

LAS VALLAS AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO SOBREE LA PROTESTA SOCIAL

Mario Alexis Barraza

Publicado en La Causa Laboral, 2024

Compartir en las redes sociales

Nuevamente asistimos en nuestro país al intento del capital de establecer en base a una lucha política, jurídica y cultural, imponer las supuestas libertades de mercado de mercancías, buscando el consenso social en base a la dominación cuasi monopólica de los medios de comunicación y el desprestigio de toda institución basada en la solidaridad, utilizando ciertos errores de los progresismo que hay llegado al poder y el control del estado en los últimos años.

El neoliberalismo como ideología, con intención de la toma del poder del Estado nace luego de la Segunda Guerra Mundial a modo de logia, en la pequeña estación de Mon Pelerin [1]Suiza en 1947, impulsada por Mises Von Hayeck, junto a Milton Fridman y otros notables intelectuales todos enemigos del Estado de Bienestar y del New Deal Norteamericano, tildaron a toda intervención en los mercados como una amenaza letal a libertad económica y política, tal cual lo expresó Von Hayeck en su libro camino a la servidumbre, impulsando decididamente la libertad de mercado, la desigualdad como motor de la competencia y del crecimiento económico, fundándose en la ideas económicas neoclásicas.

El constitucionalismo social por su parte desde la Convención de Filadelfia de 1947, más allá de algunas experiencias anteriores como la Constitución de Queretaro, impuso como lógica el logro de la Justicia Social a través de un Estado de Bienestar y los principios surgidos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, basadas en la ideas keynesianas de fuerte intervención del Estado, logrando en lo sucesivo lo que se dio en llamar la dorados años del capitalismo que se extendieron hasta mediados fines de la década del 60 del siglo pasado.

Existió un fuerte Derecho del Trabajo, el cual se complementa con una Justicia del Trabajo y especialmente las instituciones de Libertad Sindical como herramienta de los colectivos de trabajadores para obtener mejores salarios y condiciones de trabajo, lo que era esencial para el modelo económico que rigió esos 30 años posteriores a la segunda guerra.

En estos años el neoliberalismo si bien no tuvo mayor difusión ni acceso al poder de los Estados si se extendió intelectualmente por el mundo entero, a través del trabajo tipo logía que realizaron sus fundadores, y siendo que sus ideas representaban los intereses de las elites dominantes, incursionaron en innumerables instituciones políticas, empresariales, académicas.

Por ello al aparecer las primeras crisis del modelo de Estado de Bienestar, a mediados de los 60 con la baja de tasa de ganancia y luego el nacimiento de procesos inflacionarios, la crisis del petróleo (1973), los eurodólares, entre otros, el mensaje del pensamiento neoliberal comenzó a imponerse paulatinamente en el discurso económico imperante llegando al poder a través del golpe de estado de Chile en la periferia y en las elecciones Norteamérica de Ronald Reagan 1978 y de Gran Bretaña en 1980.

Los principales difusores de estas ideas expresaban abiertamente, que la causa principal de la crisis es el poder excesivo y nefasto de los sindicatos quienes han coartado el proceso de acumulación capitalista con sus requerimientos salariales y su actitud parasitaria, exigiendo del Estado de Bienestar cada vez más concesiones por ello estas primeras experiencias en el poder llevaron a cabo un duro ataque al derecho del trabajo y a los sindicatos en particular, volviendo a imponer figuras penales en la acción de los sindicatos, sirviendo de ejemplo el aplastamiento de la huelga de los controladores aéreos en el primer gobierno de Ronald Reagan.

Argentina vivió su primer fase neoliberal con la dictadura cívico-militar que estableció la bases para crisis económica y social y destruyó el tejido social y sindical asesinando y haciendo desaparecer a casi 30 mil personas, mayoritariamente trabajadores y militantes sindicales.

La segunda fase neoliberal, comienza ya en la segunda etapa del gobierno de Raúl Alfonsín y se profundiza fuertemente en los años 90, generando cerca de 200 mil despidos en cinco años, privatizó casi todas las empresas públicas, prohibió la negociación salarial, privatizó el sistema de seguridad social y modificó peyorativamente toda la legislación del trabajo, siendo una de los mejores ejemplos de implementación de las políticas del neoliberalismo.

En este contexto e introduciéndonos en el tema que nos convoca en este escrito, es de destacar la como este gobierno utilizó persecución penal a fin de intentar neutralizar y reprimir la protesta social. El por aquel entonces presidente de la Nación Carlos Menem ordenó, a los Fiscales de la Nación, perseguir y encarcelar a los militantes sindicales, barriales que realicen medidas de acción directa y entorpezcan el transporte, los servicios esenciales y otras medidas tomadas por el PEN, lo más bizarro de esta orden fue el modo, a través de una solicitada en un diario de gran circulación.

Luego de una breve década de cambio de paradigma al respecto de las manifestaciones públicas y protestas con cortes de calle o ruta, el Macrismo a través de la Gestapo Sindical y sus políticas represivas vuelve a las practicas menemistas o neoliberales, de perseguir el corte de ruta y las distintas acciones que los sindicatos plantean a fin de hacer más eficaces sus medidas de fuerza.

Actualmente otra vez, está en debate la penalización de la protesta social, la utilización del derecho penal como herramienta de represión de la protesta social, con la salvedad que en esta ocasión esta políticas con banderas de difusión de las distintas expresiones políticas del neoliberalismo en nuestro país, lo que pregonan las reformas laborales y la represión penal de los sindicatos como medio para llevar adelante la “reformas” necesarias para volver a crecer.

Incluso ya existen algunos casos de detención de dirigentes sindicales por realizar marchas en calles públicas y/o condenas a ex Ministros por no haber reprimido un piquete en la puerta de un establecimiento periodístico.

Es por ello que se escriben estas líneas para identificar desde la teoría del derecho penal cual puede ser la respuesta a estos intentos del poder real de llevar a la justicia penal a las personas que se manifiestan a fin de obtener mejores condiciones de vida y/o en protesta contra determinadas políticas de estado.

El derecho penal en la lógica constitucional, es una red contención del poder policial del Estado, cuya estructura posee una serie de vallas u obstáculos al avance de este poder contra las libertades de los ciudadanos. Por ello en referencia a las medidas legítimas de acción sindical, entre otras la huelga o piquetes de fábrica, las acciones de las personas sin trabajo, desocupados, dirigentes barriales u otros, consideramos que dentro de la teoría del delito LA antijuridicidad es una valla esencial a la punición de conductas que implican ejercicio de un derecho.

En los años noventa el caso SCHIFRIN[2], entre otros, marcó un hito histórico y paradigmático de discusión en el tema, debido a que el 21 de marzo de 1997, se realizó en Bariloche una asamblea de padres reunidos en la escuela de educación Técnica, luego varias horas de debate se resolvió, con la solidaridad de los docentes y los alumnos también presentes en la misma, realizar una manifestación en la Av. 12 de Octubre a la altura del denominado Puente Ñireco, al ingreso a Bariloche a fin de llamar la atención de quienes se encontraban a cargo de sostener la educación pública en la provincia de Río Negro.

Este acto no obedeció en modo alguno a un acto aislado y fuera de contexto, muy por el contrario fue la culminación de toda una serie de acciones previas de la comunidad a fin de obtener alguna respuesta por parte de las autoridades educativas provinciales responsables de la situación. Entre ellas se incluyeron diversos paros, manifestaciones en el Centro Cívico de la ciudad, comunicados de prensa, recursos administrativos y amparos judiciales presentados por padres y docentes en forma conjunta.

En este contexto de conflictividad social, aproximadamente 300 personas, llevaron adelante la medida de cortar la Av. incluso personas destacadas de la comunidad local de Bariloche, entre ellas el Intendente mismo, Sr. César Miguel y su Secretario de Gobierno.

La medida consistió en cortar la Av. 12 de Octubre durante algunas horas.

En este contexto el Juez Federal de Bariloche, a pedido de oficio por el Fiscal (sin denuncia) imputó el delito previsto y penado por el art. 194 del C. PENAL a seis personas de las 300 que concurrieron a dicho acto, para luego el 30 de marzo de 1998, decretó los procesamientos de Marina Schifrin, y otras cinco personas, quedando solo imputada y procesada la docente mencionada por no querer acogerse a los supuestos beneficios de la suspensión de la causa a prueba ya que no consideró que su accionar fuera delictivo, por tanto, no debía disculparse con la sociedad ni tener que realizar donaciones o trabajos comunitarios.

El 25 de septiembre de 2001, el Juez Federal "Leonidas Modes", dictó sentencia, y condenó a la Sra. Schifrin a la pena de tres meses de prisión en suspenso, estableciéndose como regla de

conducta las de fijar residencia y de “abstenerse de concurrir a concentraciones de personas en vías públicas de comunicación interjurisdiccionales en momentos en que se reúnan más de diez personas durante el plazo de dos años”. La negrita destaca la intención del poder político expresada en este juez federal, destaca la falta total de independencia de los jueces, y la funcionalidad de este poder federal a las ideas políticas neoliberales, asistiendo a una cooptación del poder judicial por los poderes reales de la sociedad. Cualquier parecido con la realidad.

Ingresando a la dogmática penal, podemos decir que los argumentos centrales de la defensa de Schifrin, en el recurso ante la Alzada, son la falta de tipicidad objetiva: analizada a la luz de la teoría de la imputación objetiva por considerar que existe, la realización de un riesgo permitido y una conducta no desaprobada socialmente y además la defensa se aferra a la aplicación del art. 34 inc. 4 es decir existencia una causa de justificación por ejercicio legítimo de un derecho excluyente de la antijuridicidad.

Independientemente de que en el caso concreto, por las características fácticas y particulares del caso existen suficientes elementos, como para considerar que no se ingresa en el tipo penal previsto en el art. 194.

El análisis que realizamos en este escrito, sostiene que la conducta en fin debe ser analizada a luz de la antijuridicidad, ya que consideramos que en esta categoría dogmática en la cual se da la solución de fondo a esta y otras conductas que puedan ser sometidas a la criminalización por el sistema punitivo, por el estado de policía y contra el estado de derecho que debiera de imponerse en nuestra democracia republicana.

LA ANTIJURIDICIDAD.

Según lo sostienen algunos importantes autores, podemos establecer que la teoría del delito, es un sistema de filtros a fin de determinar si una conducta en un caso concreto se puede configurar como delito y en tal sentido el Estado pueda aplicar una pena sobre la persona autora de dicha acción.

En primer lugar podemos decir que el primer filtro está constituido por el INJUSTO, que a su vez está abarcado por la categoría del tipo y de la antijuridicidad, afirmado que la conducta supera estos filtros, a los cuales haré referencia, se puede recién allí ingresar al análisis de la CULPABILIDAD.

No obstante esta división a la que se hace referencia no es pacífica, ni unitaria en la doctrina y jurisprudencia, no obstante decimos que dada una conducta típica, (teoría de la imputación objetiva), dicha conducta, aún por sí sola, no constituye un injusto penal o delito ya que resta analizar si dicha conducta no se encuentra permitida

Esta permisión, puede es denominada por cierta doctrina como elementos negativos del tipo, en el sentido que dada la conducta descrita por la norma misma no se encuentra permitida por una causa de justificación.-

Centraremos nuestro análisis en las Teoría de la Antijuridicidad de Hans L. Günter y de Eugenio Raúl Zaffaroni.

HANS LUDWIG GÜNTHER:[3] realiza en primer lugar una concepción tripartita del concepto de hecho punible, que debe ser típico, antijurídico y culpable.

Le da a los dos primeros la conceptualización genérica de injusto penal, y los diferencia, diciendo que existen dos clases de injusto, el de carácter general y específicamente jurídico-penal. Que siendo la "pena criminal la forma más intensa de desaprobación de una conducta que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal.

Sostiene además que todo injusto jurídico-penal, es un injusto para todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es a su vez un injusto jurídico penal, que este, es un injusto cualificado especialmente, según en el análisis de Diaz Ripollés, [4] quien críticamente estudia lo que ha de llamar La Postura diferenciadora de Günther.

El trabajo fundamental de Günther, publicado en 1983 intenta exponer de modo más ordenado lo que constituye sin duda unos de los esfuerzos más elaborados por introducir contenidos políticos criminales en las categorías del delito, sosteniendo que la unidad del ordenamiento jurídico, si bien tiene como finalidad general garantizar las condiciones de existencia internas y externas de una comunidad, cada rama del derecho dentro de esa finalidad, posee fines parciales derivados de ese fin general y ligados a las particularidades de su materia de regulación.

En este contexto el autor sostiene que debe existir un rechazo a las contradicciones valorativas y normativas que se den en este objetivo de carácter general, siendo este principio de unidad del ordenamiento jurídico un simple principio regulador que no exime de averiguar diferencia teleológicas de los diversos sectores y conceptos jurídicos.

Este autor sostiene que el derecho penal en su conjunto, y el concepto de delito a él ligado, poseen consecuentemente unas referencias teleológicas específicas. No le corresponde una función configuradora del orden social o estatal sino una más limitada, centrada en la mera protección de determinados bienes jurídicos y los protege de la manera más severa que existe dentro del orden jurídico aplicando a los que lesionan dichos bienes la sanción más severa de que dispone. Por ello el principio de proporcionalidad le indica que se debe aplicar pena solo a un tipo de injusto lo suficientemente grave como para ser merecedor de ella.

Luego de desarrollar las funciones de esta categoría de la antijuridicidad, como la que debe establecer la coherencia del derecho penal con el resto de las ramas del derecho como así también de diferenciar a esta rama de las demás, Günther plantea la necesidad de subdividir las causas de justificación en dos tipos, las no genuinas (que le quitan a la conducta su ilicitud ante todo el sistema jurídico y las genuinas que le quitan ilicitud al solo efecto de ser merecedor de pena, es decir deja de ser antijurídica la conducta solo para el Derecho Penal, manteniendo su ilicitud en otras ramas del derecho, pueden existir conductas que no son merecedoras de pena, sin embargo pueden derivar en conductas ilícitas para otras ramas, civil o administrativa.

La antijuridicidad general proviene de la Filosofía del Derecho de los principios generales de éste y de la teoría jurídica en general. Esta es el presupuesto general pero no suficiente de las antijuridicidades específicas, propias de cada sector.

El derecho penal se basa en una antijuridicidad cualificada por el merecimiento de pena de la conducta del sujeto.

En realidad lo que sucede es que de la antijuridicidad general se seleccionan las conductas típicas, interviniendo luego la antijuridicidad penal como correctora de los resultados obtenidos en el tipo.-

En fin establece la siguiente relación entre tipo y antijuridicidad, mientras que en el tipo se selecciona a partir de criterios teleológicos-penales, de entre las conductas generalmente antijurídicas aquellas que son merecedoras de pena, la antijuridicidad se ocupa de confirmar, a través de un análisis, más individualizado, que puede tener circunstancias excepcionales, el juicio de injusto contenido en el tipo provisionalmente, lo que desarrolla atendiendo a elementos negativos de merecimiento de pena, es decir elementos que hacen que la conducta no sea merecedora de pena.

Sostiene el autor que el juicio de antijuridicidad penal no pretende ser, por tanto un criterio de distinción entre lo justo y lo injusto sino que, actuando en una fase ulterior pretende señalar el paso de lo injusto a lo injusto merecedor de pena.

Consecuentemente la exclusión de antijuridicidad penal no exigirá que la conducta en cuestión, haya pasado a ser lícita para cualquier sector del ordenamiento o para éste en su conjunto. Bastará que por circunstancias excepcionales dicha conducta no sea merecedora de pena, y por ello su desaprobación jurídica-penal.-

Así entendida la antijuridicidad se puede diferenciar las causales de justificación que eliminan el injusto para todo el ordenamiento jurídico, de aquellas que solo permiten eliminar el injusto para el Derecho Penal.-

Tenemos así entonces las causales genuinas y no genuinas de justificación que ya hemos descritos, las cuales son: cumplimiento de un deber, permiso de rango constitucional o autorización garantizada constitucionalmente, ejercicio de un derecho constitucional o fundamental.

Por tanto los “los derechos reconocidos por la constitución están sustraídos a la libre disposición del legislador ordinario; superan en fuerza justificante a las reglas permisivas de otras ramas del derecho y tienen una pretensión de validez frente a todos los sectores del ordenamiento jurídico. tales derechos se llaman derechos fundamentales. pues bien, en la medida que un sujeto en su comportamiento típico pueda ampararse en un derecho fundamental, no existe posibilidad alguna, ni para el derecho penal ni para otras ramas del derecho, de rechazar como antijurídico el ejercicio de un derecho fundamental...”.

Por ejemplo, dice el autor referido: “la libertad de reunión y manifestación, que incurran en unas coacciones típicas, no pueden ser antijurídicas.

Encontramos con esta conclusión una paradójica, semejanza con el caso Alí, de Mar del Plata, al cual se lo condenó, precisamente por coacción agravada.

Siguiendo con la enumeración de las causales de justificación tenemos: derecho de intervención en defensa de intereses preponderantes con obligación por la víctima de soportar tales injerencias y con validez en todo el ordenamiento: legítima defensa, estado de necesidad, pretensiones civiles y las autorizaciones administrativas. Derecho de intervención por renuncia de titular del bien jurídico: ej. Consentimiento expreso y presunto; Causas de exclusión del tipo, (causa genuina de justificación), solo elimina la ilicitud penal, sin pronunciarse sobre la ilicitud general del comportamiento. Causas de disminución del injusto: caracterizadas por que superan de modo insignificante el ejercicio de las tres primeras.

Se ha analizado el caso Schifrin, ya que constituye un ejemplo paradigmático del neoliberalismo reinante en los años 90, ya que ante el ejercicio de derechos fundamentales; de expresarse, por este y/o otros métodos, ante la defensa de derecho de carácter constitutivo de nuestra sociedad, como el derecho a la educación pública de los ciudadanos, sin haber sido escuchados de ninguna otra forma por las autoridades estatales, la defensa basada en la antijuridicidad general de la conducta es un medio idóneo para ello.

El autor que analizamos además pone como ejemplo las sentadas de bloqueo, como forma del ejercicio del derecho de reunión, y considera que existe según su teoría una disminución del injusto considerable para que se excluya el injusto de las coacciones, y será el grado de exceso de las sentadas de bloqueo las que determinarán si existe coacción o por el contrario sólo serán contravenciones administrativas contra la ley sobre reunión y manifestación.

No pudiendo mezclarse el contenido de las reclamaciones para condenar criminalmente la conducta ya que eso significaría según el autor una censura estatal de opiniones lo que para el Derecho Penal está vedado de modo especialmente estricto [5].

Eugenio Raúl Zaffaroni antes de ser elegido como miembro de la Corte Suprema, trabajó en esta temática y construyó un marco de solución dogmática de este caso concreto.

En su obra, Derecho Penal, Parte General [6] realiza un enfoque, caracterizando al delito, como un instrumento reductor del poder punitivo, que se estratifica en filtros selectivos.

La tipicidad, en un primer momento expresa la dialéctica de la tensión entre el estado de policía y el estado de derecho, al determinar la antinormatividad de la acción, es decir la contradicción de la conducta del agente con lo prohibido. La jurisdicción debe expresarse siempre en forma no contradictoria (republicana), y por ende, debe interpretar de ese modo toda la legislación y no sólo la parte que permite deducir normas.

No obstante se hace necesario reconocer que en determinadas circunstancias, la realización de la acción antinormativa se ejerce en el marco del ejercicio de un derecho que no puede negarse al agente, ya que es parte de su libertad social que disuelve el conflicto, o al menos la pretensión de injerencia punitiva, son estas, las cláusulas permisivas. De allí que de la legislación no sólo se deducen normas prohibitivas sino también preceptos permisivos y la jurisdicción debe interpretarlas no contradictoriamente.

En determinados casos la realización del tipo penal por parte del agente responde al ejercicio de su espacio de libertad. El relevamiento particularizado de estos casos se llaman causas de justificación o de licitud.

De este modo el Estado de Derecho excluye las manifestaciones más irracionales del poder punitivo.

Se denomina injusto penal a la conducta que es típica y antijurídica, en tanto que la antijuridicidad es la característica que resulta de juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana. El injusto es la misma conducta humana desvalorada. El injusto penal es una acción prohibida por el derecho penal, pero respecto de la cual ninguna ley penal o no penal reconoce el carácter de ejercicio de un derecho.

La conclusión que una conducta está prohibida jurídico-penalmente se llega luego de dos juicios, el de antinormatividad (tipicidad conglobada con el resto del ordenamiento jurídico), y el de antijuridicidad, es decir que no existe una norma que salve a la conducta de la prohibición, por tratarse de un ejercicio de derechos.-

Sintetiza Zaffaroni, al decir que la antijuridicidad de la acción típica es una síntesis de la presencia de la norma con la ausencia de precepto (permisivo), en tanto que la justificación de la acción típica es síntesis de la norma con la presencia de precepto.

El tipo es la razón de ser de la antijuridicidad pues esta no tiene razón de ser sin un precepto prohibitivo. Estrictu sensu lo único que establece la tipicidad es la antinormatividad, pues la prohibición que recorta la libertad de la persona sólo se verifica con el juicio de antijuridicidad, como síntesis de la antinormatividad y la ausencia de precepto permisivo que la abarque.

Los preceptos permisivos capaces de neutralizar el indicio de prohibición de la antinormatividad (causas de justificación o de licitud) no proceden solo del derecho penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico. La antijuridicidad es una característica del delito que no está dada solo por el derecho penal sino por la totalidad del orden jurídico.

Desde la perspectiva de un estado de derecho y desde una dogmática penal contentiva del ejercicio del poder punitivo y desde un derecho constitucional contentivo del Estado Policial, la relación entre imperativos y permisos es la siguiente: "los preceptos permisivos, como parte de la general libertad humana garantizada por la constitución nacional y el derecho internacional son la regla, y los imperativos la excepción: todo es lícito, excepto lo que está prohibido y ordenado."

Por ello los permisos legales o causas de justificación se inscriben en la categoría general de ejercicio de derechos.

El juicio de antijuridicidad es el reverso o el recorte de los permisos en general, derivados del principio de reserva mismo. Frente a un indicio de prohibición la antijuridicidad no interroga sobre la ausencia de permiso sino que por el contrario el juicio de antijuridicidad pregunta si el permiso constitucional se mantiene a través de un permiso legal, que de afirmarse deja a la acción inmune a cualquier interferencia de la norma de coerción.

En el caso de que el permiso prevalezca por tratarse de un permiso constitucional, la criminalización debe detenerse por la inconstitucionalidad de la norma que lo autoriza.

Por último a este respecto Zaffaroni opina que nuestro derecho positivo, es compatible y armónico con la ley constitucional e internacional, considerando que el ejercicio de un derecho del art. 34 inc. 4° C.P., es la fórmula general de las causas de justificación. Todos los demás tipos de causas de justificación representan casos particulares de justificación.

Específicamente con respecto al caso Shifrin y a la criminalización de la protesta social, expresamente Zaffaroni[7] ha dicho que en el caso concreto no hay tipicidad en la conducta desplegada por la persona, atento las especiales características del tipo que se ha elegido para imputar y condenar a la misma.

Sostiene que la mayoría en el fallo de Cámara establece que el tipo del art. 194, no sería de peligro sino de lesión y que ésta se produciría sobre el bien jurídico de los habitantes que son lesionados al no poder transitar durante una hora y media por la vía usual de circulación, o que se verían obligados a hacerlo por otra. Y considera que esa interpretación no es la correcta, que sin crear una situación de peligro común, en el contexto del capítulo de los Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación, no puede entenderse como equivalente a sin ningún peligro, sino como con un peligro que no sea común, es decir, con peligro individual.-

Luego de analizar los antecedentes históricos y la legislación comparada llega a la conclusión que todos los antecedentes requieren daño o peligro, lo que confirma la única interpretación constitucionalmente admisible en nuestro sistema.

Por lo expuesto, el autor considera que en el caso concreto analizado, existe en definitiva una falta de TIPICIDAD OBJETIVA y que no existe problema alguno de antijuridicidad.

No obstante de plantearse el problema, si se tratara de una carretera provincial o si el Congreso Nacional sancionase una ley tipificando una contravención federal, debería recurrirse a la causa de justificación del inc. 3 del art. 34.

Para el caso descrito, la solución sería, no la inc. 4 del art. 34, ejercicio de un derecho, sino la del inc. 3 es decir ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.-

Avala su posición el autor, en función que sí, se entra en la discusión del Ejercicio legítimo de un derecho, se caería en la eterna discusión de conflictos de derechos y se desembocaría en la discusión sobre el ejercicio regular de los derechos.

Se centraría la discusión, sin llegar a solución alguna, en la consabida expresión de que no existen derechos absolutos, y sostiene que no se resuelve nada ya que si bien no existe un derecho absoluto a manifestarse, tampoco existe un derecho absoluto a no sufrir retrasos, por ej. nadie sanciona a las compañías aéreas en los constantes atrasos de sus vuelos e incluso suspensión por no haber vendido suficientes pasajes.

Basado en la situación social imperante en nuestro país, y especialmente en la situación de reclamo de caso concreto sostiene que la solución por vía de antijuridicidad, dado, los

derechos o valores que se intentan proteger (derecho a la educación, salud, trabajo), se crea un verdadero estado de necesidad justificante, ya que estos valores o bienes son neto rango superior al derecho de transitar o no sufrir atrasos en el tránsito.

Por último Zaffaroni, rescata el voto minoritario, que establece que existe un Error de Prohibición, finalmente llegado el caso,, la conducta según el relato del autor no constituiría delito por falta de culpabilidad al entrar en un estado de necesidad exculpante, si es que se considera que los derechos en juego son de igual rango, art. 34 inc. 2.

CONCLUSIÓN:

El traer a colación el caso Shifrin, encierra la intención de poner en contexto la similitud de las circunstancias socio-políticas que desembocaron en la crisis argentina del año 2001, pobreza, analfabetismo, desempleo, endeudamiento desmesurado, falta de credibilidad de las instituciones democráticas, etc, con los supuestos fácticos que se están dando en la actualidad y la similitud de los discursos represivos de las elites dominantes que se expresan en opiniones políticas de centro, derecha o ultraderecha, cuyas únicas diferencias son la rapidez de los tiempos con que se pretende realizar las reformas neoliberales que predicán y la intensidad de la represión, sobre las clases dominadas y los afectados por dichas reformas, promocionado todas las políticas que llevaron a la crisis mencionada, flexibilidad laboral, privatización, ajuste fiscal, reducción de la base monetaria, suba de la tasa de interés, devaluación etc.

No obstante y ante la posibilidad real de nuevos gobiernos neoliberales alcanzados con voto popular, traemos al análisis herramientas que permitan coadyuvar a la defensa de todas aquellas personas que se manifiesten contra estas políticas, basadas en el Constitucionalismo Social y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal, todas normas superiores a las leyes y por ello trascendentes a un cambio de orientación ideológica de los gobiernos, esto en un análisis democrático.

Este marco normativo imponen un límite al poder punitivo del Estado y nos otorgan un esquema de dogmática penal que nos permite llevar a cabo la defensa de un sinúmero de conductas similares, piquetes, piquetes en puerta de fábrica, huelgas, cortes de ruta y demás conductas de protesta social, del tipo de las juzgadas en el caso concreto de la Sra. Shifrin, poniendo a disposición del análisis jurídica la categoría penal la antijuridicidad. Aún, para el caso que esta clase de manifestaciones de los luchadores sociales sean típicas, las mismas, no constituyen delitos, porque no son antijurídicas, es decir, no se encuentran en contra de todo el ordenamiento jurídico, y se encuentran autorizadas o existen una regla permisiva que ratifica el mandato constitucional de libertad de manifestar las ideas, haciendo que la conducta típica no sea antijurídica.

El ejercicio de los derechos en una sociedad, no se da, de manera romántica, ni de favor, ni todas los estamentos sociales tienen una tendencia al reconocimiento del derecho de los demás, esta visión idealista del mundo y la sociedad, lleva luego a conclusiones autoritarias que en el derecho penal hacen mucho daño.

Por el contrario, el derecho, su obtención y su mantenimiento, es el fruto de un largo proceso de luchas individuales, colectivas y sociales, Rudolf Von Ihering sostiene que el derecho se

obtiene mediante la lucha, y se mantiene mediante la lucha y que el que no lucha por su derecho no merece tenerlo [8].

Pero es mucho más fuerte la expresión de Francesco Carnelutti, [9] quien nos dice que la lucha es el derecho por ello va más allá que Ihering y nos explica que la constante lucha de las personas en sus estamentos sociales o clases sociales constituye el derecho.

Estas afirmaciones de la Filosofía del Derecho, nos permiten ingresar en la dogmática penal desde una posición, por ello creemos que un Derecho Penal Democrático o como lo llama Zaffaroni, un Derecho Penal reductor del Estado de Policía, debe necesariamente tener un referente dogmático, que permita darle a esta lucha por el derecho una solución sistémica, que no sea la pena, y creemos que dicha solución se encuentra de fondo en la categoría de la antijuridicidad con neto basamento en la Constitución Nacional.

Esto, por que en un sinúmero de casos, de protestas sociales, cortes de ruta, piquetes, manifestaciones, etc. indudablemente las conductas de las personas pueden fácilmente ingresar en el tipo penal, (independientemente del análisis particular de cada caso), pero que una conducta sea típica no quiere decir que sea delito, y consideramos que ciertas conductas típicas con ejercicio legítimo de un derecho, sobre todo en este contexto de constante lucha que se da en el plano sobre todo de los DERECHOS SOCIALES Y POLÍTICOS, ya que el orden constitucional e internacional lo permite, lo autoriza, lo consiente.

Zaffaroni, no dice que todas causas de justificación en definitiva son ejercicio de un derecho, por ello considero que cual sea la causa de justificación o precepto permisivo, dependerá del caso concreto y que como en el caso de Marina Shifrin, si hipotéticamente pudiéramos decir que su conducta es típica, como lo hace el voto mayoritario de la Cámara, consideramos que la misma es ANTIJURÍDICA por ser ejercicio de un derecho, “defender la educación pública”.

Por ello creo que el ejercicio legítimo de derechos fundamentales, no puede constituir bajo ningún aspecto, delito alguno ya que el derecho a la protesta, con sus diversas manifestaciones, derecho de huelga incluido, es un derecho fundamental que encuentra raigambre en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con rango de “ius cogens” internacional, según lo expresan: el art. 14 bis CN, art. 8.2 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, el derecho a expresarse libremente, arts. 13 CADH, 19 PIDCP, conf. art. 75 inc. 22 CN, el derecho a peticionar ante las autoridades (art. 14 CN), el derecho a reunirse (arts. 15 CADH, 21 PIDCP, conf. art. 75 inc. 22 CN) y, ante todo, el ejercicio de la libertad sindical garantizada por el art. 14 bis de la CN y de participar democráticamente en los asuntos relevantes para la comunidad (art. 23.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 21.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 20 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) [10].

Corresponde tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático» (CIDH, Protesta y Derechos Humanos..., cit., párr. 87).

Por su parte CLAUS ROXIN:[11], Alude también a la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, frente a la “resistencia del ciudadano frente a decisiones concretas e importantes del Estado.., para enfrentarse a una decisión que considera condenable éticamente e ilegítima con medios que van desde la protesta con manifestaciones y emblemas hasta infracciones de las reglas para provocar escándalo”.

Resulta interesante el planteo de GÜNTHER JAKOBS: [12] que si bien no plantea el caso específico si trae una definición en la categoría de la CULPABILIDAD, que puede ser usada para la solución del problema.

Jakobs, en su análisis de la categoría de la culpabilidad plantea una culpabilidad a la que denomina formal y la culpabilidad material, a la que define como, la negación de validez de normas legítimas, poniendo como ejemplo el siguiente: “si todos los bienes vitales están concentrados en manos de algunas pocas personas, puede que el ordenamiento jurídico garantice a los demás el derecho de propiedad sobre su propia persona y el derecho de adquirir la propiedad de bienes, pero como todos los medios de subsistencia de ipso se encuentran en manos ajenas, aquellos que no tienen nada más que su propio cuerpo difícilmente podrán aceptar ese orden como orden de lo general: la mera existencia de una personalidad abstracta es demasiado poco para que así lo hagan”, concluye JAKOBS, la culpabilidad material presupone normas legítimas.

No podemos dejar de mencionar que para JAKOBS, el Derecho Penal tiene como finalidad la estabilización de normas constitutivas de la sociedad.- Dice el autor, [13] “El funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad...”.Por ello el derecho penal tiene como prestación o función, dentro de la sociedad, la de garantizar expectativas sociales de vigencia de las normas y de cumplimiento de roles de las personas.

“...Es imposible desgajar al Derecho Penal de la sociedad, el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el Derecho penal.

Por consiguiente existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con la referencia al sistema social, del mismo modo a la inversa el Derecho Penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles...”

Por un lado no se puede degradar al Derecho Penal al papel de lacayo y dicho de modo metafórico, debe tener un aspecto respetable aún a plena luz del día...”.

En el caso Shifrin si bien lo que se defendía era “LA EDUCACIÓN PUBLICA”, ya saliendo un poco, de este caso específico, los piquetes, cortes de ruta surgieron en la argentina como consecuencia de un poderoso plan económico de concentración de la riqueza nacional y de transformaciones de carácter estructural que dejaron a poblaciones completas en el desamparo total, piénsese sin ir más lejos en el primer gran corte de ruta en CULTRA CO y luego en Gral. Mosconi.

Un derecho penal orientado a reprimir a quienes así se expresaron en contra de un orden económico, social y jurídico no legítimo, en palabras de JAKOBS, tiene muy mal aspecto aún a la luz del día.

[1] PERRY ANDERSON, Balance del Neoliberalismo, Conferencia en Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, 1996.

[2] El caso Schifrin, por DARIO Rodríguez Duch, Informe Anual 2002-2003, Comité de Acción Jurídica, La Situación de los Derechos Humanos en la Argentina, pag. 163-167.

[3] HANS LUDWIG GÜNTHER, La clasificación de las causas de justificación.-

[4] La Categoría de la Antijuridicidad en el Derecho Penal, José Luis Díaz Ripollés, Causas de Justificación y de Antijuridicidad en Derecho Penal, Luzón Peña-Muir Puig, Aranzadi, 1995.

[5] El tribunal Constitucional Alemán, en una situación de este tipo provocó una situación de tablas de cuatro votos contra cuatro, a favor y en contra de la existencia de una causa de justificación en el sentido explicitado (BGH 7° PAG. 206 y ss., 247,253 ss.).

[6] Derecho Penal Parte General, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Ediar, pag. 588 y ss.

[7] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Jurisprudencia Argentina, El Derecho Penal y la Criminalización de la Protesta Social, Informe CAJ, 2002-2003.

[8] RUDOLF VON IHERING, LA LUCHA POR EL DERECHO.

[9] FRANCESCO CARNELUTTI, ARTE DEL DERECHO, Ed. Jurídicas EUROPA, AMERICA, pag. 61.

[10] Texto Extraído del fallo plenario de la S.C.J.P de Mendoza, del voto minoritario de los Dres. Omar Palermo y Julio Gomez, en "NISCOLA Carolina c/ DGE. P/ REP"

[11] ROXIN, CLAUS, "Derecho Penal, Parte General, T I, 2° edición, Civitas Madrid, 1997, pags. 694, 697.

[12] GÜNTHER JAKOBS, Fundamentos del Derecho Penal, Traducción Cancio Meliá, Manuel, AD.HOC. pags.

[13] Günther Jakobs, SOCIEDAD NORMA Y PERSONA EN UNA TEORÍA DE UN DERECHO PENAL FUNCIONAL.

Imagen: Sao Paulo de Tarsila do Amaral