

IX Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal:
“Derechos fundamentales y la ley penal”.

Panel: LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Tema: Criminalización de la protesta social. Calumnias e injurias. Libertad de Prensa – de opinión

“El aviso previo como límite al ejercicio del derecho a la protesta.”

Por María Angeles Ramos *
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

*Dirección: Paul Groussac 1196, Del Viso, Pilar, P.B.A, (Código Postal: 1669)
Tel: 02320-659-339// 011-15-6605-1234, E-mail: maria.ramos@pjn.gov.ar

Introducción

Los actos pacíficos de protesta social, como formas de expresión pública, ya sea para petitionar algo que se crea justo o demostrar lo que se considere injusto, no constituyen otra cosa que el ejercicio de uno de los derechos con que debe contar toda sociedad democrática.

Los conflictos que surgen a partir del enfrentamiento que, inevitablemente, van a darse entre quienes participen del acto de protestar y de quienes, ajenos al hecho que lo motiva, tienen que “soportarlo”, no deben derivarse y resolverse en el ámbito judicial, sino que deben ser considerados como formas de expresión desde un punto de vista democrático, aunque esa actividad pudiera ocasionar ciertos perjuicios a terceros.

Judicializar la protesta, o peor, criminalizarla, significa llevar un conflicto de corte político o social a la esfera del derecho penal, con castigos o amenazas, bajo el amparo de exigencias que, disfrazadas de requisitos legales reglamentarios del derecho a protestar, están lejos de garantizar no sólo el ejercicio de derechos constitucionalmente previstos, sino también de su esencia democrática, porque bajo la sombra de leyes que vienen a “reglamentar” el derecho, no se hace más que censurarlo, bajo la amenaza de responsabilidades ulteriores que inexorablemente van a concretarse si no se “demuestra” que se trataba de un ejercicio regular de aquél o que no existían otras vías para expresarse.

Esta es la idea sobre la que versará el trabajo aunque me gustaría dejar en claro, que así como un acto pacífico de protesta es una de las formas de ejercer la libertad de expresión, ello no rige para los excesos que pudieran devenir de su ejercicio, como podrían ser lesiones a terceros o daños en edificios. Ello sí será materia de reproche desde el derecho, pero nunca el acto de protestar pacíficamente.

Libertad de expresión vs. otros derechos.

Para empezar, los derechos de las personas que, considerados fundamentales, no pueden ser desoídos por un estado constitucional de derecho son aquellos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, receptados en los Pactos y demás Convenciones internacionales. Desde esa posición, se afirma que deben estar garantizados como tales el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad y los derechos sociales para la supervivencia [1].

A su vez, para que esos derechos jueguen en armonía respecto de todas las personas y, fundamentalmente para las minorías, deben estar unidos por la igualdad; entendida como una garantía para que, pese a las diferencias personales de los individuos, cada uno de esos derechos fundamentales pueda ser plenamente ejercido, sin distinciones de posibilidades económicas o sociales. Todos podemos hacernos escuchar; algunos podrán hacerlo si pagan una solicitada en un diario, otros en la vereda.

Como se trata de derechos indisponibles, la importancia respecto de aquellas minorías radica, según lo explica Luigi Ferrajoli, en que operan *como leyes del más débil*. Así nos explica que “... *tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre –de los derechos de libertad a los derechos sociales- contra las contingentes mayorías.*”[2]

Sin embargo, esto no quiere decir que todos y cada uno de esos derechos tengan la misma jerarquía. Sostiene Gargarella [3] que los derechos más estrechamente vinculados con la autonomía

individual y el autogobierno colectivo reciben una protección privilegiada por parte del Estado que es lo que también da fundamento a su propia legitimidad como tal.

Y hace a la autonomía individual la posibilidad de disentir. Ello se reconoce en los derechos de reunión, de peticionar a las autoridades y de libertad de expresión. Puntualmente, en cuanto al tema que nos ocupa, la libertad de expresión hace a la preservación de la democracia, ya sea entendida como un valor intrínseco o como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva, que permite, según Owen Fiss [4] que el pueblo decida qué tipo de vida quiere vivir.

A menudo, el asunto de la libertad de hablar o expresarse en una sociedad moderna se confunde con los recursos de los que uno dispone para hacerlo. Se identifica la legitimidad del ejercicio del derecho a partir de los medios que se utilizan para expresar las ideas, y se censura lo que no guarda relación con las formas esperadas. De ese modo se deja de lado lo primordial que es aquello que se quiere expresar.

Es por ello que, se afirma, la libertad de expresión es el primer derecho [5] pero, al momento de verse enfrentado con algún otro, indefectiblemente se va a recurrir a un balance donde se asigna valor casi exclusivamente a los “otros derechos” que, aunque prioritarios, no revisten la cualidad asignada al de expresarse libremente. Detrás de tal concepción parece imperar cierta idea de omnipotencia estatal, por la cual el poder del gobierno está sobre la gente y no al revés.

Por ello, las regulaciones o reglamentaciones que se hagan sobre libertad de expresión, mediante las cuales se considere el modo, tiempo y lugar en que tales expresiones pueden realizarse, deben ser cuidadosas para que no se las convierta en una excusa capaz de vulnerar o censurar este derecho primordial.

La reglamentación al derecho de libertad de expresión.

El artículo 14 de la Constitución Nacional dispone que todos los habitantes de la Nación gozamos de los derechos allí señalados, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. De allí también se concluye que los derechos no sean absolutos. Por otra parte, el artículo 28 establece que tanto los principios, las garantías y también los derechos que la Constitución reconoce, no podrán ser alterados por leyes que los reglamenten.

En el campo de los derechos humanos ello también está previsto tanto en la CADH [6] como en el PIDCyP [7] de todo lo cual, nosotros hemos receptado con igual jerarquía.

Se dice entonces que la reglamentación tiene por objeto asegurar el orden y la seguridad pública, de manera amplia e indeterminada, porque con ello se persigue garantizar el bienestar general de la población.

Pero, ¿qué significa esta afirmación en la realidad concreta? Por ejemplo, el requisito de dar aviso previo a la autoridad competente, como en el Código Penal Contravencional y de Faltas de la ciudad de Buenos Aires [8]. El Código Contravencional citado prevé que ciertos casos de obstrucción en la vía pública no se entenderán como una contravención cuando sea producto del ejercicio regular de un derecho, siempre y cuando, se haya dado aviso con razonable anticipación a la autoridad competente.

Inexorablemente me pregunto si puede ser válido que el ejercicio de un derecho constitucional, fundamental, quede legitimado solamente si se cumple con una obligación administrativa tan banal. Y, también, qué ocurriría en los casos en los que el factor sorpresa es uno de los medios utilizados para garantizar la efectividad de la protesta o cuando el destinatario de ella es justamente a quien debe darse aviso.

A nivel nacional, la norma que con más frecuencia se aplica para este tipo de conductas es la prevista en el art. 194 del Código Penal [9], relativa a la interrupción o entorpecimiento de las vías de comunicación. Aunque su redacción es algo imprecisa porque establece de forma general que lo prohibido es impedir, estorbar o entorpecer, sin crear un peligro común, el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o sustancias energéticas; los tribunales agregan como una condición relevante para tener en cuenta al momento de decidir: si se existió aviso previo a alguna autoridad. [10]

Sin embargo, el artículo citado no distingue entre una interrupción o entorpecimiento autorizado de aquellos que no lo estén. Por tanto, completar la tipicidad a la luz de una autorización administrativa es una forma de seleccionar en forma arbitraria entre las protestas que deben ser penalizadas y las que no.

De manera contundente explica Gargarella en su análisis al fallo “Alais” [11], que “... *los derechos constitucionales no pueden quedar sujetos al veto de nadie (mucho menos, al veto policial). Más bien, dichos derechos deben ser capaces de atravesar cualquier pretensión regulatoria que procure dejarlos en manos discrecionales de la autoridad de aplicación de que se trate.*

La ley puede ser un instrumento de limitación de la violencia institucional pero, como sostiene Ferrajoli, también puede ser un medio para legitimar su ejercicio fuera de los parámetros conferidos en la Constitución. Así el contenido de la ley podrá justificado por la misma norma que la autoriza, pero no por el modelo constitucional de Estado de derecho [12].

Bien. Como dije antes, el fundamento de una posible reglamentación a derechos fundamentales debe estar basada en cuestiones que hacen al bienestar general, de lo contrario no serían admisibles.

La protección del bien común, la seguridad pública, el orden público serían los presupuestos para determinar la existencia de algún peligro para la vida social y así obtener el fundamento normativo de restricciones o habilitaciones de amplia discrecionalidad hacia el poder público.

De una relectura del requisito que exige el Código Contravencional no advierto de qué manera una protesta pacífica pueda afectar la seguridad o el orden público, despertando intranquilidad en el espíritu de los terceros que no participen de ella. Si se responde en forma negativa, pareciera que el límite a la protesta pasa a ser algo teórico, alejado de la realidad.

Hasta ahora se justifica la criminalización de los actos de protesta con este tipo de afirmaciones dogmáticas, pero se olvida que mediante requisitos como los de aviso previo, se puede alterar la esencia del derecho y, desde ese lugar, estaríamos en contra del espíritu constitucional, porque se limita la posibilidad concretar su ejercicio o luego se lo censura mediante un castigo. Es decir, mientras no asumamos que el derecho a la protesta social es una de las formas de ejercer la libertad de expresión y como tal, que es uno de los derechos fundamentales con los que debe contar una sociedad democrática no se encontrará solución a la cuestión.

Actualmente coexisten ambas voces; quienes creen que se trata de un derecho y como tal, indisponible por parte del Estado, con posibilidad de reglamentarlo pero sin que a través de ello se lo desnaturalice mediante la criminalización y, por otra parte, quienes consideran que el derecho a expresarse libremente está solo en la posibilidad de ir a votar y que todas las otras formas de manifestación posible, son actos que van en contra del espíritu democrático porque no representan las decisiones de la mayoría, porque son actos sediciosos de unos pocos [13].

Sin embargo, el asunto de su reglamentación es verdaderamente complejo. Los derechos no pueden ser limitados sin más bajo la excusa genérica de que afectan el bien común, porque

justamente la interpretación de la función del bien común tiene que ser desde la Constitución. Los derechos deben encontrar su límite en ella y no al revés. De lo contrario, la ley que consagra un tipo penal pasaría a funcionar como una trampa o celada que sorprendería a los habitantes [14].

Un caso concreto.

Veamos los problemas enunciados en un caso concreto. Sus aciertos y sus déficits.

Hace algunos meses la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [15] condenó a un grupo de trabajadores del INTI [16] que se habían congregado en la puerta de dicho establecimiento situado sobre la colectorá norte de la avenida General Paz, en reclamo de un reordenamiento salarial de larga data, y que, según el presidente de esa institución, era justo y estaba dirigido a equiparar la situación laboral de los trabajadores.

De ese mismo fallo surge que en ningún momento se cortó totalmente la avenida ni su colectorá. La protesta se llevó a cabo de manera pacífica, sin desmanes o excesos por parte de quienes la ejercían; además, colaboraron y siguieron las indicaciones de la autoridad policial que se constituyó luego en el lugar.

Pero, del voto de los dos jueces que en mayoría decidieron la condena surge que la obstaculización vehicular fue el medio empleado para solicitar un reclamo; que ello afectó la circulación del tránsito y que aunque el derecho de reunión y de protestar se encontraban reconocidos por nuestra Constitución, de acuerdo a la Ley Contravencional, tal obrar solo podría resultar el regular ejercicio de los derechos constitucionales siempre y cuando, con razonable anticipación se hubiese dado aviso a la autoridad competente, y se respetasen las indicaciones de ésta, si las hubiere, respecto del ordenamiento.

Concluyeron así que la inexistencia del aviso previo formaba parte de la tipicidad (contravencional) de la conducta porque ella no se constituía sólo con la faz positiva del impedimento u obstaculización de vehículos por la vía pública, sino además con una omisión: no haber dado aviso a la autoridad competente con razonable anticipación.

Crítica.

Desde un punto de vista formal, se puede justificar la criminalización si se afirma que el requisito de dar aviso previo tiene por fin limitar los actos de protesta bajo circunstancias de tiempo, modo y lugar y que, su incumplimiento, deslegitima automáticamente el derecho de expresarse, porque su omisión conlleva la alteración del orden y seguridad pública porque el factor sorpresa y la imposibilidad de previsión por parte del Estado atenta contra aquella tranquilidad.

Pero desde el punto de vista material no es posible explicar de qué manera una protesta pacífica donde ni siquiera existan excesos, afecta el orden y seguridad, al punto tal que los participantes merezcan condena por intentar hacerse escuchar o por no haber elegido otros medios que molesten menos a quienes no comparten sus ideas y, especialmente, a quienes no dan respuesta a sus reclamos.

Existe, sin embargo, otra forma de ver la cuestión: si al requisito de aviso previo se lo analiza como una forma concreta para que el Estado pueda asegurar que la protesta se lleve a cabo

sin obstáculos u obstrucciones irrazonables para terceros. Tal concepción estaría basada en la idea republicana de que la autoridad pública es la que sirve al pueblo y no al revés, y en que quien se está manifestando es, precisamente, parte del pueblo.

Las consecuencias de tal sentido son diametralmente opuestas a la del fallo mencionado. La falta de aviso podrá generar responsabilidades en el plano civil o administrativo, a partir de la demostración de la relación directa entre aquella omisión y un daño a los concretos derechos de terceros, incluido el Estado local o nacional, como puede ocurrir en los casos en que, sin aviso previo a la autoridad, una empresa titular de una marca de ropa deportiva organiza una maratón para cientos de personas en plena vía pública y genera serios accidentes de tránsito, u otra rompe la calzada y la acera para trazar el cableado de la televisión por cable y causa lesiones a peatones, o una comunidad religiosa decide realizar una reunión de feligreses en una playa pública e impide el paso de una ambulancia con un enfermo grave que muere por el retraso.

La concepción que invierta el planteo y que conciba al Estado como el encargado de cobijar al derecho a expresarse de la manera más amplia, dejaría solamente reservada a la criminalización a aquellas expresiones que no encuentran justificación porque no guardan relación de medio a fin entre la protesta y lo que se persigue con ella.

Notas

[1] Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, ed. Trotta, Madrid, 2008, pág.43.

[2] Op.cit. 1, pág. 55.

[3] Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 41.

[4] Fiss, Owen M., *Libertad de expresión y estructura social*, Distribución Fontamara SA, México, 1997, pág. 23.

[5] Op. cit. 3, pág. 43.

[6] La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su Artículo 13 que: “1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración, de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas...” Artículo 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; ...”

[7] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su Artículo 19 que: “1.- Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

[8] El Código Contravencional de la ciudad autónoma de Buenos Aires, Ley 1472, establece en su artículo 78 “Quien impide u obstaculiza la circulación de vehículos por la vía pública o espacios públicos, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$200) a un mil (\$1.000) pesos. El ejercicio regular de los derechos constitucionales no constituye contravención. A tal fin deberá, con razonable anticipación, darse aviso a la autoridad competente, debiendo respetarse las indicaciones de ésta, si las hubiere, respecto al ordenamiento.”

[9] El artículo 194 del Código Penal 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.”

[10] C.N.C.P., Sala I, “Schifrin, Marina”, rta. 3/7/2002, Registro 5150.1. El voto de la mayoría sostuvo que “El ejercicio del derecho de reunión, cuando las reuniones o manifestaciones –pacíficas por cierto- se realizan en la vía

pública, requiere permiso policial, del mismo modo en que si el carácter de las reuniones de los partidos políticos hace presumir gran cantidad de público, porque en tal caso el aviso previo policial permite que se tomen medidas de seguridad adecuadas. En el caso, dicho permiso no ha existido, y, por lo tanto, el ejercicio del derecho constitucional indicado no ha sido regular.”

[11] *Gargarella, Roberto, El derecho a la protesta, el primer derecho, pág. 52.* Concretamente en el análisis que realizó sobre el fallo “Alais” de la Sala III de la CNCP en el cual los jueces habían remarcado que los imputados no consiguieron una autorización policial para realizar las reuniones o manifestaciones que llevaron a cabo

[12] *Op. cit. 1.* Allí explica la diferencia que existe entre la “mera legalidad” y las formas de “estricta legalidad”. La primera consiste en una técnica legislativa que sirve de medio para legitimar el ejercicio contra la violencia institucional con la forma de autorización legal fuera de los parámetros de “estricta legalidad”, es decir el que se vincula con las formas propias del Estado de derecho contenidas en la constitución.

[13] *C.N.C.P., Sala I, “Schifrin, Marina”, op. cit. 10,* citado por la presentación *amicus curiae*, en el recurso de queja ante la CSJN, surge que: “... *la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio y que otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, lock-outs u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso.”*

[14] *Zaffaroni, Eugenio Raúl, El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social, JA, 2002-IV, fascículo 7, p. 29.*

[15] *Sala I, “Dolmann, Francisco Alejandro y otros, s/ infr. Art. 78 CC”, rta. 27-3-2009.*

[16] *Instituto Nacional de Tecnología Industrial.* Es un organismo autárquico que se dedica a la investigación del desarrollo industrial.

Bibliografía.

Barron, Jerome y Dienes, C. Tomas, *First Amendment Law*, West Publishing Company, St. Paul, MN.

Bertoni, Eduardo A.- Bovino, Alberto – Guariglia, Fabricio – Gullco, Hernán V., *Libertad de prensa y derecho penal*, ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Bianchi, Enrique Tomás – Gullco, Hernán Víctor, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, Librería editora platense, La Plata, 1997.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, ed. Trotta, Madrid, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, ed. Trotta, Madrid, 6ª. Edición, 2006.

Ferreira, Marcelo, *Derecho a la Libre Expresión*, en AA.VV. Derechos Humanos, dirigida por Agustín Gordillo, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1990.

Ferreira, Raúl Gustavo, *La Constitución Vulnerable*, ed. Hammurabi, 2002, pág. 46.

Ferreira, Raúl Gustavo, *Tensión entre principios constitucionales...*, Lecciones y Ensayos, 2002-77, Facultad de Derecho UBA- Lexis Nexis.

Fiss, Owen M., *La ironía de la libertad de expresión*, ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

Fiss, Owen M., *Libertad de expresión y estructura social*, Distribución Fontamara SA, México, 1997.

Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008.

Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social*, JA, 2002-IV, fascículo 7, p. 29.

Von Hirsch, Andrew, *Censurar y castigar*, ed. Trotta, Madrid, 1998.