

Edición Nº 58 - junio 2010

## Criminalización y judicialización de la protesta social en Argentina: cuando la lucha y la resistencia popular se vuelven delito

Por Ana Musolino

Ana Musolino. Lic. en Trabajo Social. Universidad Nacional de Cuyo

### Capítulo II

#### «De la cuestión social a la cuestión penal.

#### Algunas nociones del Derecho y su relación con la criminalización de la protesta»

##### Introducción:

El presente capítulo intentará ahondar, conceptualmente, la cuestión de la criminalización y judicialización de la protesta, analizando elementos utilizados por los Estados a tal fin, en su propósito de corrimiento de la cuestión social a la cuestión penal, como parte de una estrategia de control social con un marcado carácter de clase. Para dicho análisis tomaremos, de entre otros, los aportes de Massimo Pavarini, exponente de la criminología crítica italiana, Eugenio Zaffaroni, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y Roberto Gargarella, sociólogo y abogado argentino, reconocido por sus aportes en materia de exigibilidad de derechos sociales.

En este trabajo se entiende que un aspecto clave en la criminalización y judicialización de la protesta social se relaciona con el desplazamiento del tratamiento de los conflictos sociales hacia lo judicial (específicamente hacia lo penal); por lo cual se considera a ambos como procesos sociales que incluyen diversas acciones (detenciones, represiones violentas, intimidaciones, etc.), que entreveran la construcción de una concepción, cada vez más arraigada, de la lucha popular como delito, al darle un tratamiento desde el derecho penal.

Esta política criminal es, en el fondo, **política de control social** frente a la organización popular, empleando cada vez más la legislación penal (y cada vez en forma más dura) para enfrentar y acallar, en definitiva, lo que la organización popular expresa: inconformidad frente a la exclusión, organización frente a derechos desatendidos, capacidad de resolver problemas comunitariamente cuando el Estado «desaparece», fuerza y poder para cuestionar el orden vigente. Política de control social ahí cuando el asistencialismo y sus políticas sociales focalizadas no cumplen uno de sus objetivos, relacionado a la contención del conflicto social, cuando se pone en juego la legitimidad del modelo y la pérdida de consenso.

Criminalización, entonces, que tiene un sentido *preventivo* y *aleccionador* en tanto «muestra» cómo responde el Estado frente a la demanda de los sectores populares organizados.

Así, la definición de delito, de delincuentes y su localización, la aparente contraposición de derechos, la jerarquización de los mismos en función de un tipo de ciudadanía, etc.; son elementos que develan, por un lado, que la criminalización de la protesta, estrechamente unida a la criminalización de

la pobreza, es una cuestión de clase. Y por otro que, en este proceso, la concepción de la lucha popular como delito y su «combate»; opera oponiendo la movilización popular y la organización de la pobreza a una supuesta *normalidad e institucionalidad democrática*. Normalidad que las organizaciones vendrían a romper con el caos generado a la ciudadanía a partir de sus acciones.

Contraponiendo nuestra concepción de protesta social como herramienta legítima del pueblo para exigir que se garanticen derechos constitucionales frente a gobiernos que incumplen con garantizar los mismos; sino además como el abanico de actividades que realizan cotidianamente las organizaciones y movimientos sociales en pos de superar e incluso transformar, colectivamente, las limitaciones que el sistema les impone; intentaremos, en este capítulo, profundizar sobre *algunas nociones del derecho* claves en este proceso.

Si bien no haremos un análisis exhaustivo del aparato jurídico, ya que la criminalización de la protesta es una cuestión eminentemente política y no jurídica; marcaremos algunos puntos importantes acerca del derecho, profundizando en el derecho penal, en la Teoría del delito y la Criminología, con el fin de dilucidar elementos puestos en juego en la temática estudiada y en la relación entre esas nociones y la protesta social. Todo esto nos permitirá contar con algunas herramientas útiles para el desarrollo de los capítulos posteriores.

## 1. Acerca de la Criminología y la Teoría del delito

«La teoría penal arrinconada en el formalismo -amen, como dijéramos antes, de otras inconsistencias explícitas- se convierte entre otras cosas en herramienta del «control social» para los excluidos de la sociedad» -1-

Massimo Pavarini, criminólogo italiano, señala a la Criminología como «una ciencia burguesa, nacida con la aparición del sistema capitalista de producción» -2-, marcando que es dicha sociedad burguesa la que demanda orden y disciplina social; partiendo de una única y principal preocupación: «cómo *educar* a los no propietarios a aceptar como natural su propio estado de proletarios; cómo disciplinar a estas masas para que no sean más potenciales atentadores contra la propiedad y al mismo tiempo, cómo garantizar que en la sociedad civil se realicen las esferas de libertad y autonomía, que son las condiciones necesarias para el libre autorregularse del mercado» -3-. Es decir, cómo hacer que los excluidos de la propiedad acepten las reglas del juego como *naturales* -4-. En este sentido, la criminología surge en el marco de un proyecto político que va creando y recreando la política de control social según las condiciones que la sociedad capitalista impone.

La criminología, entonces, viene a contribuir como «ciencia indicativa, para individualizar a los potenciales atentadores contra la propiedad, los socialmente peligrosos; se ofrecerá como saber práctico necesario a la política de prevención y represión de la criminalidad y será, a distintos niveles, utilizada tanto por el juez como por las fuerzas de policías» -5-. Así, se erige como herramienta clave con la que contará la clase dominante para mantener los niveles tolerables de conflictividad social, pues actúa caracterizando y estereotipando a los *potenciales* delincuentes.

En este sentido entendemos que, siendo el orden social la preocupación central, el problema criminológico se torna un problema de índole político más que jurídico o legal. Tiene que ver con la legitimación de un proyecto de sociedad, con la aceptación y contribución de la sociedad al mismo, con las formas legales o ilegales en que se logra el consenso a partir de la capacidad de controlar la conflictividad social.

Lo *legal* y lo *ilegal*, técnicamente, se dirimen en el ámbito del Derecho. Y lo relacionado a «lo criminal» en el **derecho penal**, que sería el encargado de los *delitos* y su consecuencia que es la pena. Qué se defina como tal, qué tipo de acción se considera delictiva y cuál no, etc. responde al posicionamiento que tal o cual sistema judicial tenga, y a la escuela que lo sustente (entre ellas: causalista, finalista, garantista, funcionalista).

Sin embargo, hay algunas **características** que constituyen a las acciones *en delictivas*. En tal caso, las diferencias entre escuelas van a reflejarse en la significación y el contenido que cada una de ellas, con principios y valores filosóficos determinados, le otorgue a tales características, conformando de tal modo la Teoría del Delito. «Siendo que el derecho penal se ocupa del delito y de su legal consecuencia que es la pena, adviene como necesario poseer de él un claro y preciso concepto con indicación de los principios de que parte, análisis de los elementos con que se maneja en su integración y su destino en la ley. Todo ello es lo que comporta la Teoría del Delito. Se comprende así, que no puede existir ninguna escuela de derecho penal que no tenga su propia Teoría del Delito; es decir, qué es lo que para ella es el delito» -6-.

La Teoría del Delito, entonces, está conformada por una serie de presupuestos jurídico-penales que deben darse para establecer la existencia de un delito, es decir, para que un hecho sea calificado como tal. De ese modo, *acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad* hacen a la estructura del delito.

Analizando cada uno de los elementos, diremos que la **acción** -7- es el fundamento primero de la teoría del delito. Debe haberse realizado u omitido la realización de un hecho para comenzar su juzgamiento como tal.

Siguiendo en esta línea, una conducta o acción sea convierte en delictiva, si ella es antijurídica. La **antijuricidad** «consiste en la contradicción, en la relación de choque, del hecho típico con el orden jurídico total vigente. El valor aceptado por éste como deber ser, es comprometido, enfrentado por el desvalor del hecho» -8-. La antijuricidad, entonces, radica en contrariar lo establecido por la norma. Entonces, es lo contrario a lo que el Derecho ha señalado como permitido, al tiempo que se encuadra en lo que el mismo ha determinado como prohibido. Aparece así la **tipicidad**, es decir, es necesario que «el hecho acaecido tenga la particularidad de adecuarse, encuadrarse en la descripción que de él haya hecho la ley penal en su cuño típico» -9-. Se denomina *tipicidad*, entonces, a la adecuación de una conducta a la descripción que de ella hace la ley (el *tipo*). En el *tipo* se incluyen todas las características de una acción prohibida que fundamentan su antijuricidad (ilicitud). Tipicidad y antijuricidad están estrechamente relacionadas, pues a partir de ambas es posible una respuesta jurídico penal frente a un hecho.

Asimismo, un último componente en esta estructura se refiere a la **culpabilidad**. Ésta aparece cuando el autor, aún pudiendo cumplir la ley, ejecuta igualmente el delito. En este marco, la culpabilidad es entendida en el «sentido normativo tradicional de reproche o reprochabilidad» -10-. Se le *reprocha* al autor las posibilidades de actuación en el marco de la legalidad.

Sin embargo, no basta que una acción reúna las anteriores características. Es necesario, además, que no esté protegida por *causas de justificación*.

Las *causas de justificación* son situaciones reconocidas por el Derecho donde la ejecución de un hecho, aunque el mismo sea típico, se encuentra permitido; autorizando, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos. La justificación «integra la faz negativa de la antijuricidad o ilicitud; las causas que en ella se prevén permiten, en casos muy estrictos, la actuación típica, justifi-

cándola de tal modo que ella es lícita o jurídica (...) Así, una actuación humana que se adecua a una descripción de la ley penal, no basta para considerar por eso sólo que hay un hecho ilícito; sino que para arribar a tal calificación es necesario comparar el hecho típico con todo el orden jurídico para comprobar si ese hecho respeta el deber ser que él impone o lo contradice. No habrá contradicción cuando en ese orden jurídico, ya fundado en la ley o en la necesidad, haya un permiso para actuar típicamente. Esos permisos son las causas de justificación» -11-. Entre ellas se encuentran: el consentimiento del titular afectado, la legítima defensa, el cumplimiento del deber, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho. Los causales de justificación están estrechamente ligados al principio de **inexigibilidad**; es decir, cuando se perciba que al sujeto no le era *exigible* actuar según el mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá sanción penal y, como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad.

Entonces, partiendo de tal estructura, se van «ubicando» las conductas como delictivas o no delictivas, y se van aplicando las sanciones correspondientes.

Sin embargo, como señala Pavarini, «la cuestión criminal (y por lo tanto el problema del orden social) no podrá más que situarse en términos diversos según el modelo de sociedad al que se adhiere, esto es, según ideologías. Como queda claro en la premisa, entre ideologías y teorías criminológicas existe por tanto una relación precisa» -12-. En tal sentido, este proceso está fuertemente atravesado por relaciones de poder político y económico, así como también por nociones de control y paz social, conceptos entendidos de forma radicalmente diferente según la corriente de pensamiento que se trate. Marcábamos en el capítulo anterior que la construcción del orden social en el capitalismo se va a valer de diferentes mecanismos de control, siendo el derecho un brazo importante en el cual se buscará, y muchas veces se encontrará, la «legalidad» de tales mecanismos.

## 2. Acción estatal y Sistema judicial:

«En otras épocas uno hablaba del control según esquemas clásicos: la represión como una  
cuestión militar, policial.

Pero ahora hay una cosa más gaseosa, el poder judicial criminalizando la protesta y la pobreza,  
reprimiendo bajo el argumento de «hacer justicia».

Eugenio Zaffaroni

El poder judicial, aunque autónomo por sus funciones, compone un sistema con los otros dos poderes: el legislativo y el ejecutivo. Los tres, en conjunto, están atravesados por las relaciones políticas y económicas intrínsecas al sistema de gobierno.

Sin embargo, suele ubicarse a la Justicia como por «fuera» de estas relaciones políticas, como espacio «neutral», incluso apolítico, como si el sistema jurídico estuviera investido por un manto de justicia que no permitiría la penetración de elementos propios de cualquier sistema: contradicciones, problemas éticos y morales, contraposición de intereses, etc.; es decir, cuestiones que atraviesan y constituyen toda relación social dentro de una realidad determinada. «La *purificación* del derecho es la *fetichización* de las formas jurídicas, es decir, creer que las formas jurídicas tienen vida propia, independientemente de las relaciones sociales que son también las relaciones de poder donde se desenvuelven y constituyen; suponer que se puede pensar lo jurídico más allá de cualquier contexto. La purificación, entonces, significa separar lo jurídico de lo histórico» -13-. Y aún más, lo despoja de su contenido político social.

Contra esa idea decimos que el sistema judicial está fuertemente atravesado por las relaciones de poder que envuelven a la totalidad del sistema, no siendo neutral ni mucho menos ajeno a la política que se desarrolla a su alrededor. A diferencia de los otros dos poderes, donde se resolverían problemas o situaciones que atañen a las mayorías **-14-**, «el poder judicial es implicado como una instancia en la que tiene lugar una individualización /particularización normativa que también se constituye en una fase del proceso de exclusión y que actúa ante las diversas prácticas de reclamo (judicial o no) de los sectores excluidos» **-15-**.

Dos puntos importantes en este sentido. Por un lado, el accionar de la Justicia (o su omisión) entra a jugar como un mecanismo más en la legitimación del sistema de desigualdades. Por otro, al individualizar los problemas, particulariza las relaciones sociales; por lo cual debería ser el último recurso utilizado para dirimir conflictos sociales que afectan derechos colectivos.

Asimismo, lejos de interpretaciones únicas, la justicia encierra conceptos abiertos a las más diversas significaciones. Destaca Roberto Gargarella que «existen fuertes diferencias de opinión acerca de cómo debiera interpretarse realmente el texto constitucional (...) los jueces encuentran problemas serios a la hora de interpretar la Constitución porque no sólo deben pensar lo que dice la Constitución, sino que deben tener en cuenta todo lo que dice el derecho: las leyes vigentes, las decisiones judiciales anteriores, la doctrina. Ellos pueden pararse en diferentes lugares, y lo cierto es que, dependiendo de dónde se paren o en dónde busquen respaldo, es muy posible que encuentren soluciones distintas frente a casos que deben resolver» **-16-**.

A esta altura, la no neutralidad del poder judicial resulta evidente, y su carácter político también. De este modo, su participación y el modo cómo participe en los procesos de criminalización y judicialización de la protesta resultan claves en la garantía (o no) de los derechos constitucionales de las personas frente al Estado.

Por todo lo antedicho, la (cada vez más frecuente) recurrencia al Sistema Judicial –sobre todo penal– es preocupante, pues, ya marcamos, su uso en tanto mediador de conflictos sociales debería reducirse al mínimo posible, utilizándose incluso en sentido inverso, es decir, como contralor de posibles arbitrariedades por parte del Estado. Plantea Eugenio Zaffaroni que «es necesario que el derecho penal, en su función de contención jurídica frente a las pulsiones del estado de policía, observe con mucha atención las tentativas de forzar tipos penales no sólo en los casos en que la protesta social se mantenga en los causes institucionales, sino incluso cuando exceda este marco, penetrando ámbitos de ilicitud eventualmente emergentes de la infracción al orden administrativo o contravencional» **-17-**.

### 3. La criminalización como proceso: criminalización primaria y secundaria

«El fondo de la materia con que se enfrenta el derecho penal es una cuestión de naturaleza eminentemente política. Nadie puede negar que la realización de los Derechos Humanos de segunda generación es de esa naturaleza. Quitar el problema de ese ámbito para traerlo al derecho penal es la forma más radical y definitiva de dejarlo sin solución».

Eugenio Zaffaroni

Un punto importante desde el cual se relacionan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial se refiere al **proceso** de criminalización. El mismo está compuesto por dos etapas: la criminalización primaria y la criminalización secundaria, en un proceso dialéctico de formulación-configuración **-18-**. Es decir, entre su enunciación y lo que va siendo cuando lo enunciado se pone en práctica.

La *criminalización primaria* se refiere al momento de enunciado de la política criminal, una «fase de previsión normativa penal» -19-, de delimitación del programa marco elaborado legislativamente. La *criminalización secundaria*, por su parte, se enmarca en la ejecución de dicho programa, en su puesta en práctica. De la primera se encargarían las agencias legislativas, de la segunda, las agencias policiales, judiciales y penitenciarias -20-.

Sin embargo, el problema está en la brecha que se establece entre ambas, es decir, entre lo que está escrito y lo que efectivamente se practica, lo cual implica que, en última instancia, quien marca lo *criminalizable* es quien ejecuta la normativa, en este caso, las agencias policiales. «El abanico de conductas previstas en el programa formulado en la criminalización primaria resulta tan amplio y heterogéneo que tal programa se torna irrealizable en toda su extensión (...) Definir quién será criminalizado, corresponde primordialmente a las agencias policiales, toda vez que éstas tienen mejor, mayor y más rápido acceso a la problemática abordada» -21-. Esto conlleva el riesgo, como analizaremos más adelante, de que se produzcan toda una serie de arbitrariedades y estigmatizaciones, pues en la práctica concreta, el poder punitivo «opera haciendo pie en el poder selectivo ejercido por las agencias policiales» -22-.

Pero sobre todo, el problema surge en tanto lo analizado anteriormente no es explicitado. La criminalización secundaria es naturalizada (o incluso negada), minimizando su importancia en la construcción de la criminalidad, negando así su papel fundamental en la determinación de «qué ilegalismos (violaciones de las normas penales) deben ser penalmente perseguidos y qué sujetos deben pues ser criminalizados (...) el proceso que hace de algunos que han cometido delitos, y no otros, la población criminal» -23-. Y, como contracara, disfraza o da inmunidad social -24- a aquellos que, habiendo cometido delitos, huyen de la sanción penal o pueden evadirla con diversas herramientas *legales*.

Este análisis es de vital importancia en el trabajo que estamos llevando a cabo, puesto que, en el caso de la protesta, ambos momentos de la criminalización están fuertemente implicados. Tanto la legislación como las actuaciones concretas en la criminalización de la protesta reafirman su relación con la criminalización de la pobreza; al tiempo que marcan el carácter clasista, según quien proteste (y según lo que se reclame), siendo fundamental lo anterior en la determinación de las características que una población debe reunir para ser considerada criminal, población que será alcanzada por la legislación prevista a tal fin.

#### 4. La criminología, el delito y la criminalización de la protesta

«Si el Estado con una mano infiere agravios a ciertos grupos y con la otra les tapa la boca o al menos no les asegura una posibilidad sensata de quejarse, entonces tenemos frente a nosotros un problema público de gravedad.

Y toda mirada que se concentre, exclusivamente, en las anécdotas de la capucha, la goma quemada, los torsos desnudos, no merece ningún respeto jurídico».

Roberto Gargarella

La estructura del «delito» y sus elementos: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; se redefinen cuando de la protesta se trata. Siendo protestas colectivas, a partir de la organización de grupos de personas que deciden resolver colectiva y organizadamente sus necesidades y, por lo tanto, **exponer** y **expresar** también colectiva y organizadamente sus demandas, cabe preguntarse: ¿cómo y por qué el Estado da un tratamiento individual (desde lo judicial, desde lo penal) a cuestiones colectivas? ¿Sería posible criminalizar, por ejemplo, a *todos* los movilizadores en una marcha?, y si esto no es

posible entonces, ¿a quiénes criminaliza el Estado? Otros cuestionamientos surgen del carácter político de la protesta: ¿por qué el Estado resuelve un tratamiento no político y lo reduce al ámbito jurídico? ¿Qué es lo que se resuelve en este corrimiento: el conflicto social o la demanda por la cual surge el conflicto?

Como una primera aproximación al tema, retomando lo planteado en la introducción al presente capítulo, consideramos que la criminalización y judicialización de la protesta social tiene que ver con el desplazamiento del conflicto social al ámbito judicial con un sentido fuertemente desarticulador de la lucha social, individualizador de la acción colectiva y por lo mismo, despolitizante. Siendo así, «la criminalización es una de las formas para evitar la politización de lo social, o dicho de otra manera: de evitar pensar lo social desde el conflicto» -25-.

Como venimos sosteniendo, el uso del código penal en lo político-social implica una concepción particular de la lucha popular y de las garantías ciudadanas en cuanto al derecho al reclamo, a la expresión y al disenso. Estos derechos conforman un elemento más que cuestiona las bases de una democracia representativa, poco efectiva en lo que a derechos sociales se refiere. Y es precisamente cuando éstos derechos exigen efectivización – cuando la sociedad, politizada, asume su defensa y reclamo – que se generan una serie de mecanismos estatales, paraestatales y mediáticos que refuerzan esa asociación entre lucha y delito. Por lo tanto, «dentro de la lógica de la representación, la política en manos de la sociedad, asumirá la forma de crimen» -26-. Así, no sólo se trata de esconder la conflictividad sino de presentarla como criminal e ilegal.

Los llamados derechos de segunda generación -27-, enunciados en el Artículo 14 Bis de la Constitución Nacional, generan debates de gran trasfondo político. Para algunos, se trata de derechos programáticos, no-operativos, cuyo cumplimiento no está necesariamente garantizado en la práctica, siendo su enunciado una cuestión discursiva, teórica, planteada de modo general; para otros, se trata de derechos por demás «operativos», es decir realizables, siendo su garantía una responsabilidad estatal de primer orden. Plantea Roberto Gargarella, «cuando se dice que los derechos son «programáticos» es, en definitiva, que el juez pone en el cajón dicho derecho (...) Los derechos económicos y sociales fueron incorporados a la CN en 1957, es decir, no nacieron ayer, por más que se quiera postergarlos a un segundo lugar. ¿Se pretende entonces que alguien que tiene necesidades básicas insatisfechas no se queje?» -28-. Es decir, para este último grupo, el delito se encontraría, ya no en el reclamo por que se cumplan los derechos, sino justamente en tal incumplimiento.

En este cajoneo o estratificación de derechos «*cumplibles*», se va construyendo la tipología cuasi moral de los sujetos sociales y distinguiendo los «buenos» ciudadanos (civilizados, ordenados) de los «malos» ciudadanos (caóticos); o, en definitiva, se van diferenciando los que entran en el rango de ciudadano de los, una vez más excluidos, no-ciudadanos. Bajo el aparente *choque de derechos*, que analizaremos en el capítulo siguiente, se esconde la desigualdad social desde la cual se parte, se oculta una contradicción política entre el principio de igualdad y la distribución desigual de las oportunidades sociales -29-.

Entonces, como profundizaremos más adelante, cuando un sector de la población aparece reclamando estos derechos, haciendo uso de otro derecho legítimo y constitucional (la protesta); surgen por sobre lo anterior, los derechos de los *ciudadanos*. Ciudadanos a quienes, con el **caos** generado por las diferentes modalidades de la protesta, se le cercenan sus derechos (generalmente presentados como derecho a la libre circulación vehicular, a la limpieza ambiental, etc.). De ese modo, salen a relucir los derechos de ese *otro*, el damnificado momentáneo (peatón, usuario, conductor), el que **no** reclama. El manejo mediático, entre otras herramientas, contribuye a reforzar las dificultades que presenta esa ciudadanía para comprender que el reclamo, en la mayoría de los casos, expresa la existencia

de derechos básicos desatendidos por la vía institucional, reflejan el agotamiento de otros canales de acceso negados. Y que, buscando una respuesta estatal que supere el conflicto y resuelva la necesidad, en definitiva, se está buscando que las instituciones funcionen.

De tal modo, los reclamos generalmente obtienen como respuesta: sea la condena moral desde los medios de comunicación, traducida en una opinión pública generalmente opuesta a la modalidad del reclamo, que gana el centro de la escena; sea del Estado la criminalización y judicialización (de hecho o posteriormente legislada).

Así, «se criminaliza la realidad cuando se la interpela desde categorías legales (...) El problema ya no será el sistema, sino el hecho de que alguien está violando la ley» -30-.

Es decir, se corre la demanda (generalmente sin resolución), de la calle al tribunal, se la despolitiza y se la intenta encuadrar en tipos penales «elastizados» a tal fin. «El ejercicio de poder punitivo apunta a la criminalización de la protesta social echando mano a nuevas formulaciones de corte procesal, que relajaron las garantías ciudadanas hasta un grado mínimo, nominal» -31-. Entonces, la criminalización refuerza la pérdida de la condición de sujeto de derechos, marcando una vez más el carácter clasista de la cuestión, al dejarlos fuera de la ciudadanía.

Entonces, el Estado responde «con el código penal en la mano» -32-, consolidando este modelo que identifica disenso y ejercicio de derechos con ilegalidad, e invita (por oposición) a canalizar las demandas en una institucionalidad que generalmente no funciona y cuando lo hace tiene una lógica individualizadora y compartimentada de tratamiento de lo social. En este sentido, no sólo asocia la lucha a la ilegalidad, sino que legaliza las formas y figuras a través de las cuales da «tratamiento» al conflicto. Este proceso de criminalización suele ser puesto en marcha por el Estado sobre todo cuando el conflicto social supera los niveles tolerables, es decir cuando pueda poner en peligro el *normal* curso de los acontecimientos. Es aquí cuando intenta encuadrarlo en acciones típicas y antijurídicas, es decir, cuando lo presenta como delito.

Sin embargo, sostenemos que el derecho a la protesta es un derecho constitucionalmente legitimado, siendo una obligación del Estado su garantía y protección. «El derecho a la protesta no sólo existe, sino que está expresamente reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (Art. 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (Art. 20). Estos dispositivos imponen a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos (...) Además no sólo está reconocido el derecho a la protesta, sino el propio derecho de reclamo de derechos ante la justicia (Art. 8)» -33-.

Pero lo que queremos resaltar, fundamentalmente, es que la expresión de un reclamo significa la desatención y/o violación previa de un derecho, pues de otra manera, el reclamo no existiría. Refleja, entonces, un incumplimiento estatal, y la necesidad de buscar un mecanismo para que el Estado en cuestión asuma la responsabilidad correspondiente. Aún más, los reclamos seguirán existiendo en tanto «no existen estados de derecho perfectos, y ninguno de los estados de derechos históricos o reales pone a disposición de sus habitantes, en igual medida, todas las vías institucionales y eficaces para lograr la efectividad de todos los derechos» -34-.

La (falsa) contraposición de derechos, por ejemplo entre el de petionar y el de circular, expresa la desigualdad existente entre ambos sujetos sociales, como analizaremos en el capítulo siguiente. Y en definitiva, ese aparente *atropello* al derecho del otro, no es más que una consecuencia del ejercicio del derecho a tener derechos, pues el objetivo de la acción no es impedir la libre circulación, sino visibilizar la violación de derechos humanos fundamentales. «El ejercicio del derecho de petición a las

autoridades, la manifestación pública que lo ejerza, el público que se reúna para hacerlo, por más que su número cause molestias, irrumpa con su paso o presencia la circulación de vehículos o peatones, provoque ruidos molestos, deje caer panfletos que ensucien la calzada, etc.; estará ejerciendo un derecho legítimo en el estricto marco institucional(...) Jamás un derecho constitucional e internacional ejercido regularmente puede configurar un ilícito» -35-

La tipificación de estas expresiones desde el derecho penal, cuando no es atípica, está protegida por causales de justificación y, en el último de los casos, «la circunstancia en que se exceden los límites de la protesta institucional no convierte automáticamente en típica la conducta» -36- ni puede por lo mismo, cercenar el derecho a la protesta mismo.

Se advierte así, que «el derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de cualquier conducta, sino la merecedora de sanción penal. Así, extender la aplicación de una pena, ya sea a conductas que por su gravedad no afecten a un bien jurídico, o que sea la manifestación de otro derecho, -como puede ser el de peticionar o manifestar un reclamo- significa desvirtuar no sólo al Derecho Penal, sino a todo el Estado de Derecho» -37-.

En tal sentido, utilizar y adecuar el derecho penal para el tratamiento de la protesta social – además de ser inconstitucional – contribuye a fortalecer un estado de exclusión que no sólo no garantiza los derechos ciudadanos a la mayoría, sino que prohíbe la exigencia de efectivización.

## NOTAS

-1- Usabiaga, E.: «Criminalización de la protesta social. Un enfoque desde los contextos de justificación». En Revista electrónica de Derecho Penal, derecho procesal y criminología.

-2- Pavarini, M.: «Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico». 1º Edición. Bs. As. 2002. Siglo XXI Editores. Pág. 19

-3- *Ibidem* Pág. 29/30

-4- *Ibidem* Pág. 31

-5- *Ibidem* Pág. 39

-6- Universidad Católica de Salta: «Apuntes de Derecho Penal. Parte General». Bs. As., 2000. Pág. 2

-7- La acción es entendida tanto como acto o como ausencia del mismo cuando esta omisión lleve a la consecución de un delito.

-8- Universidad Católica de Salta: Op. Cit. Pág. 18

-9- *Ibidem* Pág. 18

-10- Argenpress.info: Entrevista a Eugenio Zaffaroni, : «La protesta social, un derecho legítimo de los ciudadanos». Publicada el 07/12/2007

-11- *Ibidem* Pág. 21

-12- Pavarini, M.: Op. Cit. Pág. 94

-13- Rodríguez, E.: Op. Cit. Pág. 22

-14- Idea que plantea Gargarella, refiriendo que el poder judicial atendería a las minorías, al encargarse de derechos individuales, siendo que los Poderes Ejecutivo y Legislativo son los encargados de los derechos de las mayorías: «Contamos, en principio, con órganos creados muy especialmente para expresar los reclamos de mayoritarios. Junto a ellos, o frente a ellos, el Poder Judicial aparece como el poder mejor capacitado, en principio, para atender los derechos de las minorías». En Gargarella, R.: «El derecho frente a la protesta social». Publicación electrónica Portal Electrónico Darío Vive

-15- Pérez, P. E.: «Estado y Sociedad: Argentina en la década de los '90: judicialización y desjudicialización para la exclusión social». En Revista Realidad Económica N° 178. Junio de 2006

-16- Gargarella, R.: Op. Cit. «De los derechos que aparecen en la Constitución, algunos derechos son tratados como de primera categoría, y otros son tratados como derechos de segunda categoría.

Por alguna casualidad, los derechos sociales, por alguna razón mágica, son leídos como si no tuvieran el mismo estatus constitucional que los derechos civiles y políticos. ¿Cuál es la buena razón para decir que cuando uno lee libertad de expresión eso no quiere decir libertad de expresión, y cuando uno dice vivienda digna no quiere decir vivienda digna sino algo que algún momento podrá ser operativizado pero nunca ahora».

-17- Argenpress.Info: Op. Cit.

-18- Villaruel, F.: «Siete notas sobre la inoperancia del sistema penal en relación a la criminalización de la protesta social» en «Criminalización de la protesta social». Ediciones Grupo La Grieta. La Plata, 2003. Pág. 131: «aunque nítidamente diferenciadas en lo teórico se interfieren mutuamente en la práctica, en lo que se denomina la dialéctica de la formulación-configuración».

-19- Pavarini, M.: Op. Cit. Pág. 147

-20- Villaruel, F.: Op. Cit. Pág. 131

-21- Ibídem Pág. 132

-22- Ibídem Pág. 132

-23- Pavarini, M.: Op. Cit. Pág. 147/148

-24- Ibídem Pág. 148

-25- Rodríguez, E.: Op. Cit. Pág. 48

-26- Ibídem Pág. 30

-27- Los derechos de 1º generación, aparecidos en el siglo XVIII, se refieren a los derechos civiles: la vida, a la libertad, a la igualdad (libertad de expresión, de opinión, etc.) mientras que los de 2º generación, aparecidos un siglo más tarde, se ocupan de los derechos económicos, culturales y sociales.

-28- Gargarella, R.: Op. Cit.

-29- Cfr. Pavarini, M.: Op. Cit. Pág. 35

-30- Rodríguez, E.: Op. cit. Pág. 31/33

-31- Villaruel, F.: Op. Cit. Pág. 135

-32- Palabras textuales de Aníbal Fernández, quien en declaraciones al Diario Página 12 (26/10/03) dijo: «Vamos a resolver este asunto (refiriéndose al conflicto piquetero) generando trabajo desde el Estado, con los planes de empleo, en uno o dos años. No vamos a reprimir, pero al que quede afuera porque quiera quedarse afuera, lo esperaremos con el Código Penal en la mano». Ver nota completa en el Anexo II

-33- Argenpress.info: Op. Cit.

-34- Ibídem

-35- Ibídem

-36- Ibídem

-37- Rezsés, E.: «El derecho penal ante una política de seguridad». En: González Mora, J. y otros: «Criminalización de la protesta social». Ediciones Grupo La Grieta. La Plata, 2003. Pág. 183