

Necesidad de precisar el ámbito situacional descripto por la norma, como contenedora del
desvalor de acción que le da sustrato material a la tipicidad

Por María Emilia Ferraro.

Introducción.

El presente trabajo intentará examinar algunas dificultades y discusiones jurídicas que surgen a partir de los conflictos o revueltas sociales que evidenciamos en la actualidad, a través de los denominados “cortes de ruta” o “piquetes”. Como es sabido estos últimos conforman la práctica de bloqueo de una vía pública con la finalidad de reclamar soluciones a los gobernantes, sean estos nacionales o locales. Entendido esto como la protesta social que se ha incrementado debido al proceso de ajuste estructural y consecuente profundización de la exclusión social.

Me referiré principalmente a ciertos fallos condenatorios que han surgido en los últimos tiempos y en particular a ciertas cuestiones que han sido dejadas de lado al resolver los mismos, y que - en mi opinión- requieren de un mayor análisis por parte de los jueces al momento de dictar sus sentencias.

Frente a estos supuestos, la jurisprudencia minoritaria, - y también cierto sector de la doctrina- han planteado la solución en el ámbito de la antijuridicidad, haciendo alusión así al *ejercicio legítimo de un derecho*¹ o a un *estado de necesidad justificante*. También hay quienes han encuadrado la solución en el ámbito de la culpabilidad, por darse en el caso un *estado de necesidad exculpante*, o bien, un *error de prohibición invencible*.²

Sin embargo considero que la cuestión debe estudiarse y buscarse su solución a nivel de la tipicidad objetiva.

A ese fin, como primer punto, siguiendo a Gargarella haré referencia sobre los problemas que presenta una “*concepción dependiente de los derechos individuales*”³, como el autor la denomina, haciendo en este punto referencia al escape al que recurren comúnmente los jueces en sus razonamientos al decir que “no existen derechos absolutos” o “que no existen derechos ilimitados”.

¹ En este nivel sería difícil llegar a una solución desde que es imposible conciliar los derechos que entran en conflicto, como señaló Slokar, en su conferencia en la Facultad de Derecho UNMDP, 21/10/2002.

² Conforme el voto del Dr. Juan Rodríguez Basavilbaso, CNCP, sala I, en causa n° 3905 –Marina Schifrin-

³ Roberto Gargarella, “El derecho ante los Cortes de Ruta”, NDP 2001-A ,Ed Del puerto pp 48 y 49.

Con todo, el eje del presente es hacer hincapié en la necesidad de que los jueces, en un sistema democrático de derecho, precisen el ámbito situacional descripto por la norma, como contenedora del desvalor de acción que da sustrato material a la tipicidad.⁴

I. Problemas que presenta un “concepción dependiente de los derechos individuales”

Como hiciera mención considero, siguiendo a Gargarella, que el escape habitual al que recurren los jueces en los casos en que tienen que determinar un alcance a los derechos individuales, esto es, diciendo que “no hay derechos absolutos” o “no existen derechos ilimitados, como señala el autor citado *“muestra tener muy poco sentido informativo, y menos aún prescriptivo”...*” *esta postura sigue sin decirnos nada acerca del modo en que debemos obrar frente a cada caso concreto*⁵.

Esta forma de proceder, que como se dijera es muy común, consiste en apelar a valores o intereses generales que constituirían la base desde la cual interpretar todo el “entramado constitucional”. Ahora bien, a poco de entrar a analizar detenidamente esto, se advierte que la operación resulta irracional e incomprensible, ya que nos encontramos con un problema al querer conocer el contenido de ese “bien común” o “Interés general”. Corrientemente no será el mismo para todos los sectores de la sociedad en un mismo caso.

Así, coincido nuevamente con Gargarella quien acertadamente señala que *“podríamos preguntarnos si honramos el “bien común” cuando interrumpimos una manifestación de protesta, o cuando dejamos de hacerlo. O también, si custodiamos apropiadamente el “bien común” cuando silenciamos al opositor, o cuando le permitimos que lance sus críticas más severas”*.⁶

El problema es que se suele dar como fundamento que la protección judicial del “bien común” resulta necesaria, so riesgo de que se desmoronen todos los valores, lo que degeneraría en la erosión de la cohesión de la sociedad. Esto no puede sostenerse desde que se dejaría de tener en cuenta que las sociedades pueden cambiar sus valores, compromisos o convicciones morales sin que con ello se produzcan consecuencias sociales dramáticas.

⁴ Del voto de Dr. Falcone en Fallo del T.Oral Crim. Fed. Mar del Plata. 200/09/11- C.E.A, Publicado en La Ley, T 2001-C, pp. 80.

⁵ Roberto Gargarella, “El derecho ante los Cortes de Ruta”, NDP 2001-A, Ed. Del Puerto pp 48 y 49.

⁶ Roberto Gargarella, “El derecho ante los Cortes de Ruta”, NDP 2001-A, Ed. Del Puerto, pp 49.

Y aún partiendo del reconocimiento de valores predominantes en nuestro país, tampoco podríamos postular semejante razonamiento, máxime si tenemos una constitución que predica la “tolerancia de las ideas diferentes”. Así *“limitar o minusvalorar los derechos de algunos por contradecir las convicciones mayoritarias resultaría (como mínimo) muy cuestionable”*⁷.

No caben dudas que resulta peligroso recurrir a términos como los citados, esto es así desde que los mismos son ambiguos y por lo tanto pueden llevar a la imposición de decisiones autoritarias y arbitrarias, y justificar con ellas medidas restrictivas de la libertad. Ejemplos de ello son frecuentes en nuestra historia.

Frente a esta, encontramos la concepción de los derechos como “cartas de triunfo”, intrínsecamente valiosos, inviolables. De este modo sirven para proteger la autonomía individual, de manera que se respete la igual dignidad de cada uno. Así es que *“deben tratar de escogerse, en suma, todas aquellas teorías que se fundamentan en la consideración del hombre como persona a la que debe respetarse y protegerse por encima de cualquier clase de intereses colectivos.”*⁸

Dentro de este orden de ideas cabe afirmar que la mejor forma de protección o defensa de esa autonomía individual, se logra en un sistema democrático tal cual se encuentra, afortunadamente, consagrado en la parte dogmática de nuestra constitución y que ha venido a ser reafirmado por los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella.

Se debe fomentar un compromiso con un sistema democrático que permita contar con un - al decir de Gargarella - *“debate público robusto”*⁹. Y que asegure que todas las demandas, reclamos, que haya dentro de la sociedad, puedan ser escuchados. Que haya una real oportunidad de que los ciudadanos se puedan expresar ante las autoridades.

No debe perderse de vista que la protesta social surge a partir de incumplimientos por parte del Estado, y que por ende, si bien debe regular el ejercicio del derecho de libre expresión de ideas teniendo en cuenta circunstancias de tiempo, lugar y modo, no pueden las mismas convertirse en excusas que terminen desvirtuando el mismo.

⁷ Roberto Gargarella, “El derecho ante los Cortes de Ruta”, NDP 2001-A, Ed. Del Puerto, pp 50

⁸ Del voto de Dr. Portela en Fallo del T.Oral Crim. Fed. Mar del Plata. 200/09/11- C.E.A, Publicado en La Ley, T 2001-C, pp. 73.

⁹ Roberto Gargarella, “El derecho ante los Cortes de Ruta”, NDP 2001-A, Ed, Del Puerto, pp 53

Por su parte los jueces deben tratar de lograr que esas demandas sean realmente escuchadas. En este sentido el juez Brennan, de la corte de EEUU, ha expresado *“un buen juez debe tomar especialmente en cuenta que “los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos amplios de ciudadanos”*¹⁰

II. *Necesidad de precisar el ámbito situacional descripto por la norma, como contenedora del desvalor de acción que le da sustrato material a la tipicidad.*

Como se viene haciendo mención, las conductas que se criminaliza en virtud del art 194 CP surgen dentro de un contexto marcado por un alto grado de conflictividad social.

Si se observa, desde 1997 y febrero del corriente año se registraron 2828 bloqueos de rutas y avenidas en todo el país.¹¹ Esto demuestra que la situación socio-económica del país incrementó la protesta social en atención al proceso de ajuste estructural y a la consecuente profundización de la exclusión social.

Atribuir semejante calificación a tales hechos, responde a un criterio estrictamente formal, y significa una aplicación no analítica de la ley penal, que en un estado constitucional de derecho no tiene asidero desde que es menester que se indague materialmente el contenido de los tipos penales. Así *“la función jurisdiccional en un estado democrático tiene como principal función resguardar el sistema normativo considerado como un todo, incluyendo dentro del mismo una serie de principios que tienden a resguardar como “triumfos” según la certera expresión de Ronald Dworkin, los ámbito de libertad personal de los ciudadanos...”*¹²

Tampoco se puede olvidar que *“la tipicidad no sólo describe acciones, sino que refiere un ámbito situacional determinado, que configura la realidad de esa descripción, lo que conlleva un proceso de subsunción del complejo real, en la prescripción abstracta y general del tipo legal”*¹³

¹⁰ Roberto Gargarella, “El derecho ante los Cortes de Ruta”, NDP 2001-A, Ed Del Puerto, pp 56

¹¹ Según informe que puede consultarse www.nuevamayoría.com.

¹² Del voto del Dr Portela en Fallo del T.Oral Crim. Fed. Mar del Plata. 200/09/11- C.E.A, Publicado en La Ley, T 2001-C, pp. 73. Dworkin fue citado por primera vez por Petracchi en “Basterrica”.

¹³ Del voto del Dr Falcone en Fallo del T.Oral Crim. Fed. Mar del Plata. 200/09/11- C.E.A, Publicado en La Ley, T 2001-C, pp. 79.

Otro gran problema que se plantea es que, en general, se omite verificar en el caso concreto la existencia de una puesta en peligro en concreto del bien jurídico, de los bienes de las personas.

Esta verificación ciertamente no puede dejar de hacerse, es preciso que en el caso concreto se constate si *“el hecho a subsumir lesiona o, a menos, pone en riesgo el bien jurídico protegido.”*¹⁴

Con referencia al art 194 CP se puede afirmar que el bien jurídico es el servicio público en general, así con Soler podemos decir que *“el objeto contra el cual la incriminación va dirigida es el servicio en general, de manera que no existe tal delito mientras no se ha producido una interrupción o entorpecimiento del servicio mismo. La infracción tiene el sentido de castigar la interrupción de comunicaciones o de los servicios.”*¹⁵ En el mismo sentido se encuentra Creus, quien expresa: *“...deben afectar al 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, sino que es necesario que abarque al tráfico o la prestación del servicio...”*¹⁶

En ese orden de ideas, el hecho de que se produzca un simple entorpecimiento transitorio, con una vía alternativa que permita circular a solo unos metros (como en general ocurre en estos supuestos), y el hecho de faltar un perjuicio concreto penalmente relevante, impiden dar por cumplido el tipo objetivo del art 194 del CP. Esto es así desde que éste, como señalara la defensa de Marina Shiffrin, *“requiere la producción de un evento dañoso, un resultado real que haya afectado de manera indubitable los intereses de las supuestas víctimas del hecho que se acusa”*.

Con todo, como señaló Slokar¹⁷, sería importante hacer una reconstrucción genealógica del bien jurídico para la determinación del mismo, en el caso del art. 194 CP. Dicha importancia radica en que, de ser efectuada, se advertiría que las conductas que intentó prever la ley de facto 17.567/67, distan de ser las que son hoy las conductas de los cortes de ruta que se pretende abarcar dentro del tipo.

Por otra parte, no se puede dejar de advertir que son miles de personas las que asumen esta actitud día a día. Y menos que las distintas marchas, cortes de ruta, asambleas o

¹⁴ Del voto del Dr Portela en Fallo del T.Oral Crim. Fed. Mar del Plata. 200/09/11- C.E.A, Publicado en La Ley, T 2001-C, pp. 72.

¹⁵ Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, 1978, pp 540 y ss.

¹⁶ Carlos Creus “Derecho Penal – parte Especial” T. II, Astrea, Bs. As. 1992, pp 47.

¹⁷ Slokar, en su conferencia en la Facultad de Derecho UNMDP, 21/10/2002

reuniones, se llevan a cabo mediante convocatorias, siempre con conocimiento y paciencia de la autoridad.

Llegado este punto, considero que sería de aplicación la denominada “teoría de la tipicidad conglobante” que *“consiste en la comprobación analítica de si una conducta legalmente típica es también antinormativa a la luz de la consideración de la norma “conglobada” con las otras normas que integran el orden normativo, permite establecer si las conducta en juzgamiento se encuentra por debajo o por encima del nivel de ilicitud que la ley establece, en cuanto la misma sea potencialmente peligrosa para el bien jurídico que se intenta preservar.”*¹⁸

Teniendo en cuenta el marco en el que se dan estas protestas sociales - al que se hiciera mención ut supra- siguiendo a Bustos Ramirez, considero que debe hacerse un análisis de las relaciones sociales y de los individuos que *“nos permite una constante revisión crítica del sistema y no caer en exageraciones...””Se absolutiza lo que no se puede absolutizar, las relaciones sociales en constante cambio, transformación y perfeccionamiento a través de la historia.”*¹⁹

En este sentido es menester destacar la importancia de que los juristas vayan más allá de la consideración de que el acto es típico y contrario al ordenamiento jurídico, de que el injusto es la expresión de desvalores de acto y de resultado, de que el bien jurídico es el concepto fundamental para determinar lo injusto.

Así se observará que una conducta que es formalmente típica, materialmente no lo es. De no proceder de esta manera *“al juzgar al hombre por su conducta no lo está considerando en su real totalidad social individual, en su realidad histórica social. Un injusto personal que no descienda hasta esas consideraciones se quedará de todas maneras en lo formal, no podrá aprehender realmente lo injusto ni podrá explicarnos un sistema penal humano”*.²⁰

III. Conclusiones:

Teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, en mi opinión, la solución a la que se arriba en estos casos, esto es, a la criminalización de la protesta social, dista de ser acertada.

¹⁸ Del voto del Dr Portela en Fallo del T.Oral Crim. Fed. Mar del Plata. 200/09/11- C.E.A, Publicado en La Ley, T 2001-C, pp. 74.

¹⁹ Juan Bustos Ramirez, “Bases críticas del derecho Penal”, Editorial jurídica; Capítulo: “Consideraciones en torno al injusto”, Pp. 39.

²⁰ Juan Bustos Ramirez, ob., y pp cit.

Nos encontramos ante situaciones eminentemente complejas, conflictos sociales que obligan a ser más cuidadosos, y no perder de vista que, frente a una pluralidad de respuestas posibles, la herramienta penal –que es la más severa y la más drástica- es la menos idónea para dar respuesta a los mismos.

No deben olvidarse los principios que rigen actualmente en el derecho penal, esto es la mínima intervención, la ultima ratio, en suma, restringir al máximo el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado. Todo ello a la luz del evidente fracaso del sistema penal para resolver conflictos, y de la escasa capacidad de respuesta a la que se hiciera referencia.

Sin duda debe tratar de hallarse la solución recurriendo a diversas alternativas, distintas de la penal, desde que la misma no puede contribuir a una solución, y a su vez tiene un efecto negativo sobre la propia sociedad pues impide que se tomen otro tipo de medidas que sí podrían ser eficaces.

Por otra parte, cabe preguntarse, recurriendo a un análisis de las relaciones sociales, si no podríamos hablar de la existencia, por parte de todos, de tolerancia, consentimiento, aquiescencia, aceptación, colaboración, frente a este tipo de reclamos sociales.

Por último, y con referencia a la falta de tipicidad objetiva en el caso del artículo 194 CP, pueden mencionarse –a modo ejemplificativo - ciertos supuestos en que no habría un resultado real, una afectación concreta, indubitable, del bien jurídico que la norma intenta tutelar; esto es, cuando falta un perjuicio concreto penalmente relevante. Así, la conducta devendrá atípica cuando se haya producido simplemente un entorpecimiento pacífico por un período corto de tiempo; cuando se haya contado con la posibilidad de desviarse y circular a pocos metros por una vía alternativa; si no se produce la interrupción total del servicio, es decir sólo se ha impedido –por ejemplo- la circulación de un colectivo, etc.