

V Jornadas de Teoría del Estado. Cátedra de Teoría del Estado a cargo de la Dra. Beatriz Rajland. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.

«Represión de la protesta social: del art. 194 del Código Penal al “Protocolo antipiquete”».

Gueler, Jonathan Matías.

Cita:

Gueler, Jonathan Matías (2016). «*Represión de la protesta social: del art. 194 del Código Penal al “Protocolo antipiquete”*». V *Jornadas de Teoría del Estado. Cátedra de Teoría del Estado a cargo de la Dra. Beatriz Rajland. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/v.jornadas.de.teoria.del.estado/21>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/ehFp/Urv>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

«Represión de la protesta social: del art. 194 del Código Penal al “Protocolo antipiquete”»

Autor: Jonathan Matías GUELER

Correo electrónico: gueler@gmail.com

Eje temático: Movimientos sociales y criminalización de la protesta

Introducción

Este trabajo se inicia en momentos en los cuales la represión de la protesta social ocupa nuevamente un lugar central en la agenda política y mediática.

Nociones como la de “espacio público” y el “derecho a la libre circulación” pasaron a ser, según el discurso oficial, los ordenadores del conflicto social en momentos en los cuales, justamente, este pareciera agudizarse.

Este conflicto tiene asimismo un reflejo en la normativa y en la jurisprudencia. Debido a su amplitud, me limitaré a trabajar en base a los antecedentes y modificaciones del art. 194 del Código Penal de la Nación, así como también del “Protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad del Estado en manifestaciones públicas”, de reciente aprobación y una poco clara implementación.

Con respecto al primer punto, se abordará el antecedente de 1921 y su modificación del Código Penal que tuvo lugar durante la autoproclamada “Revolución Argentina”. Se plantea, asimismo, la discusión sobre el bien jurídico supuestamente protegido por este tipo penal.

En relación al texto del Protocolo aprobado en febrero de 2016, se realiza un análisis de la concepción de Derechos Humanos a la cual remite el documento a partir de las afirmaciones vertidas en sus considerandos, así como también en su propio articulado.

Siendo el título propuesto para este eje “Movimientos sociales y criminalización de la protesta”, se hace una reseña del proceso de implementación de este protocolo, que fue coincidente en tiempo con una de las primeras movilizaciones de peso realizadas contra el gobierno de Mauricio Macri a raíz de los despidos de trabajadores del Estado.

Finalmente, se propone una conclusión a partir de los ejes desarrollados sobre la ponderación de ciertos derechos constitucionales en detrimento de otros, estando presente esta visión tanto en el discurso oficial como en la normativa aplicada.

El art. 194 del Código Penal

Ubicación y breve reseña histórica

La formulación actual del artículo que nos ocupa reza “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”. Esta proviene del decreto-ley 17.567

que modificó un importante número de artículos del Código Penal y tuvo lugar durante el gobierno militar autoproclamado “Revolución Argentina”, comandado por Juan Carlos Onganía. La comisión estaba encabezada por los Dres. Guillermo A. Borda y Conrado Etchebarne (h).

Esta reforma vino a sustituir el viejo artículo de la ley 11.179 de 1921, cuyo texto original decía: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que ejecutare cualquier acto tendiente a poner en peligro la seguridad de una nave o construcción flotante, o a detener o entorpecer la navegación. Si el hecho produjere naufragio, avería o varamiento, la pena será de tres a doce años de reclusión o prisión”.

Con la ley de 1968, se reemplaza el nombre del título VII del capítulo II del libro II de “Delitos contra la seguridad pública” (que sería posteriormente retomada) por “Delitos contra la seguridad común”¹. De la exposición de motivos surge entonces que “el núcleo del delito consiste aquí en la creación de un peligro común”.

El bien jurídico protegido

Pese a su ubicación en este título en particular, el artículo 194 establece como condición negativa para la realización del tipo la no creación de una situación de peligro común. Entendiendo esto como un peligro de daño, o modificación en el mundo exterior que produce la pérdida o alteración de un bien, corresponde entonces preguntarse cuál sería en este caso el bien jurídico protegido y si corresponde su aplicación en los casos de protestas sociales.

Según el Dr. Creus, sería la “la eficiencia del transporte o del servicio público”, pero para esto los actos de entorpecimiento a los cuales se refiere el Código “deben afectar el transporte o servicio de modo general; no es suficiente que la acción impida o turbe el funcionamiento de un determinado medio de transporte, o la recepción del servicio por determinadas personas” (Creus & Buompadre, 2007, págs. 56-57).

No pareciera ser lo ocurrido con las conductas realizadas durante las manifestaciones que son subsumidas en esta figura típica. Esto es así ya que no estaría comprometido ningún bien jurídico particular o de individuos determinados.

Zaffaroni, por su parte sostiene que “la interrupción típica exige la prueba de algún peligro para las personas o los bienes, que nada tiene que ver con el derecho a no llegar tarde, cuya lesión se puede sancionar por otras vías (una contravención federal), pero no a través de este tipo penal” (Zaffaroni, 2002).

El art. 194 desde la Teoría del Delito. Análisis dogmático y jurisprudencia

Con respecto a la acción, el verbo típico sería el de impedir (hacer imposible), estorbar (molestar o tornar más incómodo), o entorpecer (hacer más dificultoso el funcionamiento de los transportes o la prestación de los servicios) (Creus & Buompadre, 2007, pág. 57).

En cuanto a la tipicidad y las problemáticas que trae la aplicación de este tipo a la represión de la protesta social hice referencia en el título anterior.

¹ Boletín Oficial del viernes 12 de enero de 1968, disponible en <http://www.boletinoficial.gov.ar/DisplayPdf.aspx?s=BPBCF&f=19680112>, consultado el 29/09/2016

En el plano de la antijuridicidad, y suponiendo que pudiera ser pasado el estrato anterior, aparece la cuestión de las causas de justificación, y el estado de necesidad justificante regulado en el art. 34, inc. 3 del Código Penal.

Existe necesidad “cuando el agente no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión”, mientras que el límite justificante está dado por la realización de un mal menor a los fines de evitar un mal mayor (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2011, pág. 631).

Pareciera ser este el caso de los piqueteros que se encuentran en una situación social vulnerable, que lesiona sus derechos (principalmente los económicos, sociales y culturales), y por “no tener voz”, carecen de otro medio para expresarse. Se configuraría entonces la necesidad, tal como fue descripta más arriba.

Por otro lado, la afectación del derecho de transitar libremente consagrado en el art. 14 de la Carta Magna, sería menos gravosa que aquella de las cuales son víctimas quienes realizan la conducta típica.

Sin embargo, este instituto presenta algunas limitaciones en tanto fue concebido 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” (Dictamen del Dr. De Luca en el caso "Rajneri", 2013).

Por último, en el plano de la culpabilidad puede alegarse la existencia de un error de prohibición indirecto por exceso en una causa de justificación (Castelli & Berón de Astrada, 2009, pág. 705), sobre lo cual quisiera detenerme.

Previo a la ley de 1967, existió el Anteproyecto de Soler de 1960, en cuyos comentarios al artículo que inspiró el actual 194 (el 251 de ese código) decía “desgraciadamente, entre nosotros algunos políticos parecen inclinados a distinguir diferentes calidades interruptivas según la naturaleza del desfile. Los más gravemente interruptivos del tránsito suelen ser los desfiles de la oposición” (Soler, 1994, pág. 170).

La “distinta vara” con la que se juzgan los distintos tipos de manifestaciones a la cual hacía referencia ya hace décadas hasta el propio Sebastián Soler pueden provocar una “falta de conciencia total de antijuridicidad” que descarte la culpabilidad (Dictamen del Dr. De Luca en el caso "Rajneri", 2013). La distinción que se hace entre los cortes realizados por los piqueteros y otras situaciones que afectan quizás más gravemente el derecho a la libre circulación tales como procesiones religiosas, eventos o celebraciones deportivas, o incluso manifestaciones políticas, pero realizadas por sectores medios o altos contribuye a la dificultad de saber cuándo se está realizando una conducta prohibida y cuándo no. Es este el argumento en el cual se basa el Dr. Basavilbaso para emitir su voto en disidencia (Schiffrin Marina S/Recurso de Casación, 2002).

En el mismo sentido, se inscribe el fallo “Alais” de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el cual se condena a una persona por un corte realizado el 19 de diciembre de 2001 en pleno estallido social que terminó con sucesivas renunciadas presidenciales y una de las mayores crisis sociales y políticas de la historia argentina.

Resulta de sumo interés el reciente dictamen —de fecha 11 de agosto de 2016— del fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, Javier Augusto De Luca, en la causa “ACOSTA, Josefina Regina

s/ entorpecimiento de servicios públicos”. Allí se desiste el recurso interpuesto por el fiscal ante la resolución del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín n.º 2 que hacía lugar a la solicitud de sobreseimiento de la defensa. En la causa se juzga el corte de vías en una protesta por una serie de vecinos, procesándose a una persona e imputándole el delito previsto en el art. 194 del CP.

En este dictamen, el fiscal sostiene que el corte analizado implica una conducta atípica, ya que “las meras molestias —aún las de cierta magnitud— no son peligros a los fines del Capítulo II del Código Penal referentes a los ‘Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación’, que solo habilita castigos a conductas que efectivamente pongan en peligro bienes jurídicos. Además, no toda puesta en peligro de un bien jurídico puede ser delito, sino solo los previstos en la ley nacional (arts. 18 y 75 inc. 12 CN)”. Del mismo modo, sostiene el fiscal que “hacer que las personas lleguemos tarde a un lugar no es una conducta que se encuentre prohibida en el Código Penal por sí misma (lo sería si formara parte de otro delito (...))”(Dictamen del Dr. De Luca en el caso "ACOSTA", 2016).

Otros derechos comprometidos

La complejidad en el análisis de la aplicación de este tipo, pasa en gran medida por la afectación a otros derechos de rango constitucional.

Principalmente se compromete la Libertad de expresión (arts. 14 y 32 CN), el Derecho a peticionar a las autoridades (art. 14 CN), el Derecho de Reunión (arts. 37 y 75.19 CN) y el derecho a resistencia (art. 36 CN). También se ven lesionados los derechos políticos consagrados en el art. 23.a de la CADH.

La judicialización aparecería entonces como una muestra de la incapacidad de resolución de un conflicto, “restringiendo el volumen del grito de los que ya tienen una débil voz” (Arrimada, 2014).

Aparece así una complicación a partir de una mirada simplista, que tiende a igualar a todas las protestas a partir del elemento que tienen en común (el corte de ruta), cuando las preguntas que en realidad corresponde hacerse tienen que ver con la gravedad del derecho afectado en cada uno de los casos, las alternativas con las que cuenta ese colectivo para expresar su queja (Gargarella, 2014), en fin: con la determinación de la proporcionalidad medio empleado-fin buscado.

Si bien ha existido cierta evolución en el tratamiento del conflicto social (en 2001 se enmarcaban ciertos cortes en el contexto de actos sediciosos) (Gargarella, 2014), persiste con bastante fuerza la argumentación de la validez del reclamo, pero con la descalificación del método empleado. Sin ir más lejos, podemos citar el proyecto de ley de 2014 que pretendió regular la protesta social, estableciendo una clasificación entre legítimas e ilegítimas o el Protocolo aprobado en febrero de 2016 que se analiza a continuación.

Es destacable, a su vez, el discurso recurrente sobre la supuesta “falta de seriedad” que demuestra la falta de represión a la protesta social, siendo habituales las comparaciones con los países desarrollados, donde este tipo de conductas no tienen lugar. Esto implica un desconocimiento de la llamada “doctrina del foro público”, que tiene entre sus precedentes más importantes el fallo “Hague v. Committee for Industrial Organization” de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1939 que arguye la importancia de la realización de manifestaciones en calles y parques para el ejercicio de la libertad de expresión.

Análisis del “Protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad del estado en manifestaciones públicas”

En febrero de 2016, el “Consejo de Seguridad Interior” se reunió en la ciudad de San Carlos de Bariloche para suscribir la resolución de la Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, que aprueba la creación del “Protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad del estado en manifestaciones públicas”, difundido en los medios masivos de comunicación como “Protocolo antipiquetes”.

Entre los lugares comunes y una endeble pretensión de ecuanimidad

El texto plantea en su primer considerando que “El Estado Argentino se ha comprometido a garantizar los Derechos Humanos de todas las personas (...)”. Esta frase no es para nada inocente. Se busca evitar críticas de una medida restrictiva del derecho a la protesta poniendo a esta resolución bajo el cariz incuestionable de los DD. HH. Claro está que esta formulación insinúa que hoy no se respetan los derechos humanos de aquellos que ven dificultada su circulación y no se refiere al incumplimiento de numerosos tratados internacionales en esta materia que llevan a que un grupo de personas tome la determinación de salir a la calle a hacer valer sus derechos.

Siguiendo con los considerandos, se busca justificar la existencia de este instrumento apelando a lugares comunes. Tal es así cuando plantea que “la libertad de un individuo termina donde comienza la del otro”, prescindiendo de elaboraciones con algún grado de profundidad que al menos intente fundamentar la necesidad de esta normativa.

Una expresión que da cuenta de la orientación general con la que se concibió este documento es la que asevera que “es deber del estado asegurar el orden público, la armonía social, la seguridad jurídica y el bienestar general”. La mención del orden público en primer lugar, concepto ligado a la concepción social organicista, está asociada, tal como plantea Anitua, “con la seguridad del propio Estado o gobierno, con el mantenimiento de las desigualdades”.

El protocolo pretende intervenir “ante la alteración del ejercicio equilibrado de derechos”. Sería bueno indagar sobre el significado de esto. Ante las protestas en las calles de miles de trabajadores que han sido despedidos, ¿podemos considerar a esta expresión del derecho de protesta como una “alteración” de un ejercicio “equilibrado” de derechos? ¿No son acaso las medidas que dejan en la calle a estas personas las que constituyen un verdadero desequilibrio de derechos?

En relación al Anexo que contiene el articulado del protocolo, cabe destacar la minuciosa enumeración de elementos prohibidos para los manifestantes. Esta va desde pirotecnia hasta agentes químicos, pasando por la ambigua formulación “o cualquier otro artículo que pudiere dañar la integridad de las personas”. Encontrando alguno de estos objetos, se habilita a las fuerzas de seguridad a “aislar e identificar a dichas personas, tomar las medidas necesarias para prevenir la posible comisión de delitos”.

Por otra parte, como contracara de la rigurosa descripción a la que hicimos referencia más arriba, encontramos gran laxitud para regular el uso de armas por parte de las fuerzas, delegando en las fuerzas provinciales la creación de protocolos propios para regular dicha materia. No existe ninguna prohibición explícita del uso de armas de fuego, lo cual constituye un claro retroceso en relación a normativas previas.

Asimismo, existe un punto sobre el cual debe llamarse la atención, que tiene que ver con la ubicación de los periodistas, que será determinada por las fuerzas de seguridad. Argumentando primeramente la protección de su integridad física, aunque también “la no interferencia con el procedimiento”, se

habilita el entorpecimiento de la tarea de los comunicadores y que la policía pueda actuar sin preocuparse de la “molesta” mirada de las cámaras.

La implementación

La aprobación del Protocolo tuvo lugar en las vísperas del paro nacional de la Asociación de Trabajadores del Estado en rechazo a los miles de despidos del sector público que tuvieron lugar a partir de la asunción del gobierno de Macri.

La masividad de la convocatoria hizo que los propulsores de la normativa debieran volver sobre sus propios pasos y postergar así su implementación, pese a haber manifestado que se encontraba “en plena vigencia”.

En el mes de junio de 2016, fuentes del Ministerio de Seguridad trascendieron, aunque nunca de manera oficial, la postergación de la implementación del Protocolo.

Conclusión

La discusión principal pasa por intentar trascender los límites de fórmulas como “bien común”, “interés general”, “moral”, “buenas costumbres”, “orden público”, utilizadas frecuentemente a la hora de fundamentar la aplicación del art. 194 del Código Penal. Una vez hecho esto, correspondería preguntarse cuál es el bien común que se pretende proteger con el cercenamiento del derecho a la protesta (entendido como “primer derecho”, por permitir este la exigencia de la recuperación de los demás derechos) (Gargarella, 2007, págs. 19, 68-70), o si resulta en realidad la defensa de los intereses de una clase o fracción de clase determinada.

Bibliografía

- Arrimada, L. (Abril de 2014). Razones para no regular la protesta. *LE MONDE diplomatique*, págs. 6-7.
- Castelli, G., & Berón de Astrada, E. (2009). Artículo 194. En D. Baigún, & E. R. Zaffaroni, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Creus, C., & Buompadre, J. E. (2007). *Derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Astrea.
- Dictamen del Dr. De Luca en el caso "Rajneri" (Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal 21 de Febrero de 2013).
- Gargarella, R. (2007). *El Derecho a la protesta*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Gargarella, R. (Abril de 2014). Explorar nuevos caminos. *LE MONDE diplomatique*, pág. 8.
- Schifrin Marina S/Recurso de Casación, 3905 (Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal 3 de Julio de 2002).
- Soler, S. (1994). *Derecho penal argentino. Parte especial* (Vol. IV). Buenos Aires: Tea.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social*. Recuperado el 16 de Abril de 2014, de Comité de Acción Jurídica:
http://www.cajuridico.com.ar/index.php?cat=informe_2002-2003/debates&ver=debate_05
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.