



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

*DICTAMEN N° 10.409  
Causa n° FCR 42000308/2013/CFC1,  
Sala 3, Fiscalnet 19841/2013,  
“IDIARTE, Víctor Sebastián y  
BATAGLIOTTI, Pablo Antonio s/  
entorpecimiento de servicios públicos”*

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 42000308/2013/CFC1, Fiscalnet 19841/2013, del registro de la Sala 3, caratulada “IDIARTE, Víctor Sebastián y BATAGLIOTTI, Pablo Antonio s/ entorpecimiento de servicios públicos”, me presento y digo:

Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa oficial que asiste a Víctor Rubén Idiarte y Pablo Antonio Batagliotti contra la sentencia del Juzgado Federal de Caleta Olivia por la que el 10 de noviembre de 2015 los condenó a 3 meses de prisión de cumplimiento en suspenso y 3 meses de prisión de cumplimiento efectivo, respectivamente, por considerarlos autores del delito de interrupción de transporte terrestre (arts. 45 y 194 del CP).

**1.- Antecedentes de la causa.**

La sentencia tuvo por probado que el 9 de junio de 2010 en la entrada norte de la ciudad de Caleta Olivia, provincia de Santa Cruz a partir de las 11 horas y hasta las 23.40 hs., aproximadamente, se produjo la interrupción vehicular en la Ruta Nacional N° 3, frente a la empresa “Termap”. Se consideró que el impedimento fue llevado a cabo por un grupo autodenominado “desocupados de la empresa Oxy”, quienes para concretarlo quemaron neumáticos sobre la cinta asfáltica y banquetas, con el rostro cubierto, y que ejercieron violencia a fin de impedir y entorpecer la circulación de automóviles. Tuvo por acreditada la participación de Idiarte y Batagliotti en él. El hecho fue calificado como constitutivo del delito previsto en el art. 194 del C.P.

De acuerdo al Juzgado, el bien jurídico protegido por este artículo es el desenvolvimiento de la circulación del transporte por las vías públicas. Sostuvo que *“el tránsito se obstaculizó totalmente por parte de la turba, por lo que la circulación tanto de automóviles particulares, como de carga, como de pasajeros quedó paralizada por el corte en el acceso norte, siendo ese acceso la única vía transitable segura con la que contábamos y aún contamos los residentes de esta ciudad para el egreso e ingreso”*.

Agregó que *“el accionar del grupo dentro de los cuales se encontraban [los imputados] provocó graves inconvenientes en el devenir de esta ciudad, al dejarla totalmente aislada con el norte del país, pues fue obstaculizada la única conexión existente y se puso en juego la salud de la población ya que en virtud a las largas colas de automóviles generadas por el piquete se vio afectada la salida de ambulancias del hospital zonal que se encuentra a más de tres kilómetros de la entrada norte de la localidad donde se produjo el corte”*.

Seguidamente, el Juzgado se refirió a los derechos constitucionales en juego: el derecho a transitar libremente y el derecho de petición -que incluye la libertad de expresión- y de reunión. En este sentido manifestó que *“el derecho a peticionar a las autoridades no puede ser enarbolado válidamente en este caso, pues el lugar donde fue llevado a cabo, al ingreso del poblado, alejado del centro cívico, no es lugar donde ellas prestan sus funciones normal ni habitualmente en esta ciudad, sumado a que el corte fue general impidiendo totalmente la circulación vehicular”*.

Contra este pronunciamiento interpuso recurso de casación la defensa oficial que asiste a los imputados. Sus agravios estuvieron dirigidos a criticar la arbitrariedad en la valoración de la prueba relativa a la participación de Idiarte y Battagliotti en el hecho. Por otro lado, sostuvo que habían actuado en error de prohibición, dado que los reiterados cortes producidos en la zona podrían haberlos inducido a error respecto de la valoración negativa de esa conducta.

## **2.- La atipicidad de la conducta.**

Independientemente de las alegadas deficiencias en la valoración de la prueba, considero que la sentencia puesta en crisis contiene una arbitraria interpretación de normas legales (art. 194 del CP) y de jerarquía constitucional (art. 14 CN, art. 13 de la CADHH, art. 19 del PIDCP y art. 19 de la



DUDH), que la descalifican como acto jurisdiccional válido. Para desandar el razonamiento del Juzgado, comenzaré por analizar el tipo penal del art. 194 del C.P. para luego abordar su relación con el derecho a la libertad de expresión y aplicación al caso bajo estudio.

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*”, disponible online Abeledo Perrot n° 20023593), pero ofensa a los derechos de terceros, debe existir. Ello es así por mandato constitucional, dado que aquellas conductas que no crean peligros de ninguna clase no pueden constituir delitos.

Por esa misma razón, quienes entienden que esa frase se refiere a la ausencia de peligros deberían concluir en su inconstitucionalidad, lo cual tampoco es de buena hermenéutica constitucional ya que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y deben agotarse las vías interpretativas para armonizar el texto legal con el constitucional, como aquí se intentará.

Sobre este punto no está de más decir que, además, las meras molestias -aún las de cierta magnitud- no son peligros a los fines de este Capítulo del Código Penal, que sólo habilita castigos a conductas que efectivamente pongan en peligro bienes jurídicos. El sistema se completa con la exigencia de que además, 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 deben resolver con el ejercicio de la coacción administrativa directa. Puede verse con claridad que la mayoría de las demoras en el tránsito no ponen en peligro la seguridad de los medios de transporte. Hacer que las personas lleguemos tarde a un lugar no es una conducta que se encuentre prohibida en el Código Penal por sí misma (si lo es si en el contexto forma parte de otro delito, como una privación ilegal de la libertad, un abuso de autoridad, una extorsión, etc.), sino que se mantiene dentro de los atributos del poder punitivo local no delegado a la Nación (arts. 5, 121, 126 y cc. de la CN).

En el caso de autos, se puede ver que la afectación de una vía de circulación nacional no pasó de ser un hecho de naturaleza contravencional y 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. Tanto es así que en estos días existe un nuevo 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. En su capítulo II el Protocolo 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”*. Puede discutirse el contenido, esto es, si en algún aspecto este procedimiento afecta la libertad de expresión de los manifestantes, 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, que está sometido a consultas y pendiente de publicación, 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 durante el gobierno anterior, a los cuales podían adherir las provincias. Si bien no disponía expresamente la disolución de las manifestaciones por parte de las fuerzas de seguridad, ello se encontraba implícito en su texto.



La cuestión de la coacción directa administrativa ha sido poco trabajada por la doctrina y la jurisprudencia. Cuando un automóvil está mal estacionado, las normas locales prescriben que el conductor o su propietario serán sancionados, por ejemplo, con una multa. Pero esta consecuencia jurídica tiene una naturaleza distinta que la de la remoción del vehículo mal estacionado. La coacción administrativa directa se emplea frente a un peligro por inminencia de un daño o lesión o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso. 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 cuestión 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. 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.

En la decisión recurrida se afirma que la conducta imputada a Idiarte y Batgliotti *“produjo la interrupción del tránsito vehicular”, “obstaculizó totalmente [el tránsito]”, “impidió el acceso norte a la ciudad de Caleta Olivia”,* que fue *“obstaculizada la única conexión existente”* y que *“se puso en juego la salud de la población ya que en virtud de las colas de automóviles generadas por el piquete se vio afectada la salida de ambulancias del hospital zonal”*. Sin embargo, no hay referencias a la gravedad de esas afectaron a derechos.

Las tres primeras descripciones no pueden ser consideradas abarcadas por el tipo penal del art. 194 del CP por las razones apuntadas más arriba. Ninguna de ellas creó un peligro individual, porque el tránsito estaba totalmente detenido y la autoridad resguardaba la situación. Aunque pueda resultar reprochable o antisocial, sólo se describe la interrupción del tránsito en una ruta.

Ahora bien, el impedir que una ambulancia llegue o salga de un hospital sí puede producir el peligro requerido por el tipo, pero cuando ello pone en riesgo más o menos cierto la salud de los pacientes. En la sentencia en cambio, sólo surge la mención de la denuncia realizada por el Dr. Gerardo Romani, Director Médico Asociado del HZCO, quien manifestara que alrededor

de las 20:00 hs., “*quedó imposibilitado el paso de salida de emergencia de las ambulancias del Hospital Zonal de la ciudad*” y que por esa razón había realizado la denuncia, ya que temía que surgiera algún requerimiento en el cual algún particular tuviera riesgo de vida y no pudieran asistirlo rápidamente. Agregó que, en caso de activarse el servicio de emergencia del hospital, debido al gran caos vehicular, la ambulancia se vería imposibilitada de asistir en algunas viviendas. Pero no existe dato alguno acerca de si efectivamente alguna ambulancia se vio imposibilitada de asistir a algún paciente. No sabemos si el vehículo llevaba o iba a atender a alguna persona. La denuncia del Dr. Romani sólo refiere un peligro hipotético que nunca llegó a manifestarse y que además, la autoridad pública no intentó conjurar. Si una ambulancia hubiese necesitado transitar por allí para atender una emergencia, la coacción administrativa directa hubiese sido un medio legítimo para posibilitarlo.

En la descripción de la sentencia no se determina la naturaleza del corte. Como se dijo, allí se afirma que se “*impidió el acceso norte a la ciudad*” y que se vio “*obstaculizada la única conexión existente*”. Sin embargo, en otro pasaje de la sentencia se lee que la circulación de automóviles “*quedó paralizada por el corte en el acceso norte, siendo ese acceso la única vía transitable segura con la que contábamos y aún contamos los residentes*”. De esta afirmación es dable inferir que existía una vía alternativa, la cual sería “insegura” pero no se explica en qué consistía esa inseguridad. Tampoco se dice nada sobre la actuación de la gendarmería que, aparentemente, mantuvo una actitud pasiva y expectante frente al corte de una ruta nacional por un puñado de personas durante 12 horas. Aparentemente, nadie le ordenó o asumió la responsabilidad de liberar la ruta, aunque sea parcialmente (para que se reanude la circulación y, al mismo tiempo, los manifestantes puedan seguir manifestándose). No se explica qué significa que el camino sea “inseguro”; si es de tierra en mal estado, si es porque está junto a un barranco, si es porque sólo tiene un carril, si falta iluminación, etc. Entiendo que debía haberse explicado en qué consistía esa “inseguridad” para poder evaluar si efectivamente era intransitable. Sin este dato, sólo se puede afirmar la existencia de una vía alternativa. Pero, en cualquier caso, ello no demuestra la inseguridad (la puesta en peligro para la seguridad) del corte de la Ruta 3 en sí mismo.



En este punto es necesario destacar que los manifestantes eran un grupo desorganizado de pocas personas, desarmados, algunos con fuerte aliento etílico, que quemaron cubiertas, y que según se intuye de la descripción de distintas piezas del expediente, aparece como de gente muy necesitada, de bajos recursos y que reclamaban por unas becas de pocos pesos a la autoridad municipal local. Frente a ello, el personal de la Gendarmería, armado, pertrechado, etc..

De lo dicho hasta aquí es posible concluir que la conducta reprochada a Idiarte y Batagliotti es atípica, es decir que no constituye delito.

### **3. La antijuridicidad. ¿Libertad de expresión?**

Ahora bien, existe otro asunto.

Aún en el supuesto de que la conducta fuera típica, el ejercicio constitucional de un derecho impediría considerarla antijurídica. La consecuencia sería la misma: la conducta no sería delito. El caso reclama un examen desde el punto de vista del ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º, CP), el de la libertad de expresión, petición, reclamo a las autoridades, asociación para esos fines, etc. Este examen tiene su relevancia porque de haber existido el legítimo ejercicio de un derecho, los hechos tampoco podrían constituir una contravención o falta. Y si está bien ejercido, tampoco podría ser censurada (arts. 14 de la CN y 13 de la CADH). Veamos.

El derecho a la libertad de expresión (arts. 14, 32 y 43 CN, art. 13 CADH) se distingue por proteger acciones que normalmente afectan a 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 sentido que lo hiciese (art. 19 C.N.), y mucho menos que nos anunciaran nuestro derecho a la libertad de expresión. No tendría sentido que la Constitución nos diera una libertad de expresión inocua, inofensiva, si antes nos da el derecho de hacer cualquier cosa mientras no dañemos o pongamos en peligro los derechos de los demás. 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.

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 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”* (ver, Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de expresión y Pobreza–, párr. 34.).

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 socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”* (Gargarella, Roberto, El derecho a la protesta. El primer derecho, Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p. 26).

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 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”* (Ferreya, Raúl Gustavo *“La Constitución Vulnerable”*, Ed. Hammurabi, 2002, p.46).

En el ámbito jurídico internacional tampoco se considera correcta la afirmación según la cual los manifestantes no podrían hacer valer su derecho a peticionar a las autoridades por el hecho de haber realizado el corte en un lugar que no es donde ellas prestan funciones habitualmente. Además de que





esta restricción no surge de ninguna norma (y ningún derecho puede ser restringido por la autoridad sin norma en que se base dicha restricción), por el contrario, 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. 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). De ello se deduce que la ubicación considerada adecuada por la sentencia para llevar a cabo la protesta no es un estándar válido para determinar la licitud de la conducta. Si la expresión sólo va a ser lícita cuando se realice de una manera determinada prevista por la autoridad, ya no se tiene libertad de expresión, sino otra cosa sin sentido.

Y tampoco es un criterio válido (que se desliza en algunos pasajes de la causa, declaraciones periodísticas de autoridades municipales), el sostener algo así como que la gente común ya no apoya, avala o soporta más este tipo de manifestaciones o protestas (que “la sociedad les dio la espalda”, pág. 41), porque ello ha sido refutado por la doctrina del “orador parado en la esquina de la calle”, por la cual la autoridad debería proteger al orador (para que siga expresándose) y no censurarlo por temor a los disturbios o daños que los oyentes

podrían ocasionarle al mismo orador (Fiss, Owen. *La Ironía de la Libertad de Expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, pags. 30/31). Es que el estado nunca será neutral porque se protesta contra él. Y tampoco será neutral si interviene o si no lo hace. Por eso lo que se busca es neutralidad de base, que el estado no favorezca o acalle a una parte porque coincide o disiente con su posición.

Esta doctrina sufrió marchas y contramarchas en la jurisprudencia de la Corte Suprema 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 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’*” (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’<sup>1</sup>.*

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<sup>2</sup>”*.

A la luz de esta jurisprudencia, a contrario de lo afirmado en la sentencia, entiendo que los imputados por lo menos comenzaron su manifestación en la vía pública ejerciendo su derecho a expresarse y que, a lo sumo, se excedieron en su ejercicio. Se trató de un foro público tradicional, donde las expresiones gozan de una protección especial y donde no es lícito restringir totalmente esta forma de expresión por el sólo hecho de que no se desarrollaba en el ámbito donde se desempeñan las autoridades locales, o se lo hacía de una manera desprolija o carente de molestias a los demás.

Digo que los manifestantes comenzaron ejerciendo su derecho a expresarse porque es posible considerar que incurrieron en excesos. Uno de los parámetros tomados en cuenta para distinguir protestas amparadas por el derecho a la libertad de expresión es su duración. Otro la ausencia de daños o agresiones a terceros. Otro el dejar libres vías alternativas de comunicación (es decir, los destinatarios de las expresiones no deben quedar cautivos de ellas). Todo ello debe ser valorado en conjunto con las demás circunstancias del caso. En éste no existen referencias claras al motivo del conflicto, el cual parece haber sido generado por el cobro de unas becas de estudio. El corte de la principal vía de acceso a la ciudad por un puñado de personas que reclamaba el cobro anticipado de una beca durante 12 horas podría haber sido considerado excesivo, pero faltan referencias claras de contexto para poder afirmarlo.

---

<sup>1</sup> Ídem, párr. 90.

<sup>2</sup> Ídem, párr. 93.

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.). El hecho de que sólo los cortes de rutas realizados por los miembros marginados de la sociedad sean los únicos destinatarios de este tipo de declaraciones de ilegalidad hace sospechar que en realidad se pretende criminalizarlos en razón de su contenido o por la calidad personal de sus integrantes o por resultar molestos para la autoridad. Esto, como vimos, se encuentra vedado. Lo resuelto por el Juzgado equivale a afirmar que quienes deseen festejar una victoria deportiva deberían abstenerse de hacerlo junto al obelisco o el monumento a la bandera, etc., porque no es allí donde se desarrolla normalmente aquella actividad. O que quienes deseen participar del *Via Crucis*, deberían hacerlo frente a las puertas de la iglesia.

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 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...”* (Corte IDH,



caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 107). 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, 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”.*

Frente a estas dificultades resulta no acorde a la realidad o una visión falta de empatía el plantear que los manifestantes tenían “vías institucionales” u “otras vías” para hacer llegar sus reclamos a las autoridades. Basta con ver la actitud de éstas frente a la manifestación en los artículos periodísticos de la época agregados a la causa para ver que no era así: “*Quedó claro que la sociedad les dio la espalda*”, dijo el intendente (ver “Hubo desalojo en la ruta 3” en La Prensa de Santa Cruz, 11/06/2010, página 2). Es muy probable que quienes transitaban por la ruta o los vecinos se encuentren fastidiados, cansados y enojados, pero el sistema penal puede hacer muy poco en estos casos y no resuelve el conflicto que originó el corte, que es de naturaleza no penal. Y las autoridades públicas no pueden asumir la misma actitud que los vecinos, sino comportarse de un modo proactivo para intentar resolver sus causas. Su misión es garantizar derechos, entre ellos, el de la libertad de expresión (que encierra el de petición, protesta, opinión, información, reclamos a la misma autoridad, etc.), que es fundamental para la vida en democracia. Pues si se muestra refractaria a ellos, si no contiene a los peticionantes, la autoridad misma se vuelve en una nueva causa de protesta y desorden. Eventualmente, como se dijo, la autoridad cuenta con la coacción administrativa directa, tanto cuando se afectan bienes jurídicos como la vida y la integridad física de las personas o cuando la protesta es utilizada para cometer otros delitos, como cuando la forma elegida para expresarse excede completamente los estándares constitucionales en una sociedad democrática.

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 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*. Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2000).

Pero como adelanté, creo que es más adecuada la situación desde el ejercicio de un derecho, el de la libertad de expresión con todos sus estándares, por cuya aplicación puede concluirse que si se considerase que la conducta imputada a Idiarte y Batagliotti era típica del art. 194 CP, en realidad comenzó desarrollándose en el ejercicio de un derecho, aunque se excedieron en él.

#### **4. Culpabilidad.**

El exceso nos llevaría al mismo resultado. Más allá de las discusiones dogmáticas sobre la naturaleza de la disposición del art. 35 CP, lo cierto es que la ley 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 culposa, la conclusión debe ser también la de la absolución.

Pero hay más. Si, con fines meramente argumentativos, supusiéramos que en realidad se trató de una conducta típica y antijurídica, restaría verificar si ella era culpable. Este nivel de análisis también fue omitido por el juzgador que se quedó en los aspectos meramente objetivos de los hechos. Sólo se respondió al planteo defensorista relativo al error de prohibición.

De la lectura del expediente surgen elementos que generan serias dudas respecto del estado mental de algunos de los manifestantes. En este sentido, en informe de la Comisaría Cuarta de Caleta Olivia del 9 de junio de 2015 se lee que se había logrado individualizar a Battagliotti y que éste y otro manifestante se hallaban con “aliento etílico” (fs. 23/vta.). Sin embargo, en la causa no se observa la realización de medidas tendientes a determinar si los imputados actuaron con sus facultades mentales temporalmente alteradas. La agresión hacia una periodista de la que da cuenta otra nota parece compatible con ello. De haberse tratado de una embriaguez suficiente, podría haber determinado que carecían de capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de su conducta (inimputabilidad) o la de dirigir sus acciones (art. 34 CP).

En la sentencia tampoco se advierte un análisis tendiente a descartar un estado de necesidad exculpante. En esta clase de reclamos no es posible descartar *a priori* que las personas actuaran al ver afectada medio de vida o el sustento de su familia. De la sentencia no surge claramente qué reclamaba ese grupo ni de qué manera se resolvió (o no) el conflicto. Estos datos eran relevantes para conocer si actuaron con un ámbito de autodeterminación constreñido por alguna razón. Y así lo trató nuestro Procurador Fiscal ante la Corte Suprema en el caso “Schifrin” (Corte Suprema, causa S. 2682 -XXXVIII- “Schifrin, Marina”, dictaminada por el procurador fiscal el 10 de noviembre de 2003, y suspendido su trámite por la Corte el 29 de noviembre de 2005 a los fines de tramitar la posible prescripción de la acción penal, sin resolución sobre el fondo del caso).

Por último debo señalar que no está del todo claro cuál es la “violencia” a la cual hace referencia la sentencia. Es posible que se refiera a los hechos descritos por la testigo Burela, periodista, a quien le arrojaron objetos contundentes cuando intentaba documentar lo que estaba sucediendo. Esta clase de hechos sin duda no cuentan con protección constitucional, y por eso venimos hablando de exceso en el ejercicio de la libertad de expresión. Pero eso no conduce a la condena, porque esta conducta no se encuentra abarcada por el tipo penal del art. 194 del C.P que castiga delitos contra la seguridad en los medios de transporte. *A priori* pareciera constituir una tentativa de lesiones (art. 89 del C.P.) o amenazas (art. 149 bis CP). Y los imputados no fueron acusados por ello, de modo que no hay mucho más para decir al respecto en esta instancia.





El caso de autos se refiere a una protesta de contenido social que podría inscribirse dentro del ejercicio de un derecho constitucional y que no ha puesto en peligro el bien jurídico protegido por o que reclama ofensa por el art. 194 CP que es por el hecho por el que fueron acusados; la supuesta (no se produjo más prueba sobre este asunto) violencia ejercida se subsumiría en otros tipos penales sobre los que no ha tratado el caso; no se trató de un piquete como medio para cometer otros delitos, por ejemplo, extorsiones a autoridades o a particulares, etc. que serían perfectamente punibles.

Es evidente que el caso de autos no pudo ser criminalizado por no encuadrar en ninguna figura legal penal y, como es nuestro deber controlar la legalidad de los procesos (art. 120 CN), dictamino en un sentido favorable a la defensa.

#### **5. Petitorio**

Por todo lo manifestado, solicito que se haga lugar al recurso interpuesto por la defensa de Víctor Sebastián Idiarte y Pablo Antonio Batagliotti y se revoque la sentencia recurrida.

Fiscalía N° 4, 7 de marzo de 2016.

RN