

SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE

Sres. Jueces:

Claudia MARTIN y Diego RODRIGUEZ PINZÓN, en su calidad de Codirectores de la Academia de Derechos Humanos del Washington College of Law American University* y Víctor ABRAMOVICH, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con el patrocinio de Diego R. Morales, abogado, inscripto en el T. 69 F. 721 del CPACF, constituyendo domicilio en la calle Piedras 547, 1ro. de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco del recurso “SCHIFRIN Marina S/ Recurso de Queja”, causa nro. respetuosamente se presentan y dicen:

I. OBJETO

Solicitamos a Ustedes, por medio de esta presentación, ser tenidos como *amicus curiae* para someter a su consideración argumentos de derecho de relevancia para la resolución de la cuestión planteada en esta causa.

II. FUNDAMENTOS PARA SER TENIDOS COMO AMICUS CURIAE

II. 1. La Academia de Derechos Humanos del WCL de la AU

La Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Washington College of Law de la American University, —en adelante “la Academia”— es una institución de reconocida trayectoria en el campo de la investigación, educación y promoción del derecho internacional de los derechos humanos, en particular del sistema interamericano de derechos humanos.

En primer lugar, la Academia es uno de los centros de enseñanza de mayor prestigio y especialización en el campo de la difusión legal del derecho internacional de los derechos humanos que convoca a los expertos más reconocidos en este área para dictar cursos y seminarios en sus sesiones anuales de verano. Además, la Academia cuenta con una larga experiencia en la coordinación de programas de capacitación especializados para miembros de la judicatura, defensores públicos, abogados y profesores de derechos humanos en todos los países del hemisferio.

Entre sus principales actividades, la Academia desarrolla una activa agenda de

en el año 2004. También la Academia, en cooperación con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha publicado *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos, Guía para la Aplicación de Normas Internacionales en el Derecho Interno* (1999) y *The International Dimension of Human Rights, a Guide for its Application in Domestic Law* (2002), dos manuales sobre jurisprudencia comparada de los sistemas internacionales de derechos humanos, considerados de referencia para abogados, jueces y profesores de esta materia.

Más recientemente, y como parte de su programa de difusión de los estándares desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante la Comisión— y la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante Corte IDH—, la Academia ha participado en la elaboración de *amicus curiae* frente a instituciones internacionales o nacionales con la intención de contribuir con su experiencia a la interpretación progresiva del derecho internacional de los derechos humanos. Entre otros ejemplos, la Academia se ha presentado como *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para exponer sus opiniones sobre las cuestiones planteadas en la solicitud de Opinión Consultiva No 18.

En tal calidad, y teniendo en cuenta la relevancia del caso de Marina SCHIFRIN para la consolidación del Estado de derecho en la Argentina y su futuro impacto en otros Estados del hemisferio, nos presentamos como *amicus curiae* ante la Honorable Corte Suprema a fin de brindar nuestra opinión sobre el alcance de los derechos de petionar a las autoridades, de reunión y de libertad de expresión en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

II.2. El Centro de Estudios Legales y Sociales

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos en la Argentina. Con este fin, el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre las prioridades del CELS, siempre han tenido prevalencia las actividades vinculadas a la tramitación de causas judiciales, debido a que es un objetivo central de la institución es promover e impulsar la utilización de los tribunales locales para un pleno ejercicio de los derechos. Paralelamente, el CELS se ha dedicado a proteger los derechos humanos a través de la presentación, en forma autónoma o conjunta, de causas testigo ante diversas instancias internacionales de protección de los derechos humanos.

En nuestra calidad de organización no gubernamental dedicada a la protección y promoción de los derechos humanos, nos presentamos ante este tribunal con el objeto de hacer conocer nuestro parecer en torno a la obligación internacional de los Estados de garantizar el derecho a la libertad de expresión en ejercicio de la crítica política.

Con estos antecedentes, entonces, solicitamos que se nos permita hacer conocer al tribunal nuestros argumentos sobre la materia litigiosa en estos autos.

III. LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE*

III.1. Antecedentes.

El memorial en derecho que presentamos se inscribe en la tradición jurídica que tanto en el derecho comparado como nacional se conoce con el nombre de “*Amicus Curiae*”.

El objeto de presentaciones de este tipo consiste en que terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

La institución del *amicus curiae* es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el Derecho romano, que fuera luego paulatinamente incorporada a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona: “[y]a a comienzos del Siglo XV, en el derecho inglés, se autorizaba la actuación de un extraño a fin de producir peticiones en un juicio como ‘*Amicus Curiae*’”. (De los consideraciones de la decisión de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en la Causa ESMA, Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada: decisión del 18 de mayo de 1995).

A partir de este lejano precedente, la institución se ha generalizado en diversos países de habla inglesa, hasta el punto de convertirse en un elemento característico de las causas con un marcado interés público en las cuales existen diversas posiciones en disputa.

En nuestro país existen numerosos antecedentes jurisprudenciales en los que tribunales locales aceptaron la presentación de un dictamen en carácter de *Amicus Curiae*. Mencionaremos algunos ejemplos.

En primer lugar, en la causa "**Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada**", causa nro. 761, decisión del 18 de mayo de 1995, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal aceptó expresamente la presentación de un memorial, en calidad de *Amicus Curiae*, de las organizaciones internacionales de derechos humanos *CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional)* y *Human Rights Watch/Americas*. En esa oportunidad, el memorial se refería a la necesidad de reconocer y garantizar el derecho a la verdad en favor de los familiares de desaparecidos, quienes reclamaban ante los tribunales para conocer la suerte de sus seres queridos.

En una medulosa decisión conjunta de las dos salas de la Cámara —debido a la particular integración del tribunal para esta causa—, se hizo lugar a la solicitud con el voto mayoritario de cuatro de sus miembros. Por la importancia de las consideraciones del tribunal, reproduciremos aquí los puntos más salientes de esta resolución.

En su decisión, el tribunal de alzada no dejó de considerar la institución del *Amicus Curiae* como un aporte del derecho internacional de los derechos humanos jerarquizado en la Constitución Nacional. En ese sentido, dijo el tribunal, “la intervención del ‘*Amicus Curiae*’ se considera comprendida dentro del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante Convención o CADH, indistintamente— y en los reglamentos de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Desde allí, la Cámara Federal reconoció que “la actuación del ‘*Amicus Curiae*’, limitado en principio a la esfera jurisdiccional *supranacional*, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida”².

Otro de los argumentos esgrimidos por la Cámara fue que “las organizaciones que se presentaron actúan con reconocida idoneidad en el campo del derecho internacional de los derechos humanos”. Concluyó el citado tribunal:

“Finalmente, y para una adecuada interpretación del instituto —concluye esta decisión haciendo explícito este único requisito—, no es redundante la reiteración de que este papel sólo está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización

Con dicha conclusión, ese importante tribunal nacional inscribió a la Argentina entre aquellos países pioneros en la utilización de la figura del *amicus curiae* ante tribunales locales.

Como lo explica la decisión —de igual modo que decisiones similares de tribunales locales de otros países—, esta institución tiene una destacada raíz democrática y acumula en sí numerosos beneficios tanto para los tribunales locales como para las organizaciones civiles, que cuentan de este modo con una invaluable posibilidad de emitir sus opiniones en torno a cuestiones que afectan la vida de todos⁴.

También ha tenido oportunidad de expedirse sobre este instituto, la Cámara Nacional de Casación Penal. En el caso “**Felicetti, Roberto y otros s/ revisión**”, causa N° 2831, tramitado ante la Sala II, diferentes organismos de derechos humanos se presentaron con el fin de someter a su consideración algunos argumentos de derecho internacional de los derechos humanos de relevancia para resolver el recurso de revisión presentado por la defensa de los detenidos por el copamiento del regimiento de La Tablada. En especial, el *amicus* establecía la obligación del Estado argentino de cumplir con las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos a efectos de garantizar la doble instancia a los detenidos.

En la sentencia del 23 de noviembre de 2000, la Sala II de la Cámara de Casación —no obstante termina rechazando el recurso de revisión presentado por la defensa de los detenidos— cita ampliamente el *amicus* presentado, detallando los argumentos contenidos en el memorial.

La institución del *Amicus Curiae* también ha sido aceptada en el caso “**Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva**”, que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal. Al momento de resolver la causa, el magistrado se pronunció en el sentido de admitir el memorial presentado por el CELS y, además, destacó el papel de las ONG en la transformación del pensamiento jurídico de nuestro país argumentando que éstas han efectuado un aporte fundamental al fortalecimiento de la sociedad civil. Agregó también que “la tarea de lograr una ajustada transformación del pensamiento jurídico actual, admitiendo ejes que permitan abrir nuevos campos de discusión, a efectos de encontrar alternativas y soluciones que nuestra realidad exige no sólo debe ser viable en el marco de discusiones académicas; la administración de justicia debe abrir sus puertas también a un debate en casos concretos con el fin que la teoría y la praxis encuentren su justo medio”. Finalmente, el juez destacó que “el ejercicio del derecho desde la sociedad civil es

También en el "***Incidente de Thomas Catan en autos n° 14.829/2002***" que tramitó ante el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 11, Secretaría N° 22 de la Capital Federal, fue aceptada la institución del *Amicus Curiae*. Al momento de resolver la causa, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunció en el sentido de admitir el memorial presentado por Horacio VERBITSKY, Secretario de "Periodistas-Asociación para la defensa del Periodismo Independiente", y José INSAURRALDE, Secretario General de la "Federación Argentina de Trabajadores de Prensa".

En dicha oportunidad, la Cámara recordó que había "aceptado anteriormente colaboraciones de esa índole"⁵. Como posible standard para su incorporación, se estableció que las presentaciones debían ser realizadas por organizaciones no gubernamentales que persiguieran un interés válido y genuino en el tema y, además, acreditaran una especialización en él. También se afirmó la necesidad de que la materia a opinar resultara un caso de amplio interés público".

Entendió que esas "exigencias se encuentran satisfechas... Así, tanto el interés y la especialización que las organizaciones antes mencionadas tienen en la cuestión discutida en este legajo, como la trascendencia institucional del tema, se encuentran plenamente acreditadas".

La relevancia de este instituto del derecho se refleja en que no sólo organismos de derechos humanos se inclinaron por la adopción de la figura del *amicus*, sino también un organismo público del Estado como la Procuración Penitenciaria de la Nación ha demostrado en diversas oportunidades su intención de actuar como "amigo del tribunal".

Este órgano ha sostenido que realizar presentaciones de este tipo —de gran aceptación en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos—, aunque no posea normativa legal específica que lo regule en campo penitenciario, "tiende a hacer transparente el debate público y la toma de posición ante asuntos que, siendo tratados por los tribunales, tienen una trascendencia social que va más allá de las particularidades del caso"⁶.

Con estos argumentos, la Procuración Penitenciaria se ha presentado en diversas causas ante tribunales y juzgados, especialmente de ejecución penal, a fin de ofrecer opiniones que permitan a los jueces divisar alternativas diferentes en torno a la

En sus presentaciones, la Procuración Penitenciaria ha invocado estándares sobre condiciones de detención que, si bien en el caso particular coinciden con el pedido del interno, pueden llegar a modificar una situación de hecho para toda la población penal, lo que torna al caso en un caso de interés público.

En la causa **“Bussi, Domingo s/ recurso extraordinario”** ante la presentación de un *Amicus Curiae* por el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación si bien no se expidió expresamente sobre la admisibilidad de este instituto, el memorial fue anexado al expediente. La finalidad de la presentación era adjuntar a la causa elementos de derecho, útiles a la resolución, procurando que la Corte consagrara explícitamente los criterios respecto de la idoneidad que debe poseer todo funcionario público, de acuerdo con lo establecido por las normas constitucionales, y por los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Bs. As. recibió una presentación como *amicus curiae* durante el trámite de un expediente en el que la Defensora del Pueblo de la Ciudad de Bs. As. impugnaba la norma establecida en el art. 71 del Código Contravencional por considerarla inconstitucional. El memorial en derecho fue presentado por el Dr. Germán BIDART CAMPOS. La presentación contenía argumentos relacionados con la facultad de la Defensora del Pueblo para promover este tipo de acciones de inconstitucionalidad. El presentante solicitó que “a modo de colaboración” se agregase en autos el escrito y se tuviesen presentes los argumentos allí vertidos.

El Tribunal Superior agregó el escrito al expediente y además contempló sus argumentos en la resolución, con expresa mención al *amicus curiae*. Al resolver el fondo del asunto, en la sentencia de septiembre de 1999 se citó la presentación de Germán BIDART CAMPOS.

Los magistrados del máximo tribunal de la Ciudad de Buenos Aires —más allá de la inexistencia de una regulación expresa acerca del instituto en cuestión en el ámbito de la Ciudad de Bs. As. al momento de dictarse el fallo—, entendieron que las presentaciones en carácter de *amicus curiae* eran admisibles, y que además de ser agregadas, debían ser atendidas y contestados sus argumentos según sea el caso.

Otro ejemplo de aceptación de este instituto por tribunales provinciales es la causa **“García, O. s/ recurso extraordinario”**. En esta causa, el Procurador

Federal. Además entendió que en razón de que la función del Procurador Penitenciario, de acuerdo al Decreto 1598/93 del Poder Ejecutivo Nacional, es la "... protección de los Derechos Humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal..." (art. 2 de dicha normativa), resultaba pertinente la actuación del Procurador Penitenciario en carácter de *amicus curiae*.

III.3. La regulación en el derecho internacional de los derechos humanos.

En el ámbito internacional de los derechos humanos la figura del *amicus curiae* ha pasado a ocupar un lugar preponderante. En tal sentido, cada vez es más común que se realicen presentaciones de este carácter ante los diferentes órganos internacionales teniendo en cuenta el interés público que suscitan las causas que tramitan ante ellos.

En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "*Saldaño c/Estados Unidos*" (Nº 12.254), el CELS presentó un *amicus curiae* con el fin de someter a consideración de dicho tribunal algunos argumentos de derecho internacional de los derechos humanos de relevancia para resolver el fondo del caso, específicamente vinculados con la prohibición de dictar una condena teniendo en cuenta pruebas basadas en prejuicios raciales. El 18 de abril de 2002 la Comisión Interamericana se pronunció a favor de la admisibilidad de la presentación realizada.

También la Corte IDH ha aceptado estas presentaciones en reiteradas oportunidades.

En el caso "***Consuelo Benavides Cevallos c/Ecuador***", la Corte IDH aceptó el *amicus curiae*, que con fecha 18 de diciembre de 1997 presentó Amnistía Internacional. El organismo no gubernamental en su memorial en derecho, alegó que por las particularidades del caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia sobre el fondo debía ahondar en las obligaciones de investigar e impartir justicia que le corresponde al Estado en virtud de su deber de garantía de los derechos humanos, el derecho a la verdad que le asiste a los familiares de las víctimas, y asimismo, abordar la problemática de la impunidad.

Asimismo en el caso "***Olmedo Bustos y otros c/Chile***" ("*La última tentación de Cristo*"), la Corte Interamericana admitió el memorial que con fecha 18 de septiembre de 2000 había presentado el señor Sergio García VALDÉS. Como se advierte entonces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha inclinado por la admisibilidad de las presentaciones realizadas por particulares.

modo de ejemplo, la organización Amnistía Internacional presentó un memorial en calidad de *amicus curiae* ante la Cámara de los Lores en Londres, en el caso que se llevó a cabo contra el ex general y dictador chileno Augusto Pinochet.

También en el ámbito latinoamericano hay ejemplos. Es el caso de Paraguay donde la propia Corte Suprema de Justicia de dicho país aceptó en el año 1997 la presentación de un *amicus curiae* presentado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el International Human Rights Law Group en el juicio que el Poder Ejecutivo de dicho país había iniciado contra la constitucionalidad de la ley N° 838/96 que regulaba la indemnización de las víctimas de la última dictadura militar paraguaya.

Por último merece citarse un caso tramitado ante tribunales chilenos. Así, en diciembre de 2001 el CELS presentó un *amicus curiae* ante el tribunal en el que tramita una querrela penal por injurias interpuesta por un represor chileno, el señor Emilio MENESSE, contra su víctima, el señor Felipe Agüero PIWONKA quien, en una carta enviada a la Universidad Católica, manifestó que el señor MENESSE había sido un torturador de la última dictadura chilena. Dado el interés público que tuvo la causa, el CELS presentó un memorial en derecho dando un fundamento jurídico respecto de las obligaciones de los Estados frente a las graves violaciones de los derechos humanos, en especial sobre la relación entre la libertad de expresión y el derecho a la verdad. El *amicus* fue aceptado por el tribunal chileno en el mes de mayo de 2002.

III.4. La regulación normativa del instituto.

En cuanto a la regulación normativa de la figura del *amicus curiae*, si bien a nivel nacional no existe una ley que contemple el instituto del *amicus curiae* en general, hay algunas leyes que lo aceptan para casos concretos, o en ciertas jurisdicciones.

Así, podemos mencionar a la ley 24.488 sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados extranjeros ante Tribunales Argentinos, sancionada el 31 de mayo de 1995⁷. Esta ley, en su art. 7, dispone:

“En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de amigo del tribunal”.

Esta bienvenida innovación legislativa demuestra que la tendencia en favor de la

cuando se está demandando ante tribunales de ese mismo país, lo que podría ser interpretado por algunos como una indebida intromisión del Poder Ejecutivo—.

En cuanto a la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podemos citar la Ley de Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (Nº 402) sancionada el 4 de junio de 2000. En su artículo 22, dicha norma establece:

“Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia.

En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción.

Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate.

El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia.

El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales.

Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso.

Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia, en forma previa a los alegatos de las partes”.

III.5. Los proyectos de ley.

También en el ámbito del poder legislativo hay proyectos para determinar la futura regulación de la institución del amicus curiae. En este sentido, conviene indicar, los proyectos ley presentados por Jorge Vanossi (nº0022-D-88 y 0068-D-90).

En el año 2002 también se presentaron proyectos de ley firmados por José Genoud y Pedro Villaroel (nº 0050-PE-02).

Las líneas de convergencia entre los mencionados proyectos pueden ser condensados del siguiente modo:

“a) en relación con el tribunal ante el que puede dirigirse la presentación, ambos la circunscriben sólo a las causas judiciales que tramiten ante la Corte Suprema, las Cámaras Federales y Nacionales de Apelaciones y la Cámara Nacional de Casación

III.6. La regulación en el derecho comparado.

Asimismo, debe destacarse que en el derecho comparado, también ha sido legislado este instituto.

La “Rule N° 29” del Distrito de Columbia (Estados Unidos) legisla sobre el escrito de *amicus curiae*. Reglas similares existen en diferentes estados de los Estados Unidos. La ley citada dispone que cuando esté permitido, los Estados Unidos, o un oficial o agente del gobierno, o un Estado, territorio, comunidad o el Distrito de Columbia podrán presentar un *amicus curiae* sin el consentimiento de las partes ni el permiso del tribunal.

Cualquier otro *amicus* podrá ser presentado en una causa con permiso del tribunal o con el consentimiento de todas las partes del litigio. En estos casos, deberá presentarse una solicitud para ser aceptado el escrito en carácter de *amicus*. La solicitud deberá ser acompañada por el *amicus* y deberá establecer el interés del presentante en la causa y las razones de por qué el *amicus* es conveniente y relevante para la resolución del caso.

En cuanto al contenido del escrito, la presente regla establece que el *amicus* debe identificar a la/s parte/s que apoya/n y establecer si está de acuerdo con la demandante o la demandada. Si el *amicus* es presentado por una corporación, debe incluir una declaración como la que se requiere que presenten las partes del caso.

El *amicus* debe contener:

- Un índice de materias indicando las páginas en las que cada una se encuentra.
- Un índice de autoridades estableciendo las páginas del escrito en las que se encuentran citadas.
- Una declaración concisa, estableciendo la identidad del *amicus* y su interés en el caso.

En cuanto a la extensión del *amicus*, salvo permiso del tribunal, el documento no puede ser más extenso que la mitad del máximo permitido por estas reglas para los escritos principales que presenten las partes del litigio. Si el tribunal autoriza a las partes a presentar escritos más extensos, esta autorización no es extensible a los *amicus*.

En referencia al momento de la presentación, el memorialista deberá dolo

III.7. El Interés del Amicus Curiae en el caso.

Por último, podemos adelantar, que existe un interés preciso y claro de las organizaciones -que en este memorial se presentan- en tanto, la justicia ha desconocido la obligación internacional que tiene el Estado argentino de otorgar la más alta protección posible al derecho de petionar, manifestar y reunirse que representan la expresión más profunda y primaria de la expresión política y social en una sociedad democrática y pluralista.

La justicia de primera instancia y la Cámara Nacional de Casación Penal –en adelante Cámara Nacional de Casación Penal, Tribunal de Casación o CNCP- han realizado, como veremos, una valoración incorrecta de las reglas de interpretación que deben aplicarse en materia de restricciones a los derechos humanos.

Por esta razón, se expondrá ante esa Corte Suprema la necesidad de revisar la decisión de los tribunales inferiores tomando en consideración para tal efecto los principios desarrollados por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, expuestas en este escrito, sobre restricciones permisibles a los derechos humanos.

III.8. Estructura de este Amicus Curiae

Para una mayor comprensión de los temas que se desarrollarán en este memorial de derecho, conviene indicar su estructura:

IV. Antecedentes del caso.

V. El valor democrático de los derechos de petionar a las autoridades, de reunión y de libertad de expresión.

V.1. Libertad de Expresión y el sistema democrático.

V.2. Las dificultades de ciertos sectores de la población de expresarse libremente.

V.3. El uso del espacio público como comportamiento expresivo.

V.4. El contenido expresivo de la manifestación.

VI. Restricciones legítimas a los derechos involucrados en el caso.

VI.1. Alcance de estos derechos: Criterios generales de restricción en el derecho internacional de los derechos humanos.

VII. Conclusiones sobre los hechos del caso a la luz de los criterios del derecho internacional de los derechos humanos

IV. ANTECEDENTES DEL CASO

El 21 de marzo de 1997, entre las 13.30 y las 15.00 hs., alrededor de 300 personas, convocadas por distintas agrupaciones, cortaron la ruta nacional 237 cerca de la estación terminal de San Carlos de Bariloche y sobre el puente Ñireco, Provincia de Río Negro, en protesta contra las reducciones salariales impuestas por el gobierno provincial y en defensa de la educación pública.

A raíz de estos sucesos, el juez federal de Bariloche Leónidas MOLDES condenó a la maestra Marina SCHIFRIN, una de las participantes en esa manifestación, a tres meses de prisión en suspenso como coautora del delito de impedir y entorpecer el normal funcionamiento de los medios de transporte por tierra y aire sin crear una situación de peligro común (194, CP). Asimismo, el juez federal impuso como regla de conducta *“abstenerse de concurrir a concentraciones de personas en vías públicas de comunicación interjurisdiccionales en momentos en que se reúnan más de diez, durante el plazo de dos a partir del momento en quede firme el fallo”*.

Al recurrir en casación, la defensa volvió a plantear, al igual que ante el juez de primera instancia, que los hechos que motivaron el proceso estaban amparados por los derechos constitucionales de expresión, reunión, asociación y petición a las autoridades.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, confirmó por mayoría la condena y convalidó así esta preocupante línea jurisprudencial que otorga cobertura institucional al control penal sobre la acción política.

La sentencia del tribunal de Casación señala, con relación a la tipicidad de la conducta de Marina SCHIFRIN, que:

“No empece a la configuración del delito que el corte no hubiese sido absoluto, que alguien hubiese pasado desafiando a los presentes, que hubiera existido una vía alternativa a quinientos metros o que los peatones pudiesen atravesar el lugar para abordar otros medios de transporte allende el puente sobre el Arroyo Ñireco. Más allá de que estas circunstancias de hecho no resultan acreditadas en el pronunciamiento recurrido, aún en el caso de que lo estuvieran ella

“Tampoco obsta al perfeccionamiento típico –antes al contrario, es de su esencia- que el hecho no hubiese afectado la seguridad del servicio público de transporte terrestre o aéreo, desde que la propia ley exige que se cree “una situación de peligro común”, estableciendo así una clara distinción entre los delitos que crean peligro para la seguridad común y aquellos otros que sólo entorpecen el normal funcionamiento de los transportes y servicios públicos.” —voto unánime, primera cuestión.

Los jueces Alfredo H. BISORDI y Liliana E. CATUCCI, en mayoría, concluyeron, con relación a la antijuridicidad de la conducta de SCHIFRIN, que la absolución de la maestra hubiera sido “... *una formidable contribución al caos, la anarquía y la destrucción de los derechos*” (voto de la mayoría, segunda cuestión). Para arribar a esa solución, el tribunal trató la cuestión constitucional entendiendo que la conducta de SCHIFRIN había resultado incompatible con las normas de los artículos 28 y 31 de la Constitución Nacional.

A pesar de haber referido la conocida jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la que “... los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución (...) están sujetos a las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio” la mayoría concluyó que “*mal entonces puede ejercerse el derecho de peticionar a las autoridades establecido en el artículo 14 de la Constitución (...) desarrollando conductas que coincidan con una de las prescripciones prohibidas por el (...) Código Penal (...)*” (voto de la mayoría, segunda cuestión).

En su voto, los jueces BISORDI y CATUCCI han afirmado que toda conducta descripta en un tipo penal es una restricción legítima al ejercicio de un derecho constitucional, es decir, que puede operar válidamente como un presupuesto de la pena.

Los magistrados BISORDI y CATUCCI también afirmaron que:

“...la única forma legítima y verificable” de la expresión soberana del pueblo es el sufragio y que “otros tipos de presunta expresión de la voluntad popular, distintos del sufragio (tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, lock-outs u otros medios de acción directa, vayan o no acompañadas por las armas, etc.) no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso” —voto de la mayoría, segunda cuestión.

Finalmente, el tribunal de casación consideró inadmisibile el recurso extraordinario federal presentado por la defensa de la maestra, por lo que los abogados han debido interponer recurso queja directamente ante la Corte Suprema. El recurso de queja ha sido aceptado y se encuentra la cuestión a estudio de este tribunal.

Es por ello, que nos presentamos ante Ustedes a fin de formular consideraciones de derecho internacional de los derechos humanos en tanto, en el tipo de protesta social que refiere el caso, confluyen varias disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y sus interpretaciones, que es necesario abordar en el presente amicus curiae.

V. El valor democrático de los derechos de peticionar a las autoridades, de reunión y de libertad de expresión

V.1. Libertad de Expresión y el sistema democrático.

El voto de la mayoría en el caso que nos ocupa sugiere que las actividades de protesta en las cuales participó la Sra. Marina SCHIFRIN, además de transgredir el derecho penal, son contrarias a los principios que fundan el estado de derecho en una sociedad democrática. A partir de citar el texto del artículo 22 de la Constitución los camaristas parecen sostener que el derecho de peticionar directamente a las autoridades se equipara en alguna medida a la figura de la sedición por cuanto no queda comprendida dentro de lo que se considera "la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo" cual es el sufragio. Esta interpretación se refuerza con el argumento de que no obstante "*que muchas de las quejas o reclamos de los manifestantes podrían estar seguramente guiados por nobles propósitos sociales y humanitarios...las vías de hecho no son el medio apto para reclamar*".

Esta interpretación por demás estrecha –y hasta autoritaria- del derecho de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos del Estado no se condice con la jurisprudencia internacional y comparada sobre la materia. Durante años los tribunales de otros Estados de reconocida tradición democrática han sostenido que el mantenimiento de espacios de debate político abierto con el objeto de que el gobierno responda a la voluntad de los gobernados y que éstos tengan la posibilidad de impulsar cambios a través de mecanismos legales de participación constituye, además de una oportunidad esencial para la supervivencia de una República, un principio fundamental para la consolidación del estado de derecho.⁹

"el derecho de peticionar a las autoridades tiene una larga historia y no se limita a escribir cartas o enviar telegramas a un representante en el congreso, a hacer presentaciones ante las autoridades locales o a escribir cartas al Presidente, Gobernador o Alcalde. Los métodos convencionales de peticionar ante las autoridades pueden, y en muchos casos así ha sido, estar fuera del alcance de una gran mayoría de los ciudadanos. Los legisladores pueden hacer oídos sordos a los reclamos, las quejas formales pueden ser canalizadas interminablemente a través de un laberinto burocrático, los tribunales pueden permitir que las ruedas de la justicia se muevan muy lentamente".

En tanto los derechos de reunión y de peticionar a las autoridades tienen como objetivo central la difusión de ideas y opiniones así como la manifestación de críticas a los gobernantes, su protección se encuentra directamente asociada con la libertad de expresión¹¹. No existe duda que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en el debate público.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que es en interés del "orden público democrático", tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente¹².

El debate político "... está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática. Es más, la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma"¹³.

Específicamente,

"... esto implica defender un arreglo institucional en donde, por ejemplo, no sólo se deje de lado la censura previa, sino que además se procure asegurar que las distintas voces (demandas, quejas) presentes en la sociedad puedan ser escuchadas. En líneas más generales, el esquema defendido... implica un compromiso con un sistema institucional en donde los derechos más estrechamente vinculados con la autonomía individual y el autogobierno colectivo reciban una protección privilegiada (una sobreprotección) por parte del Estado. El Estado, aquí se asume, encuentra en el respeto más

firme de tales derechos el fundamento mismo de su propia legitimidad"¹⁴.

Además,

"una de las características principales de un sistema democrático es la posibilidad que ofrece de resolver los problemas de un país mediante el diálogo, sin recurrir a la violencia, aun cuando esos problemas sean molestos. La democracia prospera a través del ejercicio de la libertad de expresión. Desde ese punto de vista, no hay justificación para impedir la manifestación de un grupo solamente porque intenta debatir en público la situación de una parte de la población y de encontrar, de acuerdo a las reglas de un sistema democrático, soluciones que sean capaces de satisfacer a todos aquellos que resultan afectados"¹⁵.

En realidad, como ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia internacional y comparada, no existe democracia sin pluralismo¹⁶. Por esa razón, " la libertad de expresión...protege...no solamente la "información" o "ideas" que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que ofenden, conmocionan o perturban"¹⁷.

La democracia deliberativa encuentra una virtud instrumental en la expresión del disenso, pues es uno de los reaseguros procedimentales básicos para la obtención de decisiones políticas con mayor probabilidad de justicia.

En conclusión, el Tribunal de Casación se equivoca cuando desconoce la naturaleza democrática de las actividades de protesta en las que participó Marina SCHIFRIN. Como queda ampliamente sostenido no existe un Estado de derecho consolidado en aquellas sociedades en las cuales la posibilidad de disentir con las políticas y acciones del gobierno y de manifestarlo pública y abiertamente no está garantizada.

La posibilidad de disentir se garantiza con el reconocimiento pleno de los derechos de reunión, de peticionar a las autoridades, y de libertad de expresión.

V.2 Las dificultades de ciertos sectores de la población de expresarse libremente.

El caso de procesamiento y juzgamiento de protagonistas de los cortes de ruta,

sociedad de expresarse y, en consecuencia, poder hacer llegar al gobierno sus reclamos y puntos de vista.

Según GARGARELLA:

“... en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hechos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio público; que otros acampen en la plaza municipal; que otros se decidan a comer en público animales domésticos; que otros más bloqueen una Ruta Nacional; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública”¹⁸.

En general, las manifestaciones sociales que se intentan reprimir han sido protagonizadas por personas de escasos recursos, y con graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder público. Frente a ello los jueces deben comprender cuál es la gravedad que tienen protestas de esa índole pues es vergonzante que un Estado de derecho admita situaciones de miseria, pero también lo es que no pueda asumirse que situaciones de ese tenor no puedan traducirse en reclamos férreos sobre el Estado.

Como ha advertido con lucidez el juez William BRENNAN al resolver la situación de un grupo de manifestantes que eran acusados por haber bloqueado el tránsito vehicular en una ciudad, dijo: “los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Para aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos”¹⁹. Este dato —dice BRENNAN— debe ser tenido muy en cuenta por la justicia, a la hora de fundar sus decisiones.

La decisión de los tribunales argentinos de condenar a la imputada sobre la base del tipo penal previsto en el artículo 194 del Código Penal demuestra, como veremos, el peligro de permitir que una norma de esta naturaleza sea utilizada selectivamente para criminalizar opiniones y reclamos ante las autoridades por parte de sectores que no están de acuerdo con el gobierno. No sin cinismo, el Estado que incumple sus obligaciones pretende que utilicen medios ineficaces para hacer conocer sus

El voto de la mayoría reconoce en varios pasajes el carácter eminentemente expresivo de la conducta de la persona imputada. Señala, por ejemplo que “... no es ocioso indicar que muchas de las quejas o reclamos de los manifestantes podrían seguramente estar guiados por nobles propósitos sociales y humanitarios...” (voto de la mayoría, segunda cuestión).

Y también que

“... desde tiempo que parece lejano —lejano por la vorágine de los acontecimientos sociales y políticos de nuestro país, aunque no exceda de seis años— se ha iniciado una forma de protesta social consistente en diarios cortes de ruta y caminos en todo el territorio, a veces espontáneos y circunscriptos localmente y otras organizados a nivel nacional por los grupos denominados “piqueteros”, cuyos dirigentes entienden que el corte de ruta es la manera idónea de llamar la atención de las autoridades acerca de demandas de trabajo, alimentación, educación, salud, etc. cuya legitimidad no está puesta en discusión” (íd, ap. d).

Por cierto, y así lo ha señalado el voto disidente,

“Cualquiera que sea la base o título legal de las calles o plazas, desde tiempos inmemoriales ellas han sido utilizadas por los ciudadanos con fines de reunión, comunicación y discusión de cuestiones de interés público. Ese uso de las calles y lugares públicos ha sido desde siempre parte integrante de los derechos, privilegios, inmunidades y libertades de los ciudadanos. El derecho de todo ciudadano (...) de usar las calles y plazas públicas para la comunicación de ideas (...) puede ser regulado en nombre del interés general; no es absoluto sino relativo, debe sumarse al bienestar general, en consonancia con principios de paz y orden, pero no puede, bajo la excusa de dicha regulación, ser restringido o denegado”. Con estas palabras el juez Roberts, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caracterizaba, ya en 1939, el derecho de reunión (“Hague v. CIO”, 307 US 496). Va dicho entonces que no es posible establecer en abstracto orden jerárquico alguno de aquel derecho por sobre el de igual rango constitucional de transitar libremente, siendo ambos de carácter público” (del voto de Rodríguez Basavilvaso, segunda cuestión).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español en casos similares al presente, ha señalado con relación al uso del espacio público, cuando sobre él se despliega una reunión política pues el ejercicio de este derecho según tiene dicho ese tribunal

Por ello, la utilización del espacio público –en el caso una ruta nacional- es necesaria para expresarse, para ejercer, al fin y al cabo, el derecho a la libertad de expresión.

V.4. El contenido expresivo de la manifestación.

Con todo, para analizar la validez constitucional de la condena de Marina SCHIFRIN es indispensable considerar el contenido expresivo de su intervención.

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado, recientemente, que:

“la participación de las sociedades a través de la manifestación social es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades y que, en general, ella como ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación a esa forma de ejercicio de la libertad de expresión. La relatoría entiende que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes”²¹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de España, entendió que:

“Esta posición clave y básica de la libertad de expresión respecto de los demás derechos, por ser el elemento clave de la institución opinión pública, ha permitido al Tribunal Constitucional configurarlo como un derecho preferente, la posición preferencial asignada al derecho fundamental reconocido en el art. 20.1 d) de la Constitución, si de una parte implica una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información, de otra exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio. Por ello, cuando la libertad de información entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política, respaldados, por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado”²².

Además, si bien es cierto que la libertad de expresión no es un derecho absoluto; parece ser cierto también que “obstruir el derecho de libertad de expresión no condice con ningún interés público que justifique la intervención”. Más aún cuando una de las

quienes protestan, de inembargable trascendencia para el desenvolvimiento de la institucionalidad republicana”²³.

Por todo ello, debemos coincidir, entonces, con el Relator para la Libertad de Expresión cuando dice que:

“El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado [demostraciones en la vía pública], tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente”²⁴.

En conclusión, al igual que en la valoración sobre la naturaleza democrática de la protesta social, la Cámara de Casación se equivoca cuando resuelve sin mucho fundamento que las actividades en las cuales participó Marina SCHIFRIN no se encuentran enmarcadas en el ejercicio de varios derechos reconocidos tanto por la Constitución Nacional como por los tratados internacionales de los cuales el Estado argentino es parte. Nos referimos en particular a los derechos de reunión, de peticionar a las autoridades, y de libertad de expresión.

Más aún, luego de desconocer que la imputada se encontraba manifestando en contra de las políticas gubernamentales en ejercicio legítimo de los derechos mencionados, el tribunal inferior nuevamente se equivoca al analizar las restricciones a las que estos derechos pueden ser sujetos.

La falla en el análisis lleva al tribunal a realizar una valoración incorrecta de las reglas de interpretación que deben aplicarse para resolver las tensiones que se generan cuando existen varios derechos en contraposición. Por esta razón, la Corte Suprema debe revisar la decisión del Tribunal de Casación tomando en consideración para tal efecto los principios desarrollados por la jurisprudencia nacional e internacional sobre restricciones permisibles a los derechos humanos.

En lo que sigue se analizarán, en tanto se han afectado derechos reconocidos en tratados de derechos humanos, las restricciones permitidas a esos derechos.

VI. Restricciones legítimas a los derechos involucrados en el caso.

El Artículo 29.a de la CADH establece que dicho instrumento no puede ser interpretado de manera tal que se permita a los Estados o a las personas “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. En consecuencia, es necesario determinar cuáles son las limitaciones autorizadas por la Convención para dichos artículos, ya sea en el texto mismo del artículo o en otras disposiciones de la Convención que regulan de manera general las restricciones o limitaciones permisibles.

Por un lado, encontramos el artículo 32.2 que “opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas”²⁵. Éste determina una serie de reglas para limitar los derechos. Entre otros aspectos, establece que los derechos de otros, la seguridad y el bien común de una sociedad democrática deben orientar la interpretación y aplicación de estos derechos. Es decir que los derechos de los demás y las necesidades colectivas en una sociedad democrática deben ser la guía necesaria para establecer limitaciones a los derechos contenidos en la CADH.

Por otra parte, el Artículo 30 de la Convención señala que las restricciones autorizadas deben ser aplicadas conforme a las leyes y atender al interés general.

La noción de “interés general” en el Artículo 30 debemos entenderla en los mismos términos en que la Corte caracteriza los conceptos de “orden público” o “bien común” del Artículo 32.2²⁶:

“esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”²⁷.

Entonces, las limitaciones contenidas en el Artículo 32.2. o en aquellas normas que establezcan restricciones específicas permisibles para ciertos derechos deben cumplir, de acuerdo con la Corte, con las siguientes condiciones:

“a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;

b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos²⁸, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas²⁹.

En general se puede afirmar que las disposiciones que autorizan limitaciones a derechos consagrados en un tratado de derechos humanos deben ser interpretadas en forma restrictiva de manera que esos derechos no sean limitados más allá de lo requerido³⁰. Ello implica que las medidas de restricción deben ser “necesarias”, y en este sentido la Corte Interamericana ha determinado que no basta que la medida sea conveniente, suficiente o útil para proteger el derecho, sino que debe ser “estrictamente necesaria”³¹.

Y el hecho de que deban ser necesarias en una sociedad democrática, determina que no resulta suficiente una justificación que pretenda proteger a las mayorías de una conducta considerada ofensiva³².

²⁸ La Corte Interamericana ha señalado sobre este particular que: “La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver *supra* 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6 (en adelante “OC-6”), párr. 32).

²⁹ OC-6, *supra* nota de pie, párr. 18.

³⁰ PINTO, M., *Temas de derechos humanos* (1997) en LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (Rodríguez-Pinzón, Martín & Ojea Quintana, ed. 1999); Nadine Strossen, *Recent U.S. and International Judicial Protection of Individual Rights: A* . 41 *Hastings L.J.* 805 (1990); Alexandre

Todo ello obliga al Estado a optar por aquella medida que sea la menos intrusiva posible, de manera que quede reducida a un mínimo ineludible³³.

Adicionalmente, una medida necesaria y lo menos intrusiva posible debe ser proporcional, de forma tal que el derecho protegido no sea rebasado por un interés legítimo del gobierno que compita directamente con el derecho en cuestión³⁴. Dicho interés debe tener una importancia especial para el gobierno y se refiere solo a aquellos “intereses legítimos” establecidos en el Artículo 32.2 de la Convención Americana (u otros que se establezcan en disposiciones que consagren derechos específicos): los derechos de otros, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común³⁵. Sin embargo es necesario recordar que, según el criterio de la Corte, en la medida que un artículo de la Convención autorice limitaciones específicas a cierto derecho, el Artículo 32.2. debe ser aplicado con más cautela para restringir dicho derecho.

Sin embargo, no solamente es importante analizar las normas que establecen limitaciones a los derechos protegidos. Es igualmente relevante establecer si la práctica o aplicación de una norma es excesivamente restrictiva. Una norma puede ajustarse a los parámetros establecidos para limitar un derecho pero su aplicación puede exceder dichos límites³⁶. Dicha práctica puede presentarse en el ámbito de los tribunales de justicia así como en la administración pública

Por último, las autoridades nacionales al justificar una limitación a un derecho protegido deberán demostrar que el fin y objeto de la norma (protección del bien común) es el de evitar un daño cierto o tangible a la sociedad.

Para el derecho internacional de los derechos humanos, no es suficiente argumentar la limitación sobre la base de afirmaciones no sustentadas o meras especulaciones de un daño presumido al bien común³⁷.

Podemos concluir entonces que las restricciones deben estar prescriptas por ley; su aplicación debe ser conforme a ella; debe perseguir uno de los fines previstos en la Convención; ser proporcional y necesaria para una sociedad democrática.

VI.2. Legalidad de la restricción.

³³PINTO, *supra* nota 8, pg. 68-69. STROSSEN, *supra* nota 8 pg. 853. Refiriéndose al Caso *Klass y otros*

La jurisprudencia internacional ha establecido en reiteradas ocasiones que la expresión "prescripta por la ley" requiere no sólo que la medida impugnada tenga alguna base en la legislación interna si no que también el contenido de la norma en cuestión cumpla con ciertas pautas mínimas³⁸. Como se ha señalado anteriormente dichas pautas mínimas comprenden dos elementos que deben tomarse en consideración al analizar si la legislación o norma aplicable cumple con los estándares internacionales: 1) debe ser adecuadamente accesible para las personas cuyos actos pretende regular y 2) debe ser además previsible, es decir formulada con suficiente precisión para permitir que un individuo –con el debido consejo legal si es necesario- pueda regular su conducta en concordancia con lo establecido por dicha norma³⁹.

Por otro lado, dado que la legislación interna no puede prever toda eventualidad en la cual pueda resultar aplicable, el nivel de precisión requerido por la jurisprudencia internacional "depende en gran medida del contenido de la norma en cuestión, el ámbito de aplicación de la misma y el número y estatus de aquellos a los cuales está dirigida"⁴⁰. Cuando el contenido de la norma es de naturaleza penal, el grado de precisión requerido es más estricto por cuanto es en "el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos"⁴¹.

La Corte Interamericana ha interpretado el artículo 9 de la Convención Americana -el cual garantiza el principio de legalidad y no retroactividad- en igual sentido, al señalar que

"en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. En otras palabras, la definición de tipos penales debe contener una clara precisión de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad."⁴².

La determinación del alcance preciso de la legislación penal se torna aun más necesaria cuando, al igual que en el caso bajo análisis, estas normas se aplican para

restringir el debate político sobre cuestiones de interés público que afectan a un sector importante de la población⁴³.

En conclusión, cuando el Estado utiliza una norma penal como fundamento para restringir derechos esenciales para el desarrollo de una sociedad democrática, tales como el derecho de peticionar a las autoridades, el derecho de reunión pacífica y el derecho a la libertad de expresión, el nivel de precisión requerido para definir las conductas que resultan prohibidas por dicha norma es el más estricto posible. Ello así porque cuando una ley imprecisa interfiere con áreas sensibles protegidas por estos derechos la consecuencia más inmediata es la de inhibir el ejercicio amplio de estas libertades fundamentales⁴⁴.

Por estas razones, la Corte Suprema Argentina debe analizar el alcance del Artículo 194 del Código Penal de la Nación y su aplicación efectiva por las autoridades judiciales, a la luz de dichas consideraciones. Veamos.

VI.2.1. El hecho punible del artículo 194 del Código Penal. El bien jurídico tutelado.

El artículo 194 del Código Penal se encuentra ubicado en el Título VII denominado “Delitos contra la seguridad pública”. Con anterioridad, la ley 21.338 —como lo había hecho la ley 17.567—, rubricaba el título “Delitos contra la seguridad común”, con el objeto de destacar claramente cual era la idea central que subyacía en casi todos los tipos: la creación de un peligro común⁴⁵. Si bien para la generalidad de la doctrina la idea central no varió, se ha vuelto a la denominación original.

Dentro de este título, el capítulo II se refiere a los “Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación”. En ese capítulo se agrupan los artículos 190, que tutela la seguridad del transporte naval o aéreo; 191, referido a los atentados contra trenes en marcha; 192, que reprime la interrupción deliberada del funcionamiento de telégrafos o teléfonos afectados a un servicio ferroviario; 193, que amenaza con una pena más leve al que “arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha”; 194 que impide el entorpecimiento del transporte terrestre y servicios públicos; 195 referido al abandono de servicio; y 196 que pena al que, culposamente, “causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo. Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona...”.

que en el derecho antiguo no se les prestaba mayor importancia. Señala específicamente:

"En realidad es la importancia adquirida por los medios de transporte, según se ha dicho, lo que explica y justifica la inclusión de esta clase de infracciones dentro de la familia de los delitos contra la seguridad común, tanto por la magnitud de los daños posibles que justifican su asimilación a los estragos causados por fuerzas naturales, como por la alarma que suscitan los hechos de esta naturaleza"⁴⁶.

Por su parte, Carlos CREUS entiende que la razón de ser de la punibilidad, es el peligro común que se puede crear tras la afectación de servicios que por su utilidad por parte de la comunidad, al ser dañados o entorpecidos, pueden generar⁴⁷.

En igual sentido, Carlos VAZQUEZ IRUZUBIETA explica que:

"estas infracciones previenen hechos que afectan también la seguridad común en virtud de la evidente e indudable importancia que revisten en la actualidad los medios de comunicaciones puestos al servicio de una mayor interrelación humana e incentivación de las actividades"⁴⁸

El artículo 194 del Código Penal establece que:

El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años.

En la Exposición de Motivos de la ley de reforma 17.567 se explica el alcance de la norma con algunos ejemplos. Concretamente señala:

"Aquí se incluye, con una pena más leve, el hecho de entorpecer los transportes y algunos servicios públicos esenciales. Impedir el tránsito en una carretera, detener un tren o no permitir que en un momento dado se aprovisione regularmente con electricidad un pueblo, son ciertamente hechos delictuosos, pero, en circunstancias normales, menos graves que atentar contra la usina o levantar los rieles de la vía por donde ha de pasar un tren".

Las acciones por las que puede cometerse este delito, recaen sobre el transporte en general, entendiéndose la tutela legal al transporte terrestre, marítimo y aéreo, sin

La acción puede ejecutarse sobre el vehículo mismo o sobre las vías o medios que se utilizan para el tránsito. Para FONTÁN BALESTRA, "interrumpir una carretera, impedir el despegue de un avión, (...) sin crear peligro común, son actos comprendidos en la previsión que analizamos"⁴⁹

Carlos CREUS considera, no obstante, que:

"... deben afectar el transporte 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 el tráfico o la prestación del servicio (p. ej. picar un camino), aunque sea en sectores determinados (en un tramo de la ruta)"⁵⁰.

El fallo del tribunal de Casación, sostiene que:

"tampoco obsta al perfeccionamiento típico –antes al contrario, es de su esencia– que el hecho no hubiese afectado la seguridad del servicio público de transporte terrestre o aéreo, desde que la propia ley exige que no se cree "una situación de peligro común", estableciendo así una clara distinción entre los delitos que crean peligro para la seguridad común y aquellos otros que sólo entorpecen el normal funcionamiento de los transportes y servicios públicos. Es precisamente "el descarte de toda situación de peligro" la condición negativa que de manera explícita funda la figura".

Sin embargo, como lo ha destacado Eugenio ZAFFARONI, esa interpretación del tipo penal previsto en el art. 194 del Código Penal no es correcta. Dice:

"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 un peligro que no sea común, es decir, con *peligro individual*"⁵¹.

Carlos CREUS, señala, además, que los delitos de que trata el Título VII:

"...están dirigidos a proteger la seguridad común" y, según explica, "...se entiende por tal la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen. Las acciones típicas que las constituyen son todas ellas generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla"⁵²

De lo expuesto hasta aquí, queda claro el origen legislativo de la figura y las múltiples posibilidades de interpretación acerca del alcance de ésta. Al punto de permitir alternativamente que algunos comportamientos puedan o no considerarse sin un marco preciso de referencia, incluidos o no, en la descripción legal, genera un déficit severo desde la perspectiva del principio de legalidad, en la medida en que la previsibilidad de la reacción estatal queda altamente comprometida.

De este modo, puede adelantarse, que el artículo 194 del Código Penal no delimita con suficiente grado de precisión la conducta prohibida penalmente por lo que su aplicación para restringir derechos fundamentales como el de peticionar a las autoridades, de reunión pacífica y de libertad de expresión, no cumple con el requisito establecido en la Convención Americana y otros tratados internacionales de que las limitaciones de esta naturaleza estén "prescriptas por la ley".

Además de su imprecisión en cuanto a la descripción de las conductas que resultan punibles, el Artículo 194 del Código Penal tampoco cumple con la exigencia de previsibilidad de la ley requerido por los estándares internacionales, que es el de ofrecer garantías suficientes contra las interferencias arbitrarias de las autoridades con el ejercicio legítimo de derechos fundamentales.⁵³

Así,

"en asuntos que afectan derechos fundamentales sería contrario al estado de derecho, uno de los principios básicos de una sociedad democrática..., que una ley otorgue... una discreción legal expresada en términos de un poder ilimitado. Por lo tanto, la ley debe indicar con suficiente claridad el alcance de cualquier discreción otorgada a las autoridades competentes y el modo en el cual la misma debe ejercerse."⁵⁴

En igual sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos ha establecido que el aspecto más importante de la obligación de precisar con claridad los límites del alcance de una norma es la obligación de la legislatura de proveer pautas mínimas para regular la aplicación de dicha norma⁵⁵. "Cuando la legislatura omite establecer esas pautas mínimas, la norma penal puede autorizar un alcance ilimitado que permita a los policías, fiscales, o jurados ejercer sus predilecciones personales"⁵⁶.

Asimismo,

policías, jueces y jurados, con el riesgo potencial de una aplicación arbitraria y discriminatoria."⁵⁷

El artículo 194 del Código Penal de la Nación es impreciso al establecer en términos generales que se encuentra prohibido el impedir, estorbar o entorpecer, sin crear peligro en común, el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas.

Esta norma penal ha sido interpretada por los tribunales inferiores como aplicable al caso de la maestra SCHIFRIN por cuanto la interrupción del tránsito que se generó como resultado de la protesta en la que ésta participó configura los elementos del tipo penal previsto en el artículo de referencia.

Así, según el voto de la mayoría

"resulta típica del art. 194 del Código Penal 'toda acción que paraliza, desorganiza o retarda el tráfico o la prestación, cualquiera que sea el tiempo que dure'." Surge claramente del voto de la minoría y está demostrado en la práctica cotidiana de la Argentina que el tráfico resulta paralizado, desorganizado o retardado por múltiples razones, sea por manifestantes que salen a las calles para celebrar un triunfo deportivo, apoyar a un candidato político, o recibir a un cantante popular. También la libertad de circulación y transporte resulta entorpecida por "los piqueteros, los estudiantes, las asambleas barriales, las marchas con cacerolas o sin ellas, los 'escraches', y los maratonistas urbanos... ¿Y cómo se realizan estas convocatorias?, por lo general, con anticipados anuncios en los diarios, y siempre a la vista y paciencia de la autoridad."

El artículo 194 del Código Penal no distingue entre "entorpecimientos" autorizados y aquellos que no lo son, por lo que la determinación de que en casos la interrupción de la libertad de circulación configura el tipo penal contenido en dicha norma queda bajo exclusiva discreción de fiscales, jueces e, incluso, fuerzas de seguridad. De esta forma, estas autoridades del Estado adquieren la facultad de seleccionar en forma arbitraria entre las protestas o "entorpecimientos" que deben ser penalizados y las que no deben serlo.

En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos en su jurisprudencia constante ha señalado:

sistema cual es la aplicación selectiva de una norma prohibitiva de carácter amplio."⁵⁸

Si bien el Estado tiene la facultad y el deber de reglamentar el uso de las calles, parques y otros espacios públicos, y en particular de determinar los mecanismos a través de los cuales se supervisará que dichas normas sean cumplidas en la práctica⁵⁹; lo cierto es que el Estado no puede dejar en manos de jueces y fiscales la aplicación de una norma penal indefinida y de contenido amplio que pueda ser utilizada para procesar a aquellas personas o grupos que profesen ideas políticas o de otro tipo que sean contrarias a la opinión pública mayoritaria, tal como ha ocurrido en el caso de la maestra SCHIFRIN.

La decisión de los tribunales argentinos de condenar a la imputada sobre la base del artículo 194 del Código Penal demuestra el peligro de permitir que una norma de esta naturaleza sea utilizada selectivamente para criminalizar opiniones y reclamos ante las autoridades por parte de sectores que no están de acuerdo con el gobierno de turno. Si el interés del Estado es ejercer su legítima facultad de reglamentar el derecho de reunión para petitionar a las autoridades a fin de balancear los intereses entre quienes ejercen este derecho y aquellos que se ven afectados por la protesta debe proceder en consecuencia y adoptar una norma que se ajuste a los requisitos de accesibilidad y previsibilidad requeridos por los estándares internacionales de derechos humanos.

El artículo 194 del Código Penal, en tanto norma restrictiva, no cumple, en el caso bajo análisis, con el requisito de precisión que exige el principio de legalidad y por lo tanto la Corte Suprema debe desestimar su aplicación para condenar a la Sra. Marina SCHIFRIN. Pero el análisis del principio de legalidad no debe detenerse allí.

VI.2.3. La aplicación del art. 194 del Código Penal por parte de las autoridades judiciales.

En el punto anterior señalamos que una violación del principio de legalidad es la imprecisión de los tipos penales (en el caso, art. 194 del Código Penal). En este, debemos remarcar que el principio de legalidad -que exige la normativa internacional de derechos humanos- es violado por la aplicación que de esas normas realizan las autoridades judiciales.

En efecto, en este apartado, sin adentrarnos en los requisitos de necesidad o

Para ello, en el caso debemos analizar cuál es la interpretación que del tipo penal previsto en el art. 194 realizan los funcionarios judiciales para su aplicación y cómo determinan estos funcionarios los efectos lesivos que tiene la conducta que van a sancionar.

La esfera de prohibiciones penales, señala FERRAJOLI:

“debe limitarse sólo a las acciones reprochables por sus efectos lesivos a terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir lo más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones”⁶⁰.

El artículo 19 de la Constitución Nacional proscribire toda intervención jurídica con acciones que no afecten intereses legítimos de terceros. El artículo 30 y 32.2 de la Convención Americana también exigen que exista una afectación concreta de los derechos de los demás.

El juez Enrique PETRACHI señaló en su voto en disidencia en el caso "Montalvo"⁶¹ que

"la citada norma constitucional [art. 19 CN], al referirse a las conductas que de ningún modo ofendan derechos de terceros o al orden o la moral pública, no deja fuera de su ámbito de protección a aquellas acciones que tengan algún tipo de repercusión en el medio social, pues resulta difícil imaginar una conducta humana, de alguna relevancia, que carezca de esa virtualidad (...).

En realidad, no es cualquier efecto sobre el mundo exterior lo que autoriza la intervención estatal, sino el daño o el peligro concreto respecto de derechos o bienes privados o públicos, los cuales también deben ser claramente caracterizados por el legislador (...).

Una solución contraria llevaría a considerar amparado por la primera parte del art. 19, únicamente al puro acto interno de conciencia, lo que, al despojar a dicha norma de todo contenido tutelar significativo, otorgaría a los poderes públicos facultades omnímodas para regular las conductas de las personas, instaurando así el más crudo totalitarismo" (El destacado nos pertenece).

En el caso de Marina SCHIFRIN, establecer simplemente que su conducta se encuentra alcanzada por el tipo penal del art. 194 del Código Penal como consecuencia del desarrollo de una manifestación, implica una transgresión del principio de lesividad u

Pretender elevar a la categoría de bien jurídico al "derecho a no sufrir retrasos" no constituye un recurso efectivo para evitar los efectos invalidantes que emergen del principio de lesividad o afectación de los derechos de terceros, pues no cualquier interés, valor o principio puede considerarse como un bien jurídico digno de protección penal.

La capacidad o incapacidad del concepto de bien jurídico para servir de límite al derecho punitivo estatal depende del criterio que se siga para seleccionar los bienes protegidos⁶².

Construir el concepto de bien jurídico mediante la materialización de cualquier valor, implica permitir que se incluya bajo esa conceptualización cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada. Un concepto así no será capaz, por tanto, ni de fundamentar la despenalización de hechos puramente inmorales, ni de proporcionar las características específicas del objeto de protección del Derecho penal⁶³.

El peligro inherente a esta conceptualización, que podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o a dar cabida a puntos de vistas totalitarios, debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al *individuo*. La exigencia de una referencia individual, que permita advertir en la lesión del bien jurídico la producción de un daño a otro es propia de la tradición liberal. La referencia individual de todos los bienes supone, por lo demás, que el objeto de la lesión sea la específica disponibilidad del individuo sobre los bienes que favorecen su desarrollo personal en sociedad⁶⁴.

Con todo, podemos señalar que además de la existencia de un tipo penal impreciso (art. 194 del Código Penal) que afecta la legalidad de toda restricción a los derechos humanos; la aplicación de esas normas realizadas por el Tribunal de Casación, en el caso de la maestra SCHIFRIN, se realiza sin tener en cuenta la conducta expresiva desarrollada en una manifestación así como la inexistencia de una afectación concreta de los derechos de los demás.

VI.3. La condena viola el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Sin perjuicio de lo expuesto y aun cuando se considere que el tipo penal cumple con el grado de precisión exigido y que su aplicación ha sido acorde a las exigencias de la norma penal, el conflicto sobre la decisión adoptada por el Tribunal de Casación en

Los Estados no pueden validamente invocar cualquier finalidad para restringir o suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima⁶⁵.

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, en el tipo de protesta social al que hace referencia el caso confluente, como hemos puesto de manifiesto, varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que es necesario abordar. Estas se refieren a la libertad de expresión (Artículo 13)⁶⁶ a través del ejercicio del derecho de reunión (Artículo 15)⁶⁷ con el propósito de ejercer los derechos políticos de los que goza cualquier ciudadano, en particular buscando participar *directamente* en la dirección de los asuntos públicos (Artículo 23.1.a).⁶⁸

⁶⁵ Cfr. CIDH; Informe Anual 1994, Capítulo V; Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

⁶⁶ Artículo 13 Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

⁶⁷ Artículo 15. Derecho de Reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la

Para Carlos Nino, cualquier limitación de los derechos:

“...tanto de tipo general —p. ej., mediante leyes reglamentarias— como en casos particulares —a través de medidas administrativas y judiciales—, debe hacerse en función de otros derechos, sea de los mismos derechos de una persona o de derechos diferentes de las mismas u otras personas. En una práctica constitucional orientada hacia las exigencias de un liberalismo pleno, debe evitarse el recurso a expresiones como la de ‘bien común’ o ‘poder de policía’, que denotan directa o indirectamente conceptos holistas que ocultan la posibilidad de determinar si la limitación del derecho está justificada... en función de la preservación de otros derechos. Aunque esas expresiones puedan ser usadas para hacer referencia a derechos de terceros, ellas no ayudan para mostrar las diferencias entre concepciones individualistas y colectivistas y para tener claramente presente cuáles son los derechos que se pretende preservar con la afectación de otros; cuáles son los mecanismos para alcanzar esa preservación, etcétera. Es bueno enfatizar las variables que deben tomarse en cuenta en la ponderación de si la limitación de un derecho está justificada: si la satisfacción de un derecho lleva a la frustración de otro no sólo por acción sino también por omisión; si la incompatibilidad en la satisfacción de diversos derechos se debe o no a acciones voluntarias de otros; si los titulares de los derechos frustrados consintieron o no, libre y conscientemente esta frustración; si no es posible ofrecer vías alternativas para un ejercicio compatible de los derechos en pugna; si es o no posible compensar suficientemente a los titulares de los derechos frustrados; cuál es la jerarquía de los bienes protegidos por los derechos en conflicto en función de la autonomía personal, dando preferencia a la autonomía de los menos autónomos; el número de la gente involucrada en el conflicto de derechos. Todos estos factores deben ser tomados en cuenta lo más explícitamente posible —para hacer posible la deliberación democrática— por la ley o medida limitativa de derechos”⁶⁹.

La Corte Interamericana, con especial referencia a las restricciones a la libertad de expresión, en la Opinión Consultiva n°. 5, señaló:

“Es importante desatacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensable”, implica la “existencia

1979, Series A no.30, párr. No.59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”⁷⁰.

Por ello, para la resolución de un conflicto constitucional es necesario recurrir a un análisis refinado y cuidadoso, especialmente cuando de él depende la imposición de una pena. Ese análisis, deberá justificar que el fin de la norma restrictiva (en el caso art. 194 del Código Penal) es la de evitar un daño cierto o tangible para la sociedad.

Por lo demás, la razonabilidad de la medida, como más arriba quedó establecido, esta dada por la adecuación de los medios a los fines. En este sentido la Corte Interamericana ha establecido que la restricción debe estar orientada a satisfacer un interés público imperativo y debe ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo⁷¹.

En el presente caso se restringe la libertad de expresión a través del Derecho Penal imponiendo una pena de prisión de hasta tres años. Corresponde determinar si es posible restringir el derecho a la libertad de expresión a través de sanciones penales.

En este sentido, cabe hacer referencia a la condición del Derecho Penal como última *ratio*. Esta idea también responde al criterio de que la pena –por los graves perjuicios que causa a quien debe padecerla– sólo es admisible cuando no hay otro “mal menor”. Sólo se consideran legítimas las normas jurídico-penales cuando su función no la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o sanciones civiles o administrativas o medidas estatales de control social u otras⁷².

Se debe entender que la condición para la aplicación del derecho penal es la última instancia o el último recurso. Conviene destacar, en este sentido, el voto del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en la sentencia del caso *Bulacio*. En uno de sus párrafos expone:

“Una vez más es preciso subrayar la condición de último recurso que posee el control penal o cuasi penal...”, y continúa: “Las figuras de conducta que justifican la intervención sancionadora del Estado deben referirse a verdaderas afectaciones indebidas de bienes jurídicos, previstas legalmente, no apenas a situaciones de supuesto riesgo o peligro que hagan sospechar —conforme al arbitrio de

transgresion, y con este fundamento pongan en curso el aparato represivo del Estado”⁷³.

El citado magistrado concluye:

“De todo ello resulta la necesidad de respetar el ámbito del comportamiento libre y establecer cuidadosamente y dentro del marco de la ley, aquellos actos que implican lesión grave de bienes jurídicos, frente a los cuales resulte legítimo —conforme a un criterio de legitimidad material, no apenas formal— poner en movimiento la función punitiva, deslindándolos de infracciones menores, que deben ser atendidas con otras medidas e instrumentos, públicos y privados”⁷⁴.

De ahí entonces que la finalidad que persigue el derecho penal no se vincula con la limitación de manifestaciones sociales. La herramienta que, en este caso, confirma el Tribunal de Casación, no es idónea para restringir el derecho a la libertad de expresión.

El artículo 13 n. 2 de la Convención Americana establece que

“El ejercicio del derecho (libertad de expresión) previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que expresamente de estar fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública”.

La Corte Interamericana señaló:

“El análisis anterior del artículo 13 (Libertad de expresión) evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (de derechos civiles y políticos) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñados para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libertad de expresión”⁷⁵.

De ahí entonces que en el ámbito regional se han establecido fórmulas como la que prescribe el artículo 13, n. 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos: censura previa nunca, responsabilidades ulteriores, sólo en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias. La exclusión del instrumento citado ha sido determinada

responsabilidades posteriores a la expresión, que, en algunos casos, pueden equipararse con los mismos efectos que provoca la implementación de mecanismos de censura previa.

El Relator Especial para la libertad de Expresión de la Comisión Interamericana ha señalado, con relación a la criminalización de las demostraciones en la vía pública, que

“resulta en principio inadmisibles la criminalización también per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Asimismo, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivos para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos”⁷⁶.

Seguidamente agrega el Relator Especial:

“Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el reclamo se origina”⁷⁷.

La Comisión Interamericana ya había señalado -cuando se refirió al delito de desacato- que “El temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público...”⁷⁸.

Por todo ello, los jueces del Tribunal de Casación no pueden sostener la sanción de Marina SCHIFRIN en la simple constatación de un entorpecimiento de los transporte terrestres. Ese análisis no tienen en cuenta la última instancia de operación del derecho penal y las restricciones permitidas a la libertad de expresión.

Por otra parte, como se dijo, la decisión del Tribunal de Casación no sólo afecta el derecho a la libertad de expresión; los derechos de reunión y a la acción política son

En este sentido, es preocupante que la consideración general del contexto histórico-político en el que se desplegó el comportamiento de la persona imputada, lejos de llevar a un entendimiento prudente de la situación, haya recluido a los jueces en una encendida defensa de la disciplina vial, como si éste único soporte de la interacción social pudiera sostener en soledad la arquitectura de las instituciones.

La reflexión acerca de las cifras sobre desempleo o distribución de ingreso en nuestro país o un mínimo repaso de las circunstancias en que se han producido numerosas muertes en el marco de distintas manifestaciones de protesta desde 1996⁷⁹, como mínimo, permiten objetar la vehemencia de las afirmaciones del tribunal referidas al afianzamiento de la seguridad o la propiedad de los habitantes de la Nación; y en el mismo sentido, destacar la relevancia que tiene la resolución correcta y jurídicamente acorde a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en materia de derechos humanos, por parte de esa Corte Suprema.

Los jueces Bisordi y Catucci afirmaron que la única forma legítima y verificable de la expresión soberana del pueblo es el sufragio y que otros tipos de expresión de la voluntad popular, tales como reuniones multitudinarias en plazas o lugares públicos, encuestas, huelgas, lock-outs u otros medios de acción directa, “no reflejan realmente la opinión mayoritaria del pueblo, sino a lo sumo la de un grupo sedicioso”.

Otras lecturas posibles de los mismos antecedentes, incluso, conducen a concluir con buenas razones que el óbiter de la Casación se inscribe en un paradigma excesivamente formal de la democracia, en la medida en que “... a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia...”⁸⁰, mientras que “... una concepción sustancial... requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales... como condiciones de validez...”⁸¹ de las normas o de sus interpretaciones.

Sin embargo, y a pesar de los muchos enfoques que pueden hallarse sobre el tema, la democracia es mucho más que nuestro cuestionado sistema electoral y se trata antes

⁷⁹ Por caso, una resolución reciente la Cámara Federal porteña señaló, al referirse a los sucesos de diciembre de 2001 en la ciudad de Buenos Aires, que “[l]a magnitud de los hechos, el operativo

bien, de un conjunto de reglas dirigido al fortalecimiento de los sistemas de autogobierno colectivo.

Atribuir exageradas cualidades expresivas al voto es un error; "... y esto no puede extrañar a ninguno... el sufragio resulta todavía, una herramienta demasiado 'torpe' para contribuir al establecimiento de un diálogo entre los representantes electos y sus electores"⁸², defecto agravado cuando sólo unos pocos tienen acceso a los foros de debate.

El fallo, a pesar de este déficit republicano, profesa una profunda desconfianza por las manifestaciones ciudadanas producidas sin mediación, otorgando al texto constitucional un alcance y efectos reprobables. Cuando la CN, además de prever algunas formas de democracia semidirecta, prohíbe que ningún grupo se arrogue los derechos del pueblo intenta preservar la integridad de la voluntad soberana (22 CN), no limitarla. Empero, con base en el mismo texto normativo, la Cámara de Casación justificó una restricción severa al ejercicio de la crítica política, circunscribiéndola al mero ejercicio del sufragio, falencia que junto a todo lo dicho ya socava la justicia de la decisión a la luz de los principios que informan una comunidad democrática.

En conclusión, el caso en cuestión hace referencia al derecho a la libertad de expresión (Art. 13), que se robustece aun más con el hecho de que también afecta directamente el derecho de reunión (Art. 15) y los derechos políticos (Art. 23) de la imputada. La libertad de expresión y los derechos políticos son la piedra angular y pertenecen al corazón de la noción de democracia, y cuando ambos son afectados simultáneamente, como sucede en el caso referido, la protección de esos derechos debe ser más celosa aun; debe otorgarse el máximo posible de prelación a estas libertades frente a otras consideraciones colectivas relacionadas con los derechos de otros. Los artículos 13 y 15 de la Convención Americana establecen expresamente que el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos pueden ser limitados con el propósito de asegurar, entre otros, el orden público. Pero, como lo hemos mencionado, cualquier limitación debe ser objetiva y razonable, haber sido establecida por la ley, y además ser proporcional al fin legítimo que se persigue (presumiblemente el "orden público" en este caso).

Por lo tanto, las autoridades están obligadas a optar por las medidas restrictivas que sean lo menos gravosas posible para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos (no solamente deben ser medidas deseables o

En el presente caso, tal como se ha mencionado en varios apartes, el accionar del Estado efectivamente ha impedido cualquier posibilidad de diálogo o interlocución de los ciudadanos con las autoridades. Se han obstaculizado los derechos políticos de las personas hasta tal punto que la situación ha quedado caracterizada por dos extremos: el estado no aparece, no regula, no dialoga, y solo hace presencia frente a las quejas de la ciudadanía con la criminalización de las desesperadas manifestaciones ciudadanas.

Los artículos 13, 15 y 23 de la CADH protegen el derecho de reunión pacífica y sin armas para expresar ideas con el fin de participar en la vida política del país.

Evidentemente, el ejercicio de esos derechos implica necesariamente “incomodidades” a la ciudadanía cuando se ejerce en lugares públicos. Cuando los Artículos 13 y 15 disponen que estos derechos solo pueden limitarse o restringirse sobre la base, entre otros, del orden público, no puede concluirse que cualquier reunión en el espacio público afecta dicho orden hasta requerir la penalización de esa expresión pacífica que usa una calle, una plaza o un parque para manifestarse. En ciertas circunstancias el uso de violencia requeriría una reacción más intensa del Estado en el sentido del uso del poder de policía y en la investigación penal y/o acción civil requeridas teniendo en cuenta la necesidad de proteger el orden público. Pero aquella protesta social que únicamente se toma el espacio público para dirigir sus reclamos sociales, para hacerse oír por las autoridades que no han recibido y canalizado dichas solicitudes, no puede ser sujeta a medidas tan gravosas e intensas como lo es la acción penal. Se estaría criminalizando la protesta social pacífica, lo cual contraviene en forma manifiesta el objeto y propósito de la Convención Americana:

Como ha quedado establecido en el expediente del caso en cuestión, la maestra SCHIFRIN efectivamente participó en una protesta mediante la cual se interrumpió el tránsito en una vía sin usar la violencia. La maestra no fue acusada de causar daño material alguno durante el evento. El corte vehicular fue de cortísima duración y los autos tuvieron la posibilidad de utilizar vías alternas.

Es necesario anotar que no es cierto, como lo sugiere un magistrado, que a la luz de la CADH la única forma de canalizar las inquietudes sociales es a través de la representación indirecta. El Artículo 23 de la CADH expresamente reconoce el derecho a hacerse oír de manera directa. Esta argumentación de los jueces de la

La Cámara de Casación desconoció la obligación internacional que tiene el Estado argentino de otorgar la más alta protección posible a este derecho que representa la expresión más profunda y primaria de la acción política en una sociedad democrática y pluralista.

De acuerdo a lo expuesto, podemos señalar que, en el caso de Marina SCHIFRIN el poder coercitivo del estado ha sido utilizado por la administración de justicia como una auténtica herramienta de control sobre manifestaciones sociales. En rigor, en el caso, se ha desplegado un inadmisibles control penal sobre la acción política.

De esta manera el poder penal del Estado, lejos de conformar un recurso de ultima ratio para el aseguramiento de la paz social, se utiliza como un mecanismo espurio de control social. El poder jurisdiccional, cuya legitimidad democrática sólo abrevia en el poder de decir el derecho vigente allí donde una acción u omisión lo ha lesionado, lejos de consolidar su relación con la comunidad ha participado activamente en el desmantelamiento de las garantías constitucionales.

Por ello, esa Corte Suprema, en calidad de órgano superior en el marco de la administración de justicia, tiene la oportunidad, en el caso SCHIFRIN de revisar la decisión de órganos jurisdiccionales inferiores que afectan derechos consagrados, como hemos visto, en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos.

IX. PETITORIO

Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.E. solicitamos:

- 1) Se tenga a la Academia de Derechos Humanos del WCL de la AU y al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) como *Amicus Curiae* en esta causa;
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.

Proveer de conformidad que,

Conf. Justicia

College of Law
American University

Diego Rodriguez Pinzon
Codirector del Washington
College of Law
American University

Victor Abramovich
Director Ejecutivo
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)