¹¹ Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 107.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública. Y en este punto, según entiendo, es que los funcionarios públicos deben saber asignarle a prácticas como las citadas la gravedad que ellas tienen: es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público”.

Sobre este punto, 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”.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL

Algunos autores recurren al tradicional estado de necesidad (art. 34, inc. 3° CP), especialmente en casos como éste en que los que se

manifiestan entorpeciendo a los demás han agotado todos los demás medios para defender su fuente de trabajo -el sustento de su familia- y 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: 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*. Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2000).

Agrego que si se considerara que los imputados se excedieron en ese ejercicio, ello nos llevaría al mismo resultado, porque más allá de las discusiones dogmáticas sobre la naturaleza de la disposición del art. 35 CP (Donna, Edgardo A., *El exceso en las causas de justificación*, Astrea, Buenos Aires, 1985), lo cierto es que la ley penal reconduce a una hipotética figura culposa para castigar el hecho típico cometido en exceso del ejercicio de un derecho y, como no existe el delito del art. 194 de manera imprudente o negligente, la conclusión debe ser también la de la liberación de toda imputación.

Por último, en estos casos siempre queda sin desarrollar una cuestión medular, por falta de medidas de prueba al respecto, consistente en el



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

serio asunto de la posible falta de culpabilidad en las conductas reprochadas, ya por un error de prohibición culturalmente condicionado, ya por otras causales de exclusión de ese elemento de la teoría del delito. El asunto fue tratado por el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema, Dr. Eduardo Casal, en el caso "Schifrin" (Corte Suprema, causa S. 2682 -XXXVIII- "Schifrin, Marina", dictaminada por él el 10 de noviembre de 2003, y que la Corte no resolvió por devolución de la causa a la instancia anterior para que tratara la extinción de la acción penal por prescripción), al cual me remito por razones de brevedad.

En definitiva, el caso de autos se refiere a una protesta de contenido social que no puso en peligro el bien jurídico cuya ofensa reclama el art. 194 CP que es por el único hecho por el que fueron acusados y que, además, puede inscribirse dentro de los estándares internacionales de jerarquía constitucional del ejercicio del derecho a la libertad de expresión; las violencias ejercidas se subsumen en otros tipos penales sobre los que no ha tratado el caso; y los hechos no versaron en un caso de un piquete como medio para cometer otros delitos, por ejemplo, extorsiones a autoridades o a particulares, etc. que serían perfectamente punibles.

Desde el punto de vista de nuestro deber de controlar la legalidad de los procesos (art. 120 CN), y basado en esta otra línea argumental, considero que se presentan razones suficientes para hacer lugar al recurso de la defensa.

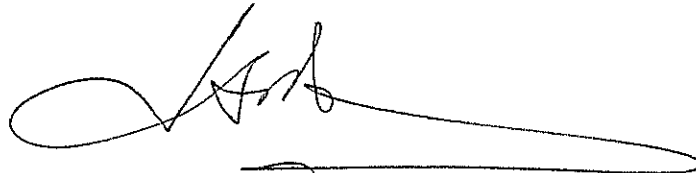
JAVIER AUGUSTO DE LUCCI
FISCAL GENERAL

IV-

Por todo lo expuesto, considero que deben tratarse todos los puntos mencionados y hacer lugar al recurso de la defensa.

Fiscalía N° 4, 23 de septiembre de 2019.

NE

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'J' followed by 'A. de Luca' and a long horizontal flourish extending to the right.

JAVIER AUGUSTO DE LUCA
FISCAL GENERAL