

Derecho y protesta social Por José Ignacio CANDIOTI*

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar, desde la teoría del delito, la procedencia o no de un castigo para aquellos sectores de la población que realizan protestas sociales en la vía pública

entorpeciendo o impidiendo el libre tránsito. En tal cometido, el eje central de la exposición estará en demostrar la carencia de culpabilidad en el accionar de los sujetos referidos.

* Docente de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Secretario de la Fiscalía Federal de Reconquista. Docente de la cátedra Derecho Procesal Penal, Universidad Católica de Santa Fe, Sub Sede Reconquista. Especialista en Derecho Penal y en Derecho Procesal Penal, títulos obtenidos por la UNL. Doctorando en la Universidad Católica de Santa Fe, Argentina.

*“No estoy más dispuesto a poner mi cabeza bajo el yugo porque un millón
de brazos me lo presenten.”*
Tocqueville

Introducción

Motiva éstas líneas el interés por dejar sentada mi opinión personal sobre el delicado tema de la necesidad o no de criminalizar la protesta social; circunscripta ésta a los denominados “cortes de ruta”. En tal cometido, no puedo dejar de valorar que me resulta atractivo incursionar en la temática de la supuesta colisión de derechos, la cual en el *sub examine* estaría delimitada entre el derecho a petionar y el derecho a circular.

Asimismo, necio sería desconocer que la mayoría de la sociedad argentina –quizás influida por la prédica de los medios masivos de comunicación– tiene una postura asumida al respecto, la cual coincide con la jurisprudencia mayoritaria que defiende la postura del castigo⁽¹⁾. No obstante, coincidiendo con algunas voces del ámbito académico –aunque con diferente fundamentación– intentaré demostrar la inconsistencia de tal razonamiento, recurriendo para ello a la dogmática jurídico penal y, dentro de ella, al análisis de la teoría del delito y en particular del principio de culpabilidad, en la creencia de que su criterio rector se encuentra basado en la existencia de reprochabilidad individual.

Siendo ello así, no me detendré a realizar un análisis sobre las posturas de quienes justifican la procedencia del reproche penal –en virtud de lo conocidas que son sus razones–, sino que me dedicaré a dar una visión propia acerca de por qué considero que tal modalidad de protesta social no debe ser judicializada.

Desarrollo del tema

Distintas tesis o teorías se han esgrimido para tratar de evitar la imposición de una pena de prisión a quienes con su conducta incurrieron en la tipicidad descrita en el artículo 194 del Código Penal. Entre ellas, no puedo dejar de mencionar a las que consideran que existiría una adecuación social de la conducta; a los que propugnan que la acción no sería típica o, que de serlo, se encontraría alcanzada por la existencia de una causal de justificación; o a los que sostienen que condenar a alguno de los autores selectivamente individualizados vulneraría el principio constitucional de igualdad ante la ley.

No obstante reconocer la seducción que ciertos argumentos de tales posturas me generan, adelanto opinión en el sentido de que no adscribiré a ninguna de tales posiciones, sino que por el contrario sostendré que la no punición de la conducta de aquellos sujetos, que deciden ejercer su derecho a protestar en pos de petionar mejoras en sus condiciones de vida, de salud, de educación y valores similares, deberá buscarse por el lado de la inexistencia de culpabilidad, entendida ésta como juicio de reprochabilidad basado en el poder haber seguido el llamado de la norma⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cámara Nacional de Casación Penal, Fallos “Alais, Julio Javier y otros s/recurso de casación” y “Schifrin, Marina s/recurso de casación”.

⁽²⁾ Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, 2da. edición.

Siendo ello así, pasaré a continuación a desarrollar tal pensamiento y trataré de fundamentarlo a través del análisis de las distintas categorías del delito.

Tipicidad

El tipo penal del artículo 194 del Código Penal castiga a quien *“sin crear una situación de peligro común, impedir, estorbar o entorpecer 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”*.

La razonabilidad de la norma queda fuera de toda discusión, en tanto protege derechos constitucionales de suma entidad, como el de transitar libremente, elemento esencial de uno de los principales derechos humanos: la libertad.

Siendo así, considero que el accionar de quienes realizan protestas sociales en la vía pública impidiendo u obstaculizando el tránsito queda incluido en la descripción típica efectuada por el legislador en el artículo en cuestión.

Asimismo, disiento con quienes consideran que el objeto contra el cual la incriminación va dirigida es el “servicio” en general, de manera que no existiría delito mientras no se halla producido una interrupción o un entorpecimiento del servicio mismo, por ejemplo, por existir vías alternativas de circulación⁽³⁾.

Así como también discrepo con autorizada doctrina, la cual postula que, cuando el hecho inculcado en el artículo 194 del ordenamiento legal punitivo no atenta contra la “seguridad” del servicio público, el mismo no configura delito⁽⁴⁾.

Contrariamente, estimo que el bien jurídico protegido por la figura penal analizada son la regularidad y eficiencia de los servicios públicos, siendo que en el supuesto particular del transporte la protección está dirigida a garantizar la circulación normal de éste por los lugares que correspondan.

Tampoco empecé la configuración del ilícito con que el impedimento al tránsito no hubiese sido absoluto o que hubiera existido una vía alternativa de paso, debido a que el encuadramiento legal en cuestión prevé alternativamente entre las conductas reprochables no sólo la de impedir la libre circulación, sino también las de entorpecer o estorbar.

En abono de todo lo hasta aquí sostenido, estimo necesario recurrir a las enseñanzas de Creus, quien sostiene que: *“...el bien jurídico inmediatamente protegido es la eficiencia del transporte o del servicio público, su normal cumplimiento o prestación”*⁽⁵⁾.

Para finalizar este apartado, debo puntualizar que tampoco me parece válido el argumento relativo a que la conducta se encontraría socialmente admitida, porque ello implicaría desconocer —como ya lo anticipé— el pensamiento mayoritario de la sociedad argentina favorable a la punición, además que equivaldría a negar los avances de la dogmática penal, que hoy en día son críticos de tal teoría *“pues no evita el peligro de tomar decisiones siguiendo el mero sentimiento jurídico o incluso de declarar atípicos abusos generalmente extendidos”*⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 1978, pp. 540 y siguientes.

⁽⁴⁾ Dayenoff, David, *Código Penal Comentado*, p. 514.

⁽⁵⁾ Creus, Carlos, *Derecho Penal-Parte Especial*, T. II, Astrea, Buenos Aires, p. 47.

⁽⁶⁾ Roxin, Claus, *ob. cit.*, p. 297.

Antijuridicidad

Ahora bien, una vez que ha quedado sentado que la conducta analizada se encuentra atrapada por la categoría de la tipicidad, corresponderá analizar si la misma es antijurídica o si se encuentra alcanzada por alguna causal de justificación.

En defensa de la justificación, podría esgrimirse que los sujetos que impiden la libre circulación del transporte lo hacen en ejercicio de sus legítimos derechos de peticionar a las autoridades, de reunirse y de protestar por las injusticias que consideran dignas de ser revertidas y por ende se encuentran amparados por las disposiciones del inciso 4º del artículo 34 del Código Penal.

Sin embargo, sin dejar de desconocer la impronta de tales derechos, dable será mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en forma reiterada que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio⁽⁷⁾. En consonancia con ello, de manera permanente y conocida por todos, también ha señalado que la Constitución Nacional debe ser entendida como un todo coherente, a fin de que sus cláusulas no se excluyan o anulen recíprocamente⁽⁸⁾.

Por ende, los grupos sociales que protestan en la vía pública por nobles reivindicaciones, deberían realizar tales manifestaciones de descontento sin afectar derechos de terceros, de manera de armonizar sus intereses con los del resto de la sociedad, debido a que tantos unos como los otros forman parte del pueblo que eligió vivir en forma democrática y pacífica.

Abona tal consideración el voto del juez Roberts de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, quien ya en 1939, y refiriéndose al derecho de reunión sostenía: *“El derecho de todo ciudadano (...) de usar las calles y plazas públicas para la comunicación de ideas (...) puede ser regulado en nombre del interés general; no es absoluto sino relativo y debe sumarse al bienestar general...”*⁽⁹⁾.

Pero que quede en claro: el Estado debe respetar la libertad de expresión y de reunión; por consiguiente debe sopesar según criterios objetivos los intereses de quienes protestan y de quienes circulan; no debe actuar en función de las ideas en juego y no debe pronunciarse y prohibir una manifestación con base en las ideas que en éstas se postulan⁽¹⁰⁾.

En concordancia con lo expuesto, habrá de colegir que los derechos reconocidos en la Constitución deben conciliarse entre sí, de forma de evitar que los mismos entren en pugna.

Por ello, no podría sostenerse validamente que el legítimo derecho a protestar de ciertos grupos de ciudadanos sea ejercido a fuerza de impedir el legítimo derecho a circular de otro grupo de personas que necesita desplazarse de un lugar a otro en pos de concurrir a su trabajos o a un centro de salud para procurar asistencia médica a sus familiares, por citar algunos ejemplos que podrían darse en nuestra Argentina de hoy en día.

Y es así en virtud de que no resulta razonable ni ajustado a Derecho sostener que en el marco de la supuesta colisión de derechos apuntada deba reconocerse preeminencia a la protesta social por sobre el derecho a la libre circulación del resto de la ciudadanía.

Tanto uno como otro derecho revisten carácter público, y no resulta válido sostener

⁽⁷⁾ Fallos: 199:149, 262:205, 283:98 y recientemente fallos “Massa” y “Rinaldi”.

⁽⁸⁾ Fallo “Madorrán, Marta C. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 3-5-2007.

⁽⁹⁾ Caso “Hague vs. CIO”, 307 US 496.

⁽¹⁰⁾ Tribunal Federal de Suiza, sentencia del 26-8-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, 1998, 3, p. 501.

que uno de los valores jurídicos referidos posea mayor jerarquía axiológica que el otro, por lo cual corresponderá lograr la conciliación entre ambos, de manera de procurar el goce efectivo de los mismos por parte de todos los integrantes de la sociedad, asegurando una convivencia social pacífica.

Por tal razón es que tampoco resulta acertado sostener que existe un estado de necesidad que justifique las conductas antedichas.

Todo lo hasta aquí sostenido no implica el desconocimiento –como ya lo puntalicé anteriormente– de la existencia de reconocidas opiniones contrarias a lo expuesto, como es el caso del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Horacio González, quien asevera lo siguiente: *“El derecho de reunión y el derecho de expresión no tienen la misma jerarquía que una molestia transitoria en el acto de circular”*, y concluye que la protesta social constituye el ejercicio de un derecho merecedor de una protección especial por sobre el derecho a circular⁽¹¹⁾.

Culpabilidad

Una vez despejado el panorama en cuanto a que nos encontramos ante una acción típica y antijurídica, corresponderá evaluar si la misma es culpable, y en tal cometido advertiremos que dicha categoría existente en la teoría del delito no podrá ser traspasada.

Al efecto, señalaré que ya no existen dudas en cuanto al reconocimiento del abandono de la idea relativa a que el dolo y la culpa son componentes de la culpabilidad. Por el contrario, se ha aceptado la corriente doctrinaria que, partiendo de un concepto normativo de culpabilidad, basado en el juicio de “reprochabilidad”, acertadamente sostiene que *“el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto penal pese a que todavía le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a derecho”*⁽¹²⁾.

Por eso, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la culpabilidad deber ser entendida como la actuación contraria al derecho por parte del sujeto pese a la existencia de asequibilidad normativa en el momento de actuar. En otras palabras, lo que se reprocha al autor del delito es que, a pesar de haber tenido capacidad de motivación normal, no adecuó su conducta a los parámetros exigidos por el ordenamiento jurídico y por consiguiente no guardó debida obediencia a la ley⁽¹³⁾.

De tal razonamiento se deriva imperiosamente que el juicio de reprochabilidad encuentra basamento en la circunstancia de “poder actuar de otro modo”, y por ende solamente sería culpable quien actué injustamente pese a la existencia de posibilidades de adopción de conductas conforme a la ley. Al respecto, resultan gráficas las palabras de Gimbernat cuando sostiene: *“...la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que se le hace al autor porque se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del Derecho”*⁽¹⁴⁾. De ello se colige que el principio de culpabilidad imposibilita la imposición de un castigo a quienes,

⁽¹¹⁾ Reportaje al profesor Horacio González en *Segundo Enfoque*, agosto de 2004.

⁽¹²⁾ Roxin, Claus, ob. cit., p. 792.

⁽¹³⁾ Candiotti, José Ignacio, “El Principio de Culpabilidad y su inclusión en la nueva categoría de la Responsabilidad”, *Revista del Ministerio Público Fiscal*, N° 15, p. 62.

⁽¹⁴⁾ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, 3° edición, p. 142.

a pesar de haber cometido con su accionar un hecho antijurídico, carecieron de una libre decisión de voluntad en el momento de realizar su conducta.

En virtud de tales consideraciones, sostengo que aquellos sujetos que realizan protestas en la vía pública, impidiendo u obstaculizando el tránsito, motivados en la necesidad de ser escuchados y atendidos por los gobernantes en sus reclamos de dignas condiciones de vida, si bien no alcanzan a borrar la antijuridicidad de tales conductas –en razón de no resultar el bien que vulneran de menor entidad que aquel que pretenden salvaguardar, ni constituir el derecho a protestar un derecho absoluto que impida ser conciliado con restantes derechos– no realizan una acción culpable.

El fundamento sería el siguiente: no se les podría efectuar el juicio de reprochabilidad basado en el poder actuar de otro modo, atento que las particularísimas situaciones en las que actúan así lo impiden. Quien se encuentra en un estado de pobreza cercano a la miseria o quien, sin estar en tal extrema situación, carece de los medios apropiados para cubrir las necesidades básicas de su familia, así como también aquel que reclama el goce de derechos elementales como: trabajo, salud, educación o condiciones dignas de vida, no puede ser alcanzado por el llamado de la norma, puesto que en la situación concreta en que se encuentra no posee capacidad suficiente de autocontrol, de modo que no le es psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.

Dichos sectores desventajados de la sociedad recurren a estos métodos de lucha como una manera de llamar la atención del Estado y de la sociedad de la cual se sienten excluidos o marginados, y realizan tal cometido en la creencia de no poder acceder a tales reclamos a través de otras vías legales. Por ello es que sostengo, sin temor a equivocarme, que tales sujetos no actúan en una situación de normalidad, la cual permitiría efectuarles el juicio de reprochabilidad necesario para imputarles la existencia de culpabilidad en su accionar. Por el contrario, poseen un déficit de motivabilidad, el cual se constituye en fundamento de la exculpación.

En abono de lo reseñado, podríamos citar a Frank, quien concluyó que *“culpabilidad es reprochabilidad”* y por sostuvo lo siguiente: *“Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto: 1º una aptitud espiritual normal del autor, a lo que nosotros denominamos imputabilidad; 2º una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta... y 3º la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el actor actúa”*¹⁵. Y es justamente este último presupuesto el que no se cumple en el supuesto fáctico analizado, en razón de que los sujetos a penalizar no desarrollan sus conductas en circunstancias normales de actuación.

No obstante lo reseñado, y volviendo a la teoría de Frank, corresponde advertir que, con posterioridad a ella y siguiendo una evolución del concepto, se concluyó que correspondía mantener vigente la idea de “reprochabilidad” pero depurándola de la cuestión relativa a la relación subjetiva del autor con el resultado disvalioso. En su lugar, el juicio reprobatorio se sustentó en la circunstancia de que el autor del hecho punible, en el instante de cometer el delito, hubiera podido actuar de otra manera y por ende adecuar su conducta conforme a los dictados de la norma.

La culpabilidad, entonces, nos lleva necesariamente a considerar qué respuesta era exigible al sujeto por parte del sistema penal, pues para exigir es necesario que se hayan

¹⁵ Frank, Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Ed. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2000, pp. 40-41.

otorgado previamente las correspondientes condiciones para la procedencia de tal exigencia. Sólo si tales exigencias están garantizadas de antemano por el Estado nos encontraremos frente a un individuo responsable por el hecho y por lo tanto culpable de su accionar.

De lo expuesto, se colige claramente que las conductas aquí analizadas no deben ser criminalizadas y la imposición de condenas penales no se encuentra legitimada frente a la protesta social, pues la teoría del delito así lo impide al no existir culpabilidad en dicho accionar.

No quisiera concluir este apartado sin resaltar que una vez más ha quedado al descubierto la importancia de distinguir entre injusto y culpabilidad, en razón de que tales categorías de la teoría del delito se encuentran configuradas por contenidos diferentes y por ello existe una marcada diferencia entre justificación y exculpación, lo cual nos conduce a la consecuencia de que el paso de uno de sus escalones (antijuridicidad) no implica necesariamente el salto del siguiente (culpabilidad).

Conclusión

En consonancia con la tesis aquí defendida, podría concluir sosteniendo que la pena criminal debe legitimarse no sólo desde el punto de vista de la sociedad basado en cuestiones preventivas, sino que su imposición a un ciudadano concreto también debe aparecer como una medida justa y defendible frente a él.

A nadie podrá escapar, entonces, que condenar a penas de prisión a quienes protestan por reivindicaciones sociales resulta no solamente contrario al ideario de un Derecho Penal mínimo, sino que también implicaría la supresión de la garantía que los resguarda de una persecución irracional y consagraría la aplicación de un Derecho injusto; y conocida es la fórmula de Radbruch, quien acertadamente sostiene que el “*Derecho extremadamente injusto no es Derecho*”⁽¹⁶⁾.

Para finalizar, quisiera resaltar que una vez más el principio de culpabilidad —aquí desarrollado para justificar la postura de no judicialización de los reclamos sociales— se erige en una garantía jurídico-estatal frente a la facultad legal del Estado de perseguir penalmente a quienes hayan cometido una acción típica y antijurídica, estableciéndole un límite a tal potestad punitiva. Siendo ello así, cobran sentido aquellas enseñanzas que agudamente puntualizan lo siguiente: “*Mientras haya pena, el principio de culpabilidad resultará imprescindible*”⁽¹⁷⁾.

Por lo tanto, coincido firmemente con Schunemann cuando postula que el principio de culpabilidad no grava al ciudadano, sino que, por el contrario, lo protege. Ello así, en virtud de que “*...sólo el principio de culpabilidad puede evitar que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal*”⁽¹⁸⁾.

Como colofón, estimo necesario destacar la necesidad de seguir trabajando en pos de una mayor humanización del Derecho Penal, que vea a la pena no como una devolución de mal por mal, sino como una amarga necesidad en un mundo de seres imperfectos⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Cita del Dr. Ricardo Lorenzetti en su voto en el Fallo “Simón”.

⁽¹⁷⁾ Stratenwerth, Gunter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, N° LXXX, p. 121.

⁽¹⁸⁾ Schunemann, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal”, en *El sistema moderno de Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 163-164.

⁽¹⁹⁾ Gimbernat Ordeig, Enrique, ob. cit., p. 150.