



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

*DICTAMEN N° 10647
"ACOSTA, Josefina Regina s/
entorpecimiento de servicios
públicos" Causa N° FSM
3884/2013/5/CFC2
Sala 4 FN 97504/2013*

DESISTE RECURSO

Cámara de Casación:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía General N°4 en los autos N° FSM 3884/2013/5/CFC2 del registro de la Sala IV, caratulados "ACOSTA, Josefina Regina s/ entorpecimiento de servicios públicos", me presento ante Uds. y digo:

Llegan a esta instancia los presentes actuados en virtud del recurso de casación interpuesto por el Fiscal contra la resolución del 28/06/2016 del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Martín que resolvió hacer lugar a la solicitud formulada por la defensa oficial en los términos del art. 361 del CPPN y sobreseer a Josefina Regina Acosta por mediar la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 3 del C.P. (estado de necesidad) y arts. 336 inc. 5 y último párrafo, 361, 530 y concordantes del C.P.P.N.

1) Antecedentes de la causa

El hecho que se le imputó a la nombrada fue haber interrumpido el servicio público de trenes de la línea "General Belgrano", el 28/09/2013 desde las 9.00 hasta las 9.54 horas aproximadamente, cuando -junto a un grupo de vecinos- se manifestaron sobre las vías del ferrocarril y la calle Rawson de la localidad de Malvinas Argentinas, provincia de Buenos Aires, a unos 300 metros de la estación Adolfo Sourdeaux.

Según los manifestantes, lo hicieron en reclamo de "seguridad" porque habían sido amenazados por un grupo de personas que querían tomar posesión de sus casas precarias para comercializar estupefacientes.

El juez preventor sobreseyó a la imputada al entender que había existido un error de prohibición invencible. Ello fue recurrido por el Fiscal y la Sala II -Secretaría Penal n° 4- de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín revocó el auto apelado. En base a lo resuelto, el Juzgado dictó el procesamiento de

Acosta por considerarla *prima facie* autora materialmente responsable del delito de entorpecimiento del normal funcionamiento del transporte público (art. 194 C.P.). Contra esta resolución, la defensa presentó un recurso de apelación, el que la Cámara de Apelaciones rechazó y de esta forma, confirmó el auto impugnado.

El 17/03/2015 el Fiscal solicitó se declare clausurada la instrucción y requirió la elevación a juicio. Iniciada la etapa de juicio correccional, se fijó audiencia de debate oral y público, pero fue suspendida a solicitud de la defensa, quien luego interpuso falta de acción y solicitó el dictado del sobreseimiento.

El Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de San Martín n° 2 hizo lugar a la solicitud formulada por la defensa en los términos del art. 361 del C.P.P.N. y sobreseyó a Josefina Regina Acosta.

Contra esta resolución, el fiscal interpuso recurso de casación. Sostuvo que la excepción de falta de acción que efectuó la defensa no era el medio idóneo para plantear argumentos defensivos de fondo vinculados con la inexistencia fáctica o jurídica del delito investigado. Que la conducta de Acosta no podía reputarse de ningún modo como “manifiestamente atípica”, a punto tal que el dictado del sobreseimiento se sustentó en la configuración de una causal de justificación.

2) Adelantos sobre encuadre jurídico

Más allá de los óbices formales respecto de la inteligencia literal del Código Procesal Penal de la Nación, en especial del artículo que aquí se invoca para la excepción de falta de acción (art. 361), lo cierto es que no puede priorizarse el medio por sobre el fin o propósito de enjuiciamiento penal en sí mismo lo cual, en este caso, se traduce en que no puede llevarse a juicio una causa por hechos que más allá de toda prueba, de manera manifiesta no constituyen delito alguno.

El problema de esta causa consiste en el encuadre jurídico de determinadas conductas llevadas a cabo mediante protestas sociales que toman el espacio público con el único fin de dirigir sus reclamos, para hacerse oír por las autoridades que no han recibido ni canalizado sus solicitudes. Ello no debería ser sujeto a medidas tan gravosas e intensas como su criminalización, porque ello conduciría a la penalización de manifestaciones sociales pacíficas que no encajan exactamente en las normas penales y que son desarrolladas en ejercicio de derechos de jerarquía superior, como son la libertad de expresión, de petición y reclamo a las autoridades, de reunión, asociación, etc. Más aún cuando en el caso, existió una



denuncia previa formalmente efectuada ante la justicia por los atentados que sufría la imputada y vecinos, y de la que no se obtuvo rápida respuesta ante un peligro inminente de repetición sobre la integridad física o material de todos ellos.

3) El delito del artículo 194 del Código Penal y el contexto en que es aplicado

En los últimos tiempos en la Argentina aparecieron fenómenos novedosos y se intensificaron otros ya conocidos que, en síntesis, consisten en la producción de manifestaciones tumultuosas en lugares públicos, llevadas a cabo con medios bastante precarios o poco sofisticados o al alcance de cualquiera, que no son organizadas desde alguna institución pública o privada, que producen cortes de calles, rutas, puentes, de accesos del más variado tipo y de otras vías de comunicación terrestre, muchas veces seguidas de acciones violentas contra las fuerzas de seguridad, funcionarios y particulares, y/o de daños de todo tipo a la propiedad pública y privada.

El fenómeno, en su origen, tuvo de novedoso el hecho de que esas manifestaciones eran producidas por personas desocupadas o subocupadas y que no pertenecían a ninguna clasificación más o menos conocida. En el proceso de encasillamiento o etiquetamiento por parte de los comunicadores sociales, se intentó marcar una diferencia con otras formas de expresión pública y numerosa, como por ejemplo, los ahorristas estafados, los ambientalistas, los feligreses, los maratonistas, los vecinos que reclaman mayor seguridad, las víctimas de delitos de distinta especie, entre muchos otros. A estos otros grupos se lo llamó “piqueteros”.

La característica de nuestros “piqueteros” es que no tienen un lugar de poder desde donde reclamar, relacionado con el hecho, omisión o circunstancia que lo genera. No tiene sentido que hagan huelga si reclaman más seguridad en un barrio, o que petitionen en o ante sus lugares de trabajo, si lo que piden es un semáforo en la esquina, ni que anden con pancartas en las esquinas o banquetas porque son tantos los reclamos sociales por satisfacer que nadie les llevaría el apunte. Las autoridades no se colocan delante de los reclamos para prevenirlos, sino que actúan por reacción ante un caos descomunal que ya nadie puede controlar.

Se ven perjudicados quienes no participan, especialmente en su libertad ambulatoria e, indirectamente, en su trabajo, sus negocios, y todos los derechos que dependen del ejercicio de la primera en ese preciso lapso.

Existe toda una línea de pensamiento que cree que estos “conflictos sociales” deben ser tratados por el derecho penal. Así, se criminalizaron y judicializaron muchísimos casos de lo que ha dado en llamarse la “protesta social” (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, causa 3905, registro N° 5150, “Schifrin, Mariana”, resuelta el 3/7/2002, publicada en La Ley, 2003-B-501). Para ello, se utilizan dos vías, una directa, mediante la aplicación de las figuras delictivas previstas para los casos de ocupaciones e interrupciones de las vías de comunicación; la otra indirecta, a través de las figuras estructuradas sobre una base de desobediencia o de resistencia a las órdenes de la autoridad.

En el presente caso, la conducta se tipificó en el artículo 194 del Código Penal que establece “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”. Ese delito está ubicado en el Título VII “Delitos contra la Seguridad Pública”, Capítulo II “Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación”.

A continuación intentaré abordar los problemas que presenta la norma desde el punto de vista de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

4) Atipicidad de la conducta

En autos no hubo acción típica alguna. Veamos.

Existe una primera limitación a la represión de estas conductas, a partir de las posibilidades que da el tipo legal. Se debe respetar el sentido histórico de la ley, el ámbito de prohibición de la norma que fue el tenido en cuenta por el legislador al diseñarla, que no puede ser sobrepasado sin serios fundamentos. La aplicación de este principio debería hacernos concluir que las normas penales mencionadas no fueron concebidas para criminalizar cortes de calles, vías de comunicación o espacios públicos por grupos de personas que protestan de una manera preponderantemente pacífica y que no han puesto siquiera en peligro la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y comunicación. El test para corroborar la corrección de esta conclusión es el de considerar que otro modo de explicar la norma nos conduciría al infinito: también deberían ser



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

criminalizados por obstruir la vía pública los dueños de restaurantes que ocupan las veredas con mesas y sombrillas, con o sin autorización administrativa, porque esta última, al tener sólo jerarquía normativa municipal, no podría ir en contra de una ley nacional, el Código Penal, es decir, eliminar la tipicidad o autorizar la comisión de una conducta prevista en un tipo de la ley penal nacional (art. 31 Constitución Nacional).¹

En un caso similar, en la causa N° 4859 “Alais, Julio Alberto y otros” registro N° 199/2004 de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal, del 23/04/2004, la jueza Ángela Ledesma, en disidencia, señaló que no había existido peligro para el bien jurídico cuando el servicio del tren ya estaba interrumpido con anterioridad al corte que habían dispuesto quienes protestaban.

En este caso, los manifestantes liderados por Acosta habían dado aviso al empleado de la boletería del ferrocarril y éste se encargó de avisar a la empresa, para que disponga la interrupción del servicio. Es decir, no se dio la circunstancia de estar el tren en movimiento y que la gente a bordo y otras personas y bienes corrieran peligro ante un entorpecimiento de la marcha del tren, ya sea -por ejemplo- por la colocación de objetos en las vías o ante un corte intempestivo que no permitiese al conductor preverlo y detener su marcha. Nada de ello ocurrió. El corte fue anunciado y la interrupción del servicio se llevó a cabo antes de que los manifestantes se colocaran en las vías.

En igual línea de pensamiento, se expresó en disidencia el juez Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso en la causa 3905, registro N° 5150, “Schifrin, Mariana” del 3/7/2002 de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal. Allí, sostuvo que si se siguiera con el criterio de la mayoría, deberían ser criminalizadas todas las manifestaciones públicas de cualquier signo y propósito (ej. reparación de una calle, una procesión religiosa, la disposición de camiones de una mudanza, los fanáticos de algún personaje famoso que esperan en las inmediaciones del hotel, etc.).

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

¹ De Luca, Javier Augusto, “*Piquetes, un banco de pruebas para el derecho penal*”, en “Cuestiones Penales, homenaje al profesor doctor Esteban J.A. Righi”, AA.VV., coordinador Gustavo Bruzzone, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, febrero 2012, pág. 303 a 340.

la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación”, que sólo 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 sólo los previstos en la ley nacional (arts. 18 y 75 inc. 12 CN). Las molestias o violaciones de otros derechos (como el funcionamiento de una línea de ferrocarril) 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 los trenes no ponen en peligro la seguridad de los medios de transporte ni a los usuarios o terceros. 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, 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, la afectación de una vía del ferrocarril 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 las vías. Si bien al momento de los hechos no estaba vigente, hoy en día 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 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), vigente al momento del hecho, 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.



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

Es necesario destacar que los manifestantes eran un grupo desorganizado de pocas personas, vecinos que sólo querían reclamar seguridad para sus familias, desarmados y que no efectuaron ningún disturbio con ánimos de dañar a terceros o a sus bienes, sino que simplemente deseaban captar la atención de los medios de comunicación a fin de que las autoridades den respuesta rápida a su reclamo.

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

5) Las causas de justificación

Aun suponiendo que la conducta fuera típica y que la conducta encuadrara dentro del tipo del artículo 194 del Código Penal, en la siguiente etapa de análisis nace un problema muy serio que es el del ejercicio de derechos constitucionales y sus conflictos con normas penales prohibitivas o imperativas, que puede ser tratado en el ámbito de la tipicidad ampliada o el de antijuridicidad-justificación y, en este último caso, con distintas consecuencias según la teoría que se siga.

Debo aclarar que soy de la idea de que cuando los magistrados aplicamos el Código Penal, debemos hacerlo con todas sus disposiciones y no solamente las de la parte especial. Sigo.

En primer lugar aparece el estado de necesidad (art. 34, inc. 3° CP), especialmente en los casos 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 graves². Es lo que concluyó la juez en lo correccional federal.

Entremezclando la necesidad con la libertad de expresión, o mejor dicho, incorporando a la necesidad como requisito del ejercicio de aquella, en

² 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. Suplmento de Derecho Constitucional de La Ley, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2000

“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”*.

Sin embargo, el instituto del estado de necesidad justificante tiene el problema de su estrechez, esto es, que no satisface todos los intereses jurídicos involucrados en los casos, porque el estado de necesidad está pensado 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 sobre derechos que no pueden ni se pretende que sean satisfechos inmediatamente (aumentos de salarios, construcción de obras públicas, asignación de recursos para el esclarecimiento de un hecho delictivo, etc.) y otras, simplemente, solo tienen el propósito de poner de manifiesto el recuerdo, el homenaje, el dolor, el ejercicio de la memoria, con múltiples finalidades sociales y políticas (manifestaciones para el recuerdo de atentados, de grandes catástrofes, de accidentes de tránsito, del fallecimiento de una persona destacada para el grupo manifestante, etc.).

A mi modo de ver, este tipo de situaciones pueden recibir mejor tratamiento a través del instituto del legítimo o regular ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º, CP). Éste ha tenido poco tratamiento por la doctrina penalista porque no aborda temas preponderantemente penales, sino remite al análisis de todo el ordenamiento jurídico, permitiendo su entrada a la teoría del delito con la que debe convivir.



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

En tal orden, los derechos de peticionar a las autoridades, de reunión y de libertad de expresión (arts. 14, 36, 37 C.N.; arts. 13, 15, 16 y 23 CADH) pueden funcionar como límite a la antijuridicidad de la conducta. 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 colisiona 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”*³

Además, agregó que *“El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado [demostraciones en la vía pública], tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus*

³ Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de expresión y Pobreza–, párr. 34

*puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente*⁴.

Como en cualquier causa de justificación, rige el principio por el cual debe emplearse el medio menos lesivo para alcanzar la realización del derecho (o permiso) de que se trate. En este punto debe aclararse qué se entiende por necesidad o, mejor dicho, necesidad, que es la guía de la proporcionalidad entre medios y fines. Como en cualquier otra justificante, no se actúa por obligación sino por elección, de modo que la necesidad no radica en la antinomia “cortar” vs. “no cortar la ruta”. No están obligados a hacer lo segundo, sino facultados a hacer lo primero. El criterio a seguir es que cuando eligen libremente ejercer esa facultad (ese derecho), están autorizados a hacerlo hasta donde sea necesario para satisfacer el objetivo propuesto (p. ej. llamar la atención de los medios de comunicación, conseguir una audiencia con el funcionario que debe tratar el problema, etc.), pero no más allá.

El contenido del reclamo, su causa y objeto perseguido, servirán para evaluar esa relación de determinación, necesidad y proporción. En este caso existen referencias claras al motivo del conflicto: el peligro de usurpación que corrían los vecinos. Además, la duración del corte fue de tan sólo cincuenta y cuatro (54) minutos hasta captar la atención de los medios de comunicación, no se constataron daños o agresiones a terceros y cualquier otro medio de transporte podía llegar a ese destino; por lo que no puede considerarse excesivo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

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, etc.). El hecho de que sólo los cortes -ya sea de rutas, calles o vías férreas- 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

⁴ Informe Anual, *ob cit*, párrafo 35 *in fine*.



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

pretende criminalizarlos en razón de su contenido o por la calidad personal de sus integrantes o por resultar molestos para la autoridad.

Ello puede verse con claridad en la causa “D.E., M. s/ querrela” n° 46.586 del 06/04/1995, en la que la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, ante importantes manifestaciones públicas de vecinos del partido de Vicente López por la construcción de la autopista Panamericana, se inclinó por la no criminalización de tales “cortes” de una de las vías de circulación y comunicación más importantes del país y revocó el auto de procesamiento que se había dictado. Debe señalarse que la misma Sala ha cambiado de opinión, y habilitó poder punitivo en otros casos de protestas sociales (CFSM, Sala I, causa “Bogado, Ramón y Hermosilla, Javier, empleados de la empresa Kraft”, del 22/2/2011, publicado en el Suplemento Penal de La Ley, 2011, mayo, 75, La Ley 2011-C-306; causa 4452/5 “Antón, Luis Alberto y otros s/ inf. Art. 194 CP”, resuelta el 23/06/2005; causa 1567/11 “Av. Inf. Art. 194 CP, imputado Costilla, Hugo Alberto”, resuelta el 22/09/2011, registro 5756). La Sala II de esa misma Cámara sigue este mismo criterio.

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...”*⁵

Las manifestaciones en la vía pública llamadas comúnmente “piquetes” muchas veces son el único recurso de los miembros más postergados o

⁵ Corte IDH, caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 107

desventajados de la sociedad para reclamar por sus derechos o por lo que creen 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 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”*.

De modo que puede concluirse que mientras las manifestaciones públicas se limiten a reunirse, gritar o vociferar, discursos o cánticos, cortar las calles o rutas, exhibir pancartas o banderas, de una manera pacífica, se las debe catalogar como conductas expresivas.⁶

Esta situación jurídica pone en tela de juicio muchos de los actos de autoridad que se pretenden llevar a cabo contra los manifestantes, ya que sólo podrían ser censurados aquellos que no sean clasificados como “conductas expresivas”, tales como los actos de violencia física o de intimidación, o de daños.

El caso de autos se refiere a una protesta que podría inscribirse dentro del ejercicio de un derecho constitucional y que no ha puesto en peligro el bien jurídico protegido o que reclama ofensa por el art. 194 CP que es por el hecho por el que fue acusada Acosta. No se trató de un piquete como medio para cometer otros delitos, por ejemplo, extorsiones a autoridades o a particulares, etc. que serían

⁶ Gargarella, Roberto. Por qué el fallo “Alais” es (jurídicamente) inaceptable. Jurisprudencia Argentina, 2004-III, fascículo N° 1, del 7/7/04, p. 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, p. 61. 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.



perfectamente punibles, sino que se trató de una protesta como conducta claramente expresiva en reclamo del pleno goce del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional).

Es evidente que la conducta desplegada por Acosta no puede ser criminalizada por no encuadrar en ninguna figura legal penal.

6) Culpabilidad

Algunos tribunales y la Procuración General de la Nación han advertido que, aunque todos los filtros de la teoría del delito analizados hasta aquí fueran sorteados, aún puede existir un error invencible de prohibición o una falta de conciencia total de antijuridicidad que elimina la culpabilidad. En efecto, si los tipos penales son vagos, si no es posible saber de antemano dónde termina lo legítimo y comienza lo prohibido, y si además existen todo tipo de manifestaciones públicas, no sólo de protesta, cuyas consecuencias son idénticas, sus autores pueden sentirse legitimados a participar y no es posible formular un juicio de reproche por ausencia de sus presupuestos (fue la posición del Procurador Fiscal ante la corte en la citada causa S.2682, XXXVIII, “Schiffrin, Mariana, en su dictamen del 10 de noviembre de 2003; y de la disidencia del juez Rodríguez Basavilbaso en la misma causa, en la instancia anterior de casación).

7) El exceso (art. 35 C.P.)

También se omite tratar en estos casos que aunque las conductas fuesen consideradas típicas, antijurídicas y culpables, podría caber la aplicación de la cláusula legal que regula el exceso en las causas de justificación o el ejercicio de los derechos (art. 35 CP). Ello así porque la eximente comprende casos en que los derechos no han sido ejercidos de un modo perfecto, pese a lo cual, la respuesta punitiva es totalmente diferenciada, en cantidad y calidad. En efecto, más allá de las discusiones dogmáticas sobre la naturaleza y ubicación en la teoría del delito de la disposición del exceso, lo cierto es que una vez que se ha decidido que estamos ante un caso de exceso, la ley reconduce a una hipotética figura culposa para castigar el hecho cometido en exceso del ejercicio de un derecho. Y como no existe el delito del art. 194 de manera culposa, y nuestro Código Penal adscribe al sistema de *numerus clausus* de delitos culposos o imprudentes, la conclusión debe ser también la exención de cualquier tipo de castigo.

8) Petitorio

Por lo expuesto, y en orden a las facultades que me confiere el artículo 443 del Código Procesal Penal de la Nación, desisto del recurso de casación interpuesto por el representante de este Ministerio Público Fiscal.

Fiscalía General N° 4, 11 de agosto de 2016.

Y