

Poder Judicial de la Nación

La Plata, 31 de mayo de 2012.

VISTO: el presente expediente n° 6243, caratulado “N.N. y otros (imp.) s/Denuncia (Dte. Juan Pablo Schiavi)”, procedente del Juzgado Federal de Quilmes.

Y CONSIDERANDO:

EL JUEZ SCHIFFRIN DIJO:

1) Llegan estas actuaciones a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la doctora Claudia Ferrero, defensora de Jorge Darío Hospital, Omar Esteban Merino, Eduardo Belliboni y Miguel Omar Morales, contra la decisión del Juez Federal de Quilmes, doctor Luis Antonio Armella, que procesó sin prisión preventiva a todos ellos por considerarlos autores de los delitos de “Extorsión e Interrupción a los Medios de Transportes en concurso real (artículos 168 y 194 del C.P., ambos en función del art. 55 C.P.)” –fs. 475/476–.

2) El hecho que se investiga en esta causa consiste en una protesta de decenas de personas apostadas con carteles y pancartas sobre las vías ferroviarias próximas a la Estación del Ferrocarril Roca de Avellaneda el día 23 de diciembre de 2010, manifestación que se extendió desde las 11.30 hs hasta las 19 hs aproximadamente. Solicitaban al Ministerio de Trabajo, Seguridad y Empleo Social de la Nación y a la UGOFE S.A. (continuadora del servicio de la Línea General Roca) la reincorporación de ex-empleados y el pase a planta permanente, como agentes ferroviarios, de trabajadores “tercerizados” y de personas encargadas de cuidar baños en diversas estaciones que dependían de esa empresa.

Ese día, miles de usuarios no pudieron disponer del servicio normal de transporte ferroviario y se produjeron serios incidentes en la Estación Plaza Constitución de Capital Federal y en comercios y viviendas aledañas, tales como saqueos y daños.

El juez identificó a Hospital, Merino, Belliboni y Morales como algunas de las personas que participaron en la protesta –acaso aquellos de mayor protagonismo– y procesó a todos ellos por los delitos aludidos arriba.

La defensora apela dicha decisión y se queja, en prieta síntesis, de que esta causa ha sido formada por los responsables de la muerte de Mariano Ferreyra, en venganza por las declaraciones testimoniales de sus asistidos que

USO OFICIAL

los incriminan, brindadas en la causa penal que lleva adelante la jueza Susana Wilma López.

3) Adelanto, que, desde mi perspectiva, la decisión debe ser revocada, pero el hecho merece una mejor descripción, que debe comenzar con la referencia a una constelación de circunstancias no reflejada en este expediente, pero cuya pública notoriedad obliga a no desatenderla si no se quiere resolver a espaldas de lo que todo el mundo conoce.

El suceso que se investiga no constituyó un acto espontáneo, surgido de la nada, sino una de las reiteradas protestas de empleados de empresas contratadas por la UGOFE S.A. que se realizaron durante la mayor parte del año pasado y que fueron apoyadas por militantes del Partido Obrero, entre ellos los procesados en esta causa y Mariano Ferreyra, fallecido en una de esas manifestaciones el 20 de octubre de 2010. El pedido de incorporar a ex-empleados y de pasar a planta permanente a las personas referidas al comienzo se funda en supuestas prácticas abusivas, violatorias de derechos básicos del trabajador.

Antes de describir esas supuestas prácticas, expliquemos que aquella empresa, la Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia S.A. (UGOFE S.A.), tuvo origen en el Decreto 798/2004 del PEN y que se halla formada por las firmas Metrovías Sociedad Anónima, Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria y Trenes de Buenos Aires Sociedad Anónima. Su formación fue dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional debido a la “gravedad de la situación” que padecía el Ferrocarril San Martín y “a cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia” y tuvo como fin que esa nueva Unidad operara ese servicio “hasta tanto se entregue su posesión a la empresa que resulte adjudicataria de la licitación que se llevará a cabo” (art. 4 del decreto mencionado, que tengo a la vista).

Tres años después, en lo referente al servicio de la Línea General Roca, el Poder Ejecutivo Nacional, por Decreto 591/2007, rescindió el contrato de concesión que favorecía a la Empresa Transportes Metropolitanos General Roca Sociedad Anónima (en formación), dada la deficiente prestación y la inobservancia de exigencias relativas al mantenimiento de la infraestructura y material rodante, y, al mismo tiempo, convocó a UGOFE S.A. para continuar también ese servicio, “debido a la gravedad de la situación y a cuestiones de

Poder Judicial de la Nación

oportunidad, mérito y conveniencia”, “hasta tanto se defina la modalidad de su prestación” (art. 4 del decreto mencionado, que tengo a la vista).

Según entiendo, la UGOFE S.A. estaría actualmente ligada al Convenio Colectivo de Trabajo (n° 755/2006), celebrado por la Unión Ferroviaria, representada, entre otros, por José Ángel Pedraza, con la anterior Empresa Transporte Metropolitano General Roca Sociedad Anónima, representada, entre otros, por Osvaldo Iglesias, acuerdo homologado por el Director Nacional de Relaciones del Trabajo y publicado en Boletín Oficial del 21 de febrero de 2006 (que también tengo a la vista).

Pues bien, las supuestas prácticas abusivas que alegaban los manifestantes, y a las que accedemos a través de la información suministrada por algunos medios de prensa escritos, serían las siguientes: acusaron la UGOFE S.A. de contratar empresas (Confer S.A., Herso S.A., Amount S.A. Coop. de Trabajo Unión del Mercosur Ltda., etc. –fs. 68–) para realizar actividades contemplada en el Convenio Colectivo (mantenimiento y reparación) en lugar de incorporar personal a su planta, resultando de ello, por un lado, que un agente tercerizado obtiene menos remuneración que un empleado ferroviario que realiza la misma tarea y, por otro, que UGOFE S.A. se desliga del cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales estipuladas en ese Convenio. Denuncian que el dinero no llega al empleado por razón de que algunas empresas tercerizadas son, en realidad, empresas manejadas por la Unión Ferroviaria, gremio que, asimismo, se opone a la incorporación de empleados tercerizados simpatizantes del Partido Obrero, ya que engrosarían una lista opositora. A su vez, se quejan de que esa firma permita a personas necesitadas cuidar gratuitamente los baños de las estaciones y obtener propinas de los usuarios a cambio de exigirles cumplir con un horario determinado y acondicionar esos lugares, limpiándolos y aportando papel, todo ello en un ambiente de desprotección laboral y sin remuneración alguna por parte de la empresa. También, se agravian de que aquellos empleados de UGOFE S.A. que se solidarizaron con el reclamo de pasar a planta permanente al personal tercerizado y a las personas que cuidan baños fueron despedidos.

Ello surge en mayor o en menor medida de numerosos artículos periodísticos (a los que se accede por los sitios *Web* correspondientes),

algunos de los cuales son los seguidamente nombrados: *Clarín*, “Constitución: hubo tensión por un cruce entre gremios del Roca”, del 6/9/10; *Clarín*: “Conflicto del Roca: hoy bloquean las boleterías de Constitución”, del 23/7/10; *Tiempo Argentino*: “Recalde cuestionó a las empresas”, del 27/10/10; *Clarín*, “La firma que echó a los trabajadores está vinculada al gremio ferroviario”, del 24/10/2011; *Clarín*: “El Estado autoriza las tercerizaciones de la operadora del Roca”, del 27/10/10; *Clarín*: “Un corte de vías desató una intensa batalla en Constitución”, del 24/12/10; *Clarín*: “El Gobierno acusa al PO del corte en Avellaneda”, del 23/10/10; *Página/12*: “El conflicto es por los tercerizados”, del 24/12/10; *La Nación*: “La batalla por los baños, el conflicto silencioso del Roca”, del 15/1/11; *Página/12*: “Trabajo confirmó el pase a planta de los empleados de limpieza”, del 21/1/11; *Página/12*: “Más incorporaciones en la Línea Roca”, del 25/1/11; *Página/12*: “Un acuerdo después del corte de vías”, del 26/1/11; *Página/12*: “De tercerizados a permanentes”, del 24/2/2011; entre muchos otros. También se puede ver la información que surge del sitio *Web* del Partido Obrero, del cual los procesados son militantes: <http://po.org.ar>. Por ejemplo, “Negocios Ferroviarios: Un gran desfalco organizado desde el Estado”, del 11/11/2010; “Reincorporamos a todos los despedidos”, del 11/11/2010, entre muchos otros.

También roza estos temas la defensora en sus escritos de apelación y de fundamentación de agravios, aunque el enfoque principal se dirige a mostrar que “la patota” de la Unión Ferroviaria fue responsable de la muerte de Mariano Ferreyra, al igual que funcionarios de UGOFE S.A., del Ministerio de Transporte, del Ministerio de Trabajo de la Nación y de la Policía Federal División Roca, y que esta causa representa una “venganza” por razón de que sus defendidos comprometieron la situación de algunos de aquéllos en el expediente en el que se investiga la muerte de Ferreyra.

Finalizando esta introducción, digamos que, entre las manifestaciones realizadas en el año 2010 en las vías próximas a la Estación Avellaneda y en las boleterías de la Estación Plaza Constitución, son conocidas las de los días 21 de julio, 9 de octubre y 20 de octubre de 2010, fecha esta última en que hubo de lamentarse el deceso de una persona. Estos reclamos, según la defensora, habían generado peticiones al Ministerio de Trabajo (escrito de

Poder Judicial de la Nación

apelación, agregado a fs. 554), las cuales tuvieron respuesta al día siguiente de la muerte de Ferreyra, o sea el 21 de octubre de 2010, según lo afirma la defensa (fs. 554). También se generaron protestas en las vías cercanas a la estación Avellaneda los días 25 de enero y 24 de febrero de 2011, luego de las cuales el gobierno habría pasado a planta permanente a muchísimos trabajadores.

Acaso se diera por supuesto que todos esos antecedentes son por demás conocidos, y así se explique por qué ni los denunciantes ni la fiscal ni el juez hicieron constar ese panorama en esta causa: *notoria non egent probatione*. Por mi parte, prefiero no moverme con presupuestos no explicitados, y, por ello, aclaro que el hecho recortado que se estampa en el expediente debe insertarse en esa atmósfera de conflictos, que permite comprender mejor las conductas investigadas y las constancias de la causa que pasamos a comentar.

4) Pocos días después del fallecimiento de Mariano Ferreyra, el primero de 1 de noviembre de 2010, se celebró un acuerdo en la sede del Ministerio de Trabajo, Seguridad y Empleo Social de la Nación entre algunas empresas subcontratadas, que son Comfer S.A., Ecocred S.A., Herso S.A., Cooperativa Unión Mercosur Ltda. y Amount S.A., por un lado, y UGOFE S.A. y FFCC Belgrano S.A., por el otro. Estas últimas aceptaron “iniciar en las próximas cuarenta y ocho horas la incorporación de los trabajadores que, en relación a cada una de [aquéllas empresas], figura en el listado anexo que forma parte de la presente a todos sus efectos”, incorporación que “se concretará a través del FFCC Belgrano” (fs. 57). También se estableció allí que “tales incorporaciones se concretarán en las condiciones de desempeño anterior de cada trabajador, todo ello en los términos del art. 18 de la LCT” (fs. 57). En el listado anexo, firmado por la integridad de los representantes de todas las empresas mencionadas, se nombras a casi ochenta personas, distribuidas entre las distintas empresas (fs. 58/60).

Seguida a esta acta, existe agregada otra lista más numerosa de personas, agrupadas también por empresas. En lo que hace a UGOFE S.A. se menciona a Miguel Omar Morales –procesado en autos–. También en esta lista se agrega un grupo de personas bajo la denominación “baños”, que no aparece en la lista anterior (fs. 63/65). Esta última lista, agregada a fs. 63/65, parece haber sido presentada posteriormente en la sede del Ministerio de

Trabajo y fue proveída por Norberto Ciaravino mediante una resolución que contiene los siguientes tres puntos:

“1) La lista de trabajadores adjunta a esta presentación es tenida como definitiva y serán incorporados todos sus integrantes que hayan desempeñado tareas propias de la actividad ferroviaria en los términos y condiciones previstas en el acta de fecha 1 de noviembre pasado. Cualquier discrepancia que hubiese en relación a alguna de esos trabajadores será considerada con el interesado y sus representantes. Este procedimiento se concretará en el transcurso de la próxima semana.

2) Los trabajadores mercerizados que presten tareas propias de la actividad ferroviaria percibirán a partir del 1 de diciembre la remuneración de la categoría inicial ahora vigente según la CCT 755/06.

3) A partir del 23 de noviembre próximo se constituirá una mesa de trabajo para la incorporación de los trabajadores tercerizados que desempeñan tareas propias de la actividad ferroviaria contempladas en la CCT vigente para la Línea General Roca, a la planta de efectivos de la empresa principal, que deberá concretarse antes del 20 de diciembre próximo”. (fs. 62).

5) La falta de cumplimiento de lo acordado en los resoluciones anteriores y en los plazos allí establecidos impulsó a las personas afectadas a realizar, el día 23 de diciembre de 2010, a las 11.30 hs., una nueva manifestación en las vías próximas a la Estación de Avellaneda, más precisamente, según lo apunta el denunciante “a unos 500 mts del lado de la Estación Constitución (a la altura del kilómetro 3,400 a 3,500 aproximadamente)” (fs. 5 vta.).

Aproximadamente cien personas participaron de la protesta, sosteniendo pancartas y carteles con la leyenda “todos a planta permanente” y “reincorporación de los despedidos” (ver fotos agregadas a fs. 21 y a fs. 74/75). Entre ellos estaban Jorge Hospital, Guardatren de la Dotación Lavallol de la Línea Roca (condición laboral manifestada por él mismo en su declaración indagatoria, agregada a fs. 265), Esteban Merino, empleado ferroviario de la Estación Avellaneda (*idem*, fs. 262), Miguel Omar Morales, como apuntamos, ex empleado de la UGOFE S.A. (*idem*, fs. 410) y Eduardo Silvio Belliboni, desempleado (*idem*, fs. 408). No abundan datos personales en sus declaraciones ante el juez, pero, según una nota periodística, todos, menos Morales, serían integrantes del Partido Obrero (*Página/12*: “Los defensores acusan a los policías”, del 12 de enero de 2011). Ello es corroborado por la

Poder Judicial de la Nación

defensora (fs. 648 vta. y fs. 650, último párrafo) y, en parte, por alguna constancia policial (fs. 19). Hospital sería, a la vez, miembro de la Unión Ferroviaria y opositor a la lista de Pedraza (conforme con otra constancia policial, agregada a fs. 23).

El lugar no fue elegido al azar, ya que es un punto sensible para el transporte ferroviario, porque provoca “la parálisis total del servicio del Ferrocarril Roca en sus variantes diesel y eléctrico” (según la denuncia del Ingeniero Juan Pablo Schiavi, Secretario de Transporte del Ministerio de Planificación Federal, Inversión y Servicios, agregada a fs. 8. También se expresa en sentido similar el otro denunciante, Luis Antonio D’Antiochia, representante de UGOFE S.A., fs. 5 vta.).

De forma inmediata se hicieron presentes funcionarios de la División Roca de la Policía Federal: el Comisario Jorge Ferreyra y los oficiales Gastón Domecq, Carlos Farías y Sergio Lavinia, el primero de los cuales habría sido llamado a prestar declaración indagatoria por la Jueza Susana Wilma López, titular del Juzgado Criminal de Instrucción n° 38 de Capital Federal, por la muerte de Mariano Ferreyra.

Los oficiales Domecq y Lavinia, movidos, al parecer, por el aspecto de los manifestantes, observaron cómo su Jefe dialogó con Jorge Hospital, “uno de los pocos bien vestidos y con aspecto de aseado” (Domecq fs. 44 y Lavinia, fs. 45)¹, y con Gustavo Mendieta, abogado de los manifestantes, y escucharon decir a éstos: “no nos vamos de las vías hasta que el Ministerio de Trabajo cumpla con lo pactado ... de acá no nos movemos hasta que los sesenta despedidos cobren lo adeudado, y los tercerizados pasen a planta permanente así como los trabajadores de los baños ... el corte lo hacemos por que no cumplieron lo pactado hasta que no lo cumplan no nos vamos de las vía” (según la declaración policial del funcionario Gastón Domecq, agregada a fs. 44, ratificada en sede judicial, fs. 254/255, y de acuerdo con la declaración policial de Sergio Lavinia, agregada a fs. 45).

¹Cabe recordar que esa tendencia subjetiva la tuvo en cuenta el legislador para estructurar el art. 1 de la Ley 23.592 de Actos Discriminatorios, que dice así: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios *determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*” (cursiva agregada).

Un abogado de UGOFE S.A., Adrián Alejandro Lissi, también se hizo presente en el lugar y se entrevistó con el abogado de los manifestantes, el ya nombrado Mendieta, que, a juicio de Lissi, era el que “dirigía todo” (declaración judicial de Lissi, agregada a fs. 256). Mendieta le manifestó que el motivo del “corte” era que “habían firmado un convenio con el Ministerio de Trabajo y éste no había sido cumplido. Como así también que había 20 personas que incorporaron las tercerizadas y que no les habían pagado y que había otro listado de personas que tenían que ser incorporadas, [exhibiéndole] y [entregándole] un convenio suscripto ante el aludido Ministerio, como así también un listado de personas de distintas empresas tercerizadas que pretendían ser incorporadas” (declaración judicial de Lissi, agregada a fs. 256).

Frente a esto, Lissi se comunicó telefónicamente con el Ministerio de Trabajo, sito en Avda. Leandro N. Alem n° 650 de Capital Federal, cuyos funcionarios accedieron a recibir a los manifestantes (fs. 256 vta.). Sin que las vías fueran liberadas, Gustavo F. Mendieta, Miguel Omar Morales y Omar Esteban Merino, y otro manifestante, Martín Vegas, se dirigieron al Ministerio de Trabajo a las 14.15 hs aproximadamente (fs. 293), donde fueron recibidos por el Ministro Carlos Tomada y por el Jefe del Gabinete de Asesores del Ministerio, Norberto Ciavarino.

Existe un informe en la causa enviado por Ciavarino al Juez Armella que documenta lo ocurrido en esa reunión, según la visión del primero, informe que, en la parte pertinente, paso a transcribir en su totalidad:

“Los comparecientes –dice Ciavarino– plantearon en la oportunidad las exigencias:

a) Incumplimiento por parte de empresas tercerizadas del pago de la categoría del Convenio Colectivo Ferroviario a todo su personal.

b) Incorporación a la empresa principal del personal de una empresa denominada MASA que hasta entonces no figuraba ni era conocida como tercerizada del Ferrocarril Roca.

c) Incorporación de personal despedido de empresas tercerizadas que no había sido incluido en su momento en las listas de trabajadores despedidos que debían reintegrarse.

d) Incorporación a la empresa principal del personal presentado como ‘socorrista’.

e) Incorporación inmediata a la empresa principal y pago ese mismo día de la remuneración prevista para la categoría 7 del Convenio Colectivo ferroviario a una nómina de personas que, según los reclamantes, estaba a cargo de la atención de los baños de las distintas

Poder Judicial de la Nación

estaciones de Ferrocarril Gral. Roca. Argumentaron a este respecto que se trataba de personas cuyos ingresos dependían exclusivamente de las propinas que recibían de los usuarios y que en esos momentos carecían totalmente de ingresos, lo que resultaba particularmente gravoso ante la inminencia de las celebraciones de navidad y fin de año.

Las respuestas que se dieron a estas peticiones fueron las siguientes:

a) Se solicitaron precisiones acerca de los incumplimientos de pagos, no obstante lo cual se verificaría el cabal cumplimiento de los mismos,

b) En ningún caso se adoptaría una decisión en principio excluyente. Por el contrario, el procedimiento consistiría en analizar las cuestiones que presentaban situaciones particulares, una vez finalizado el proceso de transferencia del grueso del personal.

c) En tal sentido, se analizaría en su momento la situación de la empresa presentada en ese momento (MASA).

d) En cuanto a los socorristas, si bien la situación de la empresa intermediaria era particular, se había clarificado lo suficiente tal circunstancia como para permitir su incorporación a la planta permanente.

e) En relación a la situación del personal asignado a la atención de los baños, se explicó que también se analizaría la misma con posterioridad, ya que respecto de estos trabajadores existían diversas cuestiones pendientes de definición, tanto en lo referente a su identificación personal como efectivos prestadores del servicio, como en cuanto a la particular situación laboral que presentaban, dada la inexistencia de algún tipo de intermediario en su prestación. No obstante ello y atento el problema planteado por los presentes, se procuró obtener para ellos una solución solidaria independiente del reclamo laboral, consistente en un aporte pecuniario que paliara sus necesidades inmediatas, lo que fue imposible de satisfacer ese mismo día –pese a las gestiones realizadas– en razón de ser asueto administrativo.

Pese a que estas respuestas en ningún caso fueron negativas y por el contrario dejaba abierta la solución a todo lo planteado, los comparecientes se aferraron al tema de la incorporación y el pago inmediato a los eventuales trabajadores de los baños dando por concluida abruptamente la reunión afirmando que la misma ‘no había servido para’, pese a que una y otra vez se les hizo notar que la incorporación de más de un millar de trabajadores tercerizados a la empresa principal en las condiciones del Convenio Colectivo ferroviario implicaría –para todos ellos– una sustancial mejora en sus remuneraciones, condiciones de vida y de trabajo, lo que no podía quedar condicionado a un grupo de no más de 80 personas que, de ningún modo, quedan excluidas, sino que su situación sería analizada con posterioridad.

Cabe señalar, finalmente, que no se labró acta de la reunión y que los comparecientes fueron recibidos en esta Cartera de Estado por cuanto desde el comienzo del conflicto fueron acreditados por un sector de la asamblea de trabajadores tercerizados como sus representantes ante este Ministerio.

Dios guarde a V.S.” (fs. 293/295).

6) Durante la parálisis del servicio ferroviario, y mientras se llevaba adelante esa reunión, los usuarios del servicio del ferrocarril comenzaron a trasladarse en otros medios de transporte, generándose largas colas en distintas paradas de colectivos (informe de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario, a cargo de Antonio G. Luna, fs. 321).

Cuando la negociación aludida estaba a punto de fracasar, ya que, de acuerdo con el Secretario de Transporte, “las demandas que hacía el grupo de ocupantes, no podía ni debían ser aceptadas por parte del estado dado la ilegalidad de las mismas” (Schiavi, fs. 8), comenzaron a producirse disturbios en la Estación Plaza Constitución.

Los oficiales Gastón Domecq y Carlos Farías, que estaban contemplando la protesta en Avellaneda, se enteraron de los “desmanes” y se dirigieron allí en un auto particular. Cuando arribaron, los accesos peatonales de la Estación Plaza Constitución ya estaban con las “persianas cerradas” y personal policial trataba de impedir el ingreso “de la turba que a estas horas estaba por demás enardecida, luego de varias horas de no funcionamiento del servicio de trenes por obra y cuenta de los manifestantes” (Domecq, declaración judicial, agregada a fs. 254/255).

Según el informe de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario (fs. 321), un grupo minoritario de aproximadamente 15 personas “inició desmanes e instó a la violencia a la gente que estaba en el exterior de la Estación, arrojando bombas de estruendo de alto poder que provocaron principios de incendio, incluso en comercios perimetrales, a pesar de la acción disuasiva de la policía que en reiteradas ocasiones dialogó con los mismos”. También, de acuerdo con Schiavi, habría habido saqueos en comercios (fs. 8) y esto parece corroborarse con algunas de las noticias periodísticas del 23 y 24 de diciembre que citamos más arriba (considerando 3).

Ese último funcionario, en su denuncia, hizo “responsable al partido obrero por los daños y perjuicios que en [ese] momento se [estaban] verificando en la estación constitución y alrededores ...” (Schiavi, fs. 8).

Los daños que se habrían constatado en la Estación Plaza Constitución, incendios y grafitis, obligaron a reparar rejas y cerramientos metálicos, a pintar partes internas de la Estación y a lavar partes externas de ésta, cuyos

Poder Judicial de la Nación

costos no se conocen (todo estos según el informe de la Subsecretaria de Transporte Ferroviario aludido, fs. 324).

7) El “corte” de las vías en el cruce lindero a la Estación Avellaneda fue levantado a las 19 hs aproximadamente, momento a partir del cual la Subsecretaria de Transporte ferroviario dispuso que “la cuadrilla de guardia de turno tarde” realizara una inspección de las condiciones en que estaban las vías y cambios desde “el sector crítico localizado a la altura del kilómetro 5 de la vía Temperley, con sus cuatro vías principales hasta Plaza Constitución”. La “guardia del turno noche hizo lo propio con el sector de Gerli hacia Temperley ... y así también se procedió a revisar las zonas de aparatos de vía de las estaciones Sarandí, Wilde, Bernal, Quilmes, Ezpeleta, Berazategui, Emp. Berazategui, Ranelagh, Bosques, F. Varela, Claypole y Villa Elisa, con el fin de detectar posibles anomalías” (informe de dicha Subsecretaría, fs. 324).

En el informe de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario se lee que, una vez “efectuado la revisión integral del sector”, se constató:

-“La falta de bulones en eclisas y tirafondos de vía fuera de lugar (fotos nros 1 y 2), esto implica que fueron retirados del lugar elementos que hacen a la seguridad del sistema y que, si bien el faltante era parcial, trajo aparejado que la inspección fuera más exhaustiva a fin de disminuir los riesgos que dicho faltante ocasionaría.

-En señalamiento, armarios de señalamientos sin elementos de cierre (fotos nros. 3, 4 y 5), tapas de hormigón de canales de comunicaciones y señalamiento trasladadas y depositadas fuera del lugar correspondiente (fotos nros 6, 7, 8, 9 y 10), lo que implica el acceso directo a los enclavamientos de cambios y señales del empalme. Esta situación puede derivar en que, quien conozca sobre el sistema, de manera sencilla y sin herramientas especiales pueda ocasionar daños de gravedad, ej. Un cambio fuera de correspondencia con un descarrilamiento en el empalme, choque de trenes, etc. Por su parte, el traslado de las tapas de hormigón dejó al descubierto el canal de comunicaciones y señalamiento con la posibilidad latente de actos de vandalismo.

-En rieles, ligas de continuidad eléctrica sueltas (fotos nros 11, 12, 13 y 14) esto genera fallas de señalamiento y demoras.

-Si bien los hechos descriptos anteriormente (ocurridos en estación Avellaneda) no implicaron la ejecución de tareas de magnitud desde el punto de vista técnico y/o económico, dieron como resultado la extensión de la inspección en cuanto a su alcance y profundidad, teniendo en cuenta que el lugar en donde transcurrieron los hechos, la velocidad itinerarios es de 80 kilómetros por hora agravándose así el

nivel de riesgo potencial que podrían acarrear las situaciones antes descriptas (fotos nros 15 y 16).

Corresponde hacer notar que el accionar de estas personas efectuando destrozos al efecto (fotos nros 17, 18, 19 y 20) no solo ha imposibilitado durante las horas de corte de vías, la pretensión del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros, impidiendo que miles de usuarios pudiesen regresar a sus hogares luego de la jornada de trabajo sino que han puesto en serio riesgo la continuidad de la citada prestación una vez liberada la zona intrusada en atención a la falta de garantías del sector afectado del servicio y necesidad de asegurar el estado general de la infraestructura” (fs. 326/327).

8) Y bien, llegados a este punto, en que conocemos los hechos y las constancias probatorias, podemos afirmar que nos encontramos ante una protesta de personas, que acudieron a medios de fuerte repercusión para atraer la atención pública sobre sus legítimas demandas.

El juez, ante esta situación, afirma que los objetivos de los manifestantes pudieron ser conseguidos “mediante la implementación de otros medios de reclamo” y que sus conductas constituyen los delitos de extorsión (art. 168 C.P.) y de entorpecimiento de los transportes públicos (art. 194 C.P.).

La primera afirmación no se corresponde con los antecedentes que hemos descripto, porque vimos que el reclamo de los manifestantes se hizo sentir de manera previa a la protesta investigada y el máximo organismo nacional que se encarga de solucionar este tipo de conflicto había tomado cartas en el asunto sin que su intervención hubiera satisfecho, en los plazos acordados, la petición de los manifestantes. Resulta, pues, que las vías ordinarias de petición habían sido efectivamente articuladas, pero fueron ineficaces para cubrir necesidades que no admiten demora.

Pero más infundada aún aparece la selección de figuras penales pensadas para otros supuestos con el fin de punir una conducta que no ha querido ser sancionada penalmente por el legislador. En el precedente “Alí”, de fecha 30 de mayo de 2006, llamé la atención sobre el hecho de que las manifestaciones desordenadas han sido categorizadas en la tradición jurídica romana y española, que encontró su expresión nacional con el Proyecto Tejedor, en las formas de “motín” y “asonada”, que dicho Proyecto prevé en el parág. 3, art. 1 a 4 (recuérdese que el Proyecto Tejedor fue derecho vigente en muchas provincias), nombres que, en realidad, podrían subsumirse en el de “tumulto” del cual se ocupa el parág. 4°.

Poder Judicial de la Nación

Para que tengamos una idea de formas ancestrales de protesta "desordenada" a que se refiere la tradición jurídico penal transcribamos los art. 1 y 2 del parág 3 del Proyecto Tejedor:

*“Artículo Primero: Son reos de motín los que sin rebelarse contra el Gobierno, ni desconocer las autoridades locales, se reúnen tumultuosamente para exigir de estas **con violencia**, gritos, insultos ó amenazas, la deposición de algún funcionario público, la soltura de un preso, el castigo de un delincuente, u otra cosa semejante”.*

“Artículo segundo: Cometan asonada los que se reúnen en número que no baje de cuatro personas para causar alboroto en el pueblo con algún fin ilícito que no esté comprendido en los delitos precedentes, ó perturbar con gritos, injurias ó amenazas una reunión pública, ó la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica, ó para exigir de los particulares alguna cosa justa o injusta” .

USO OFICIAL

Esas disposiciones aparecen unidas en el Código Penal de 1887, inspirado casi íntegramente en el Proyecto Tejedor, bajo el artículo 228, que reza así: *“Los que sin rebelarse contra el Gobierno, ni desconocer las autoridades locales se reunieren tumultuosamente para exigir con violencia, gritos, insultos ó amenazas la deposición de algún funcionario público, la soltura de un preso, el castigo de delincuentes ú otra cosa semejante, y los que se unieren en número que no baje de cuatro para causar alboroto en el pueblo con algún fin ilícito, ó para perturbar con gritos, injurias ó amenazas una reunión o celebración de alguna fiesta religiosa ó cívica, ó para exigir de los particulares alguna cosa injusta, sufrirán la pena de arresto”.*

Dato de la mayor importancia para nuestro tema es que estas formas penalizadas de protesta social no fueron acogidas en el C.P. de 1921 y esto ya de por sí, indica que el derecho penal acertadamente no ha querido intervenir de manera amplia en el campo de los conflictos y choques en que los antagonismos sociales se manifiestan (considerando V. punto 3, del voto del suscripto, *in re* 3155 “Alí”, de fecha 30 de mayo de 2006).

9) Las consideraciones precedentes colocan al caso en el ámbito de la impunidad, siendo la manifestación investigada inmune a las figuras previstas en los arts. 194 y 168 C.P., por haberse desarrollado dentro de los límites de las categorías aludidas. De esas dos figuras, el artículo 168 C.P. es también inoponible a la protesta investigada por hallarse lejos del caso. Recordemos que ese artículo dice así:

“Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”.

El magistrados subsume en ese artículo el hecho de que los imputados, con otras personas, hubiesen exigido a la UGOFE S.A. y al Ministerio de Trabajo, “mediante intimidación”, “el pago de sueldos y la incorporación a la planta permanente de 60 personas mediante la suscripción de un documento a tal fin ...” (fs. 468 vta.).

Creo que decir que existió “intimidación” es llevar las cosas demasiado lejos, pero, de sostenerse lo contrario, faltaría otro requisito típico. Los manifestantes jamás exigieron la firma de documento alguno ni a UGOFE S.A. ni al Ministerio de Trabajo, sino el cumplimiento de un acuerdo celebrado, en la sede del Ministerio de Trabajo, entre la UGOFE S.A. y FFCC Belgrano S.A., por un lado, y las empresas subcontratadas, por otro, cuyos plazos estaban vencidos. Este supuesto no aparece estrictamente contemplado ni en el segundo párrafo ni en el primero, y forzar su introducción en algunas de las hipótesis previstas no se logra sin incurrir en una analogía *in malam partem*.

10) El suceso queda atrapado, pues, en las categorías antes aludidas, que no han obtenido la venia del legislador moderno para ser penadas, acaso por intuir que la sociedad civil no tiene la forma de un sistema equilibrado, sino de un entrecruzamiento de sectores en parte antagónicos y en parte unidos por vínculos de solidaridad. De ello se sigue que ante conflictos sociales agudos el derecho penal deba aplicarse en la menor medida posible, sólo para sancionar conductas gravemente violatorias de los derechos humanos.

Poder Judicial de la Nación

Es obvio que el sistema de protesta social con ocupación de espacio público significa, muchas veces, un detrimento para el derecho que todos los habitantes poseen de transitar de acuerdo con las reglas fijadas por la comunidad. Ello plantea un conflicto entre el derecho a la protesta y la libertad ordenada del tránsito. Empero esta libertad está sujeta, normalmente, a cantidad de restricciones que se dan cotidianamente por la ocupación de espacio público para festividades cívicas, religiosas, artísticas, políticas, por razones de seguridad, etc (punto 2 del considerando V, de mi voto *in re* “Alí”, citado).

Y en este orden de ideas, es preciso subrayar que las manifestaciones en la vía pública forman parte del derecho de reunión y pertenecen a la esencia del sistema de gobierno constitucional y republicano. Y no siempre la protesta es ordenada y pacífica, como se advierte en las disposiciones derogadas del antiguo Código Penal de 1887, citadas más arriba (considerando 8). A su vez, la ley 49 (año 1863) reconocía sólo la impunidad de las manifestaciones de ciudadanos desarmados y pacíficas (art. 25), pero también esta norma fue dejada sin efecto por el Código Penal de 1921.

Distinto a la antigua concepción de la asonada es el actual art. 149 *ter* C.P., que pune con pena de 5 a 10 años de prisión al que hiciere uso de amenazas que “tuvieren como propósito la obtención de alguna medida o concesión por parte de cualquier miembro de los poderes públicos”. Estos sólo pueden ser los altos funcionarios de los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo, o sea los jueces, legisladores y el Presidente y sus Ministros, pero, en todo caso, es siempre necesaria la existencia de amenaza, para que los integrantes de los tres Poderes produzcan actos propios de sus funciones. Por el contrario, en el caso, el Ministerio de Trabajo, casi dos meses antes de los incidentes, había adoptado disposiciones a favor de los trabajadores ferroviarios, cuyo cumplimiento parcial y retardado dio lugar al corte de vías en Avellaneda.

En cuanto a la posibilidad de encuadramiento en la figura genérica de amenaza del art. 149 *bis* C.P., debemos tener en cuenta que esta norma está incluida entre los delitos contra la libertad individual, de forma que la amenaza de un mal futuro o de la continuación de uno presente debe afectar el ámbito personal de libertad del sujeto pasivo y no el del normal desarrollo de

las funciones públicas que desempeña. Lo dicho indica que la figura del art. 149 *ter* C.P. que venimos de considerar tiene una ubicación sistemática que no es exacta, pues constituye, como dijimos, un delito contra el funcionamiento de los poderes públicos.

11) Aquel incidente no guarda vinculación directa con los sucesos –con perfiles de asonada– ocurridos ese mismo día en la Estación de Plaza Constitución.

Sin embargo, el a quo establece un vínculo entre el comportamiento de quienes ocuparon las vías con el de “los manifestantes ... habían llevado [botellas, piedras y líquidos inflamables a la Estación Constitución] con el fin de dañarla, circunstancia ésta que excluiría las hipótesis de espontaneidad de los saqueos y destrozos” (fs. 472).

No comprendo con qué fin realiza el magistrado esta afirmación, porque, en ningún momento, ni en la indagatoria ni en el auto de procesamiento, imputa a ellos el delito de daño ni utiliza este tipo penal para explicar una relación de concurso ideal o de leyes con los previstos en los arts. 168 y 194 C.P. Posiblemente el juez pretenda con ello sustentar su tesis de la “intimidación”, demostrando que ese daño sería consecuencia de esta última. Si así fuera, la cuestión tendría nula relevancia jurídica para nosotros, porque ya vimos que no existe extorsión. Pero digamos que tampoco veo cómo atribuir, por el momento, los incidentes producidos en Estación Plaza Constitución a los integrantes de la protesta en Avellaneda.

Ante todo, cabe tener presente que la defensora, quien acusa al juez de “[parecer] ceder ante las presiones políticas” (fs. 652 vta.), niega que sus defendidos tengan algo que ver con los hechos ocurridos en ese lugar (fs. 554 vta.). También señalemos que el abogado Mendieta habría dicho en un medio de prensa escrito que “ellos estuvieron en el corte de Avellaneda y que no tenía ‘ni idea’ de quiénes eran los protagonistas de las corridas en Capital” (*Página/12*, “El conflicto es por los tercerizados”, del 24/12/2010) y que Jorge Hospital, el único que hizo referencia escueta a la circunstancia que ahora nos interesa, dijo lo siguiente:

“en ambas ocasiones, es decir los hechos del 20 de octubre y del pasado 23 de diciembre, lo único que hicimos los trabajadores fue ejercer el derecho de peticionar ante las autoridades y la Sra. Fiscal de la presente causa quiere convertir el derecho de peticionar con una

Poder Judicial de la Nación

extorsión que nunca hubo. Del mismo modo que pretende asimilar el derecho de organización de los trabajadores que es un derecho constitucional con una asociación ilícita, *en este reclamo no se ha llevado violencia sobre las cosas o las personas* pero sí se ha reclamado el cumplimiento de resoluciones ministeriales que establecían la reincorporación del personal que aún se encuentra despedido, equiparación salarial con la categoría inicial del convenio ferroviario de más de 1000 trabajadores tercerizados y su pase a planta permanente, compromiso de las autoridades que se encuentra incumplido” (declaración indagatoria de Hospital, agregada a fs. 266, cursiva agregada).

USO OFICIAL

A las manifestaciones de esas tres personas, se oponen los dichos de funcionarios del Estado Nacional. En la misma noticia que acabamos de citar también se lee que “una alta fuente oficial” dijo que “no eran tercerizados, sino dirigentes políticos, y luego ocurre lo de Constitución, no es casual, buscaban otra cosa”, en tanto que, como ya vimos, Schiavi, el Secretario de Transporte, en esta causa, hizo “responsable al partido obrero por los daños y perjuicios que [se verificaron] en la estación constitución y alrededores ...” (Schiavi, fs. 8), fundando esta atribución en haber participado “en las reuniones con los grupos tercerizados del citado ferrocarril Roca, por las personas que se vieron en televisión como así también por los delegados que hicieron comunicaciones periodísticas” (fs. 8).

A tal punto el juez adjudicó importancia a esa denuncia que es el único documento copiado casi íntegramente en la resolución que procesó a tres integrantes del Partido Obrero y a un ex-empleado de la UGOFE S.A., en cuya selección incidió evidentemente el hecho de que llevaran la voz cantante en este reclamo (sin explicar el juez la contradicción de no llamar también a Mendieta, que habría liderado el movimiento).

12) Ahora bien, a mi juicio, la convicción de Schiavi, por sincera que sea, no basta para atribuir hechos ilícitos negados por la otra parte, si no contamos, además, con algún medio probatorio *objetivo* que corrobore aquella subjetividad. Y, en esta causa, en realidad, esta clase de prueba falta.

En efecto, según el informe del Subsecretario de Transporte Ferroviario (fs. 321), solo sabemos que, aparentemente, un grupo de quince personas no identificadas habría incitado a los desmanes, en tanto que el funcionario de policía, Marcelo Domecq, manifestó que, cuando llegó a la Estación Plaza

Constitución, los accesos peatonales estaban con las “persianas cerradas” y “personal policial del lado de adentro trataba de impedir el ingreso de la turba que a estas horas estaba por demás enardecida, luego de varias horas de no funcionamiento del servicio de trenes por obra y cuenta de los manifestantes” (declaración judicial de Domecq, fs. 254 vta.).

Merino, Morales, Belliboni y Hospital siempre habrían estado en Avellaneda, pero el magistrado cree que Hospital también estuvo en Estación Plaza Constitución (fs. 473). Esto, sin embargo, es negado terminantemente por la defensora que cita prueba al respecto (fs. 554 vta.). El punto, sin embargo, no tiene mayor relevancia en este actual –y deficiente– estado probatorio, porque, aún concediendo razón al juez respecto de que Hospital hubiera también estado efectivamente en esa Estación, ello sería un dato débil, incompleto, si no se acredita, además, que, estando allí, instigó, ayudó o dirigió a aquellas personas que generaron los incidentes, o que él intervino anteriormente en su planificación, y, en lo que a estas circunstancias respecta, esta investigación sufre de un enorme vacío.

El lego podría caer en el error de relativizar esa deficiencia probatoria diciendo que, al fin y al cabo, de no existir la protesta en Avellaneda no se habrían generado los incidentes en Estación Plaza Constitución, pero a ello se podría también contestar que de cumplirse con el acuerdo celebrado en la sede del Ministerio de Trabajo tampoco se habría llevado a cabo la protesta.

La gravedad de los hechos ocurridos en la Estación Constitución amerita una seria investigación por parte del magistrado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que actualmente entiende en esos hechos, tendiente a conseguir datos útiles para identificar a los autores inmediatos de aquéllos y también a las personas que pudieron haber actuado desde atrás o concomitantemente con ellos.

[*Excursus*: pero demos un paso más en la reflexión y supongamos que esa futura pesquisa no arrojará datos útiles para vincular a los procesados con los hechos allí ocurridos, es decir, que no se pudiere probar que aportaron medios, como botellas o piedras por ejemplo (complicidad), que determinaron directamente a alguna de ellas a cometer esos delitos (instigación) o que, por último, se

Poder Judicial de la Nación

repartieron tareas con las personas que causaron los destrozos y saqueos (coautoría); y también supongamos que los únicos responsables de esos incidentes serían los pasajeros afectados.

Admitiendo ese panorama ¿no cabría igualmente atribuir los daños a los procesados, acaso como autores mediatos, por haber contado éstos con que su protesta podía generar esa reacción por parte de los usuarios? No lo creo. La categoría de autor mediato se ha desarrollado para casos en que el autor de atrás se vale de una persona sin libertad para cometer un hecho delictivo: los clásicos casos de error o coacción moral en el autor directo, en los cuales, con razón, el reproche total se traslada al verdadero *dominus* de la acción ilícita. En las demás hipótesis, es decir, en aquellas en que el autor inmediato realiza el hecho ilícito libremente, con plena responsabilidad, esa transferencia no se justifica (la excepción a esto es el caso de dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder).

Además, no estoy seguro de hasta qué punto se podría determinar, mediante este tipo de protestas, la reacción de los usuarios, y sabemos que lo no dominable no puede ser imputado como obra de un sujeto. En primer lugar, porque no siempre que hubo protestas en las vías de Avellaneda fue regla la comisión de delitos en Constitución². En segundo lugar, porque para que éstos se cometan parecen decisivas otras condiciones que no pueden ser calculadas de antemano por los manifestantes, como, por ejemplo, si el personal policial será escaso o suficiente para contener eficazmente a los pasajeros molestos, o si se presentarán usuarios violentos que agiten a la multitud. Mas tengamos en cuenta, también, que los hechos han demostrado que no deja de ser repetida la reacción violenta y

USO OFICIAL

²Por las protestas de fechas 25 de enero y 24 de febrero de 2011, se omite toda consideración sobre incidentes en la Estación Plaza Constitución en informes de la prensa escrita de esos días (*Página/12*, “De tercerizados a permanente”, del 24/2/11; *Página/12*, “Un acuerdo después del corte de vías”, de fecha 26/1/11; *Clarín*, “Normalizan el servicio luego del corte de vías de los mercerizados del Roca”, del 25/1/11; *Clarín*, “Cortaron otra vez las vías del Roca”, del 24/2/11).

Tampoco la llevada a cabo supuestamente por vendedores ambulantes, que se realizó el día 3 de marzo de 2011, parece haber dado lugar a incidentes en la Estación Plaza Constitución (*Clarín*, “Como los tercerizados, los vendedores ambulantes piden ser incorporados a planta”, del 3/3/11; *Página/12*, “El corte de los vendedores ambulantes”, del 3/3/11).

espontánea de usuarios del ferrocarril por deficiencias del servicio no generadas por protesta pública alguna³.

Por otra parte, tengamos presente el pensamiento de una eminente autoridad en estos temas como es Ronald Dworkin, quien opina que, en los casos en que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión aumenta el riesgo de daño a las personas o a la propiedad, el Estado carece de la potestad de someter ese derecho cuando la conexión causal es obscura (Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachussets, Harvard University Press, 1977/1978, cap. 7, pp. 197 y ss., especialmente pp. 201/204).

En fin, de lo único que podemos tener certeza es que no existen elementos objetivos directos para imputar a los procesados, como cómplices, instigadores o coautores, los incidentes ocurridos en Constitución y que se trata de un punto que deberá investigarse]

13) Pero el juez también imputó a los procesados otro supuesto perjuicio, expresando que “los grupos ejercieron violencia física sobre las vías férreas a fin de conseguir los objetivos ... causando daños incalculables” (fs. 473). Tampoco comprendo con qué fin realiza el magistrado esta afirmación, porque no les atribuye el delito de daño ni se preocupa por explicar una concurrencia formal o aparente con los previstos en los arts. 168 y 194 C.P..

Es muy probable que nos equivoquemos, pero cabría imaginar que, con ello, pretendió demostrar el peligro real para las personas que luego utilizarían el servicio ferroviario, dato decisivo para habilitar la aplicación del art. 194 C.P. según una parte de la doctrina (Eugenio R. Zaffaroni, "El Derecho Penal y la criminalización de la protesta", *J.A.* 2002 IV fascículo 7, y Marcela A. Martínez, “Sobre el delito de entorpecimiento de los medios de transporte. Entre la criminalización de la protesta social y la tesis de la tolerancia”, *LNBA*, 2007-9-998).

Como fuere, el juez dice que el daño existe y que “surge claramente” de los “tres párrafos precedentes”, los cuales refieren, el primero, a los testimonios en sede policial de Alberto Santiso –Jefe del Departamento de

³Al respecto, ilustra el caso la noticia periodística de fecha 3 de mayo de 2011, publicada en *La Nación*, “Incendiaron cinco trenes del Sarmiento”.

Poder Judicial de la Nación

Obras Civiles en UGOFE S.A.– y Omar Povolo –Oficial de la Policía Federal– (fs. 47 y 48), el segundo, a placas fotográficas de las vías (fs. 49/55) y, por último, el tercero, a las declaraciones de José Gagliano –Gerente de Infraestructura Ferroviaria de la Empresa UGOFE Gral. Roca S.A.– y Luis Antonio D’Antiochia (fs. 66 y 67).

El primer defecto que advertimos es que toda esa prueba consiste en actas o constancias policiales, las cuales, como lo he manifestado reiteradamente, tienen un valor sólo relativo, toda vez que su contenido debe ser corroborado por los testigos ante el juez de la causa. Hasta tanto esa circunstancia se produce, el acta no es más que un mero relato, confeccionado por el personal de policía y que refleja lo que según ellos habría sucedido en el momento en que un acontecimiento se produce (ver mis votos, entre otras, en las causas “Castro, Horacio y otros s/ inf. arts. 210 y 282 C.P., expte. n° 1009, de 2/11/99 y “Latour, Juan Luis s/ inf. ley 23.737, expte. n° 1044, de 25/4/00).

Pero haciendo a un lado esta consideración, azora que el juez cite esas constancias para afirmar la existencia de daño cuando nada prueban o acreditan todo lo contrario. Ni una sola palabra manifestó Antonio D’Antiochia sobre daño en las vías, teniendo su declaración como único contenido acercar una hoja con el nombre de empresas contratadas por la UGOFE S.A. (fs. 67/68); en cuanto a las fotografías, no prueban daño alguno (fs. 49/55); y tampoco se refirieron a algún perjuicio Santiso y Povolo (fs. 47 y 48), en tanto que Gagliano afirmó, contrariamente a lo sostenido por el juez, que, luego de la inspección del día 23 de diciembre de 2010, “que comenzó a las 19.30 hs y finalizó a las 23 hs”, no le fue informado por el personal de guardia de ninguna anomalía en el sector, “todo estaba normal, apto para el normal tránsito de los trenes” (Gagliano, fs. 66 vta.).

Por otro lado, el juez, en aquéllos tres párrafos, no mencionó expresamente las conclusiones de la Subsecretaría de Transporte Ferroviario, de las que *sí* se desprendía –en contra de la prueba del párrafo anterior– la tesis del perjuicio en las vías. Mas este informe pierde todo valor para atribuir ese supuesto daño a los procesados de autos, porque, en una parte, se lee que “corresponde hacer notar que, dado la extensión de la red de la Línea Roca, de casi 500 km de vía son muchos los puntos donde pueden ingresar extraños y

cometer algún tipo de atentado, máxime cuando ocurren disturbios de distinto tipo en varios lugares” (fs. 325), lo que significa admitir que los manifestantes pudieron ser ajenos a ese supuesto perjuicio.

Naturalmente, si ese documento hubiera atribuido de forma expresa los supuestos daños a la acción de los manifestantes, no habría bastado una simple expresión escrita en tal sentido, sino que habría sido necesario aportar prueba objetiva, como testigos independientes, que observaran a los manifestantes causar las acciones dañosas, y ello fundado en la misma doctrina –citada más arriba– de mis votos *in re* “Castro, Horacio y otros s/ inf. arts. 210 y 282 C.P., expte. n° 1009, de 2/11/99 y “Latour, Juan Luis s/ inf. ley 23.737, expte. n° 1044, de 25/4/00.

14) En las condiciones expuestas, el supuesto daño imputable a la manifestación se reduciría a la mera demora de la enorme cantidad de usuarios del servicio de ferrocarril, lo que de ninguna manera puede considerarse un derecho subjetivo cuya lesión pueda ser castigada penalmente con prisión de hasta dos años, según el art. 194 C.P.

Se oponen a esta afirmación principalmente aquellos que, a partir de una rigurosa interpretación objetiva, alejada de los valores que anidan en el art. 19 C.N., creen ver en esa norma la protección de un bien jurídico cuyo contenido sería el derecho a circular sin molestias.

A ello se podría señalar, como también lo manifesté *in re* “Alí”, que la teoría del bien jurídico, propia del positivismo jurídico autoritario, permite, en la forma que le dieron tanto Binding como Liszt, que cualquier conducta que el legislador juzgue disvaliosa pueda dar lugar a la pena (Gonzalo D. Fernández, *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, Bs. As.-Montevideo, Bdef, 2004, p. 17 y ss.). Cuando se trata de reformar la teoría del bien jurídico para extraer de ella límites a la potestad legislativa, nos encontramos con la melancólica conclusión de un gran maestro, como es Claus Roxin, quien dice que el concepto material del delito y la teoría del bien jurídico pertenecen aún hoy a la problemática fundamental de derecho penal menos aclarada (Roxin, *Strafrecht Allgemeinen Teil, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munich, 1992, p. 8 y ss.).

Es preferible, entonces, volver al pensamiento más clásico, como lo hace Ferrajoli, con todo el acento puesto en el derecho penal como tutela de

Poder Judicial de la Nación

los derechos fundamentales (*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1997, p. 459 y ss.). La justificación que da este autor a su tendencia no me resulta clara, mas no cabe duda acerca de que el anclaje tradicional de estos principios es la teoría individualista del contrato social. Acerca de ello no olvidemos que las formulaciones clásicas de Feuerbach (*Tratado de derecho penal*, Bs As., Hammurabi, pag. 64, traducción de la 14.º edición alemana [Gissen, 1847] por Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer) sobre el derecho penal como protector de los derechos fundamentales apelan específicamente a esa doctrina contractualista. Empero, la concepción material del delito propia de un pensamiento que base el ideal de la sociedad civil y política en el consenso incoacto sobre los derechos y los deberes recíprocos de las personas, puede mantener los principios clásicos del derecho penal liberal.

Recordemos, a este respecto, que José Manuel Estrada, afiliado al liberalismo de cuño cristiano basó el sistema constitucional en la idea de los derechos y deberes fundamentales correlativos (ver su *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., Editorial Científica y Literaria Argentina, 1927, T. I, Introducción, p. 1 y ss., en especial 17 y 19, y la Primera Parte, capítulo I, puntos I y II) y que, al fin, la Constitución Nacional se ha puesto en ese camino mediante la reforma de 1994 que incorpora la Declaración Universal de los Derechos Humanos -art. 29-, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. XXIX al XXXVIII- y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 32-. Además, la admisión de los derechos llamados de segunda y tercera generación no tendría sentido si estos derechos sociales no tuviesen por contrapartida deberes de solidaridad de las personas entre sí.

Para una mejor comprensión de esto, repárese en que, en la teoría individualista se parte de una libertad soberana del individuo, que sólo admite los recortes que este consiente de forma que el respeto a los derechos del hombre consisten en no interferir en su vastísima esfera de autonomía. Por eso, Feuerbach define el crimen como la lesión a la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales (Feuerbach, *ibidem*).

A esta concepción puede oponerse otra, en la que los derechos fundamentales derivan, junto con los deberes fundamentales, de la natural sociabilidad humana que busca concretarse en institutos jurídicos fundados en

cada vez más amplio consensos racionales. Al igual que en la doctrina penal clásica, este modo de ver es fuertemente limitativo de la potestad legislativa, pues los derechos y deberes fundamentales son previos al estado y aquella deriva sólo de la que tienen las personas y los grupos para defender *in extremis* tales derechos o requerir el cumplimiento de los deberes.

15) Munidos de esas consideraciones, no sé hasta dónde se aleja el art. 194 C.P. de esta última visión. Digamos que ese tipo penal tuvo origen en la ley de facto 17.567, que modificó el Código Penal de acuerdo con la tarea llevada a cabo por una Comisión Redactora, integrada por Sebastián Soler, Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, y que se hallaría vigente de acuerdo con la Ley 23.077. El artículo fue redactado por Soler y tomado de su Proyecto de 1960, y ni de la fundamentación dada en ese Proyecto ni en la Exposición de Motivos de aquella ley surge que la intención fuera proteger el derecho a no sufrir molestias.

En realidad, si se mira con cuidado su *Tratado* previo a esos antecedentes, se observará que Soler, al interpretar las hipótesis de “detener o entorpecer la marcha de un tren” del art. 191 C.P., que luego trasladó al art. 194 C.P., reflexionó sobre supuestos en que el reclamo laboral paralizaba el servicio de trenes sin crear ningún peligro, aplaudiendo las decisiones judiciales y las opiniones de los autores que abogaban por la absolución (Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, año 1945/1946, tomo IV, § 127, III, p. 563, nota 23).

Pienso que no cabe desatender ese testimonio, pues revelaría el pensamiento del autor de la norma al momento de su redacción, que resulta un dato relevante para interpretarla correctamente (Francisco Geny, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925 –2.º edición–, pp. 244/292, especialmente, puntos 98 y 103, y Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, traducción de Enrique Gimbernat Ordeig, pp. 260/261), ya que, como recordaba Geny, “la ley no es un saco vacío que cada cual pueda llenar a su antojo” (*Método de interpretación*, p. 255). En tales condiciones, también esta circunstancia aprobaría la impunidad de la protesta investigada, por no resultar aplicable el art. 194 C.P. .

Poder Judicial de la Nación

En definitiva, de todo lo expuesto podemos concluir que no se ha probado que las personas que participaron en la manifestación de Avellaneda hayan creado algún peligro plausible para los bienes o personas. Por lo tanto, las conductas investigadas quedarían atrapada en las categorías históricas aludidas más arriba (considerando 8), que no han querido ser sancionadas por el legislador.

16) La conclusión precedente debe entenderse sin perjuicio de la investigación que cabe llevar adelante el titular del Juzgado Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que investiga actualmente esos hechos, según lo manifestado en el considerando 12.

17) Por último, en una nota periodística, he advertido también que existirían órdenes internas de la Policía Federal Argentina que prohíben a sus funcionarios vestir ropa de civil en este tipo de hechos (*Página/12*, “Polis camuflados de civil”, del 8 de febrero de 2011). Señalo esto, porque el oficial de la Policía Federal, Marcelo Domecq, manifestó en sede policial que vistió ropa de civil el día de la protesta (fs. 44).

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo lo siguiente:

- 1) revocar la decisión apelada, dictando el sobreseimiento de Jorge Darío Hospital, Omar Esteban Merino, Eduardo Belliboni y Miguel Omar Morales por los delitos que fueron indagados, y
- 2) remitir copia de la presente decisión al Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal que actualmente conozca de los hechos ocurridos en la Estación Plaza Constitución, de acuerdo con lo dicho en los considerandos 16 y 12,

Así lo voto.

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

Adhiero al sobreseimiento propuesto por el Juez Schiffrin en su voto, con fundamento en el análisis del artículo 194 del código penal y la protesta social que oportunamente realicé en ocasión de emitir mi voto en la causa 5773 “S/ Presunta infracción art. 194 C.P.”, resuelta por esta Sala en fecha 10 de mayo de 2011.

A tal fin tengo especialmente en cuenta que de las constancias probatorias obrantes en la causa no se ha podido acreditar que la conducta que

se reprocha a los imputados haya causado otros daños, más allá de los derivados de las demoras ocasionadas a los usuarios del transporte ferroviario.

A este respecto deben considerarse por un lado los daños supuestamente ocasionados en el sistema de vías férreas y señales a lo largo del tendido de la línea ferroviaria interrumpida y por otro los daños comprobados en la estación Constitución.

En el primer caso no se llega a identificar con claridad la existencia de daños y en el segundo no existen elementos que permitan afirmar la existencia de conexidad delictiva entre los hechos que aquí se investigan y los acontecimientos de Plaza Constitución, a lo que debe agregarse que tampoco se puede observar que haya respaldo probatorio en la presente causa para vincular a los imputados con estos últimos hechos.

Los hechos ocurridos en la estación Plaza Constitución se investigan en otra causa y a ella debe remitirse copia de lo que se resuelva en el presente caso tal como lo propone el Juez Schiffrin.

Respecto del delito de extorsión adhiero al claro voto de mi colega preopinante.

Las cuestiones planteadas en el presente caso me obligan a realizar una serie de consideraciones en orden a delimitar adecuadamente el alcance de la función de los jueces respecto del mantenimiento del orden y de la actividad de represión y prevención en general.

En este punto resulta un error generalmente aceptado que se involucre al Poder Judicial en actividades que no le son propias, desviando de este modo la responsabilidad que pudiera caberle a los órganos pertinentes. La división de poderes trae como consecuencia que la función judicial en materia penal consiste en dilucidar la responsabilidad que pudiera caberle a quienes han participado en la comisión de conductas prohibidas por la ley. De aquí se deriva que el ámbito temporal de la actividad jurisdiccional en materia penal es el pasado. La independencia del Poder Judicial requiere que no se impida el normal ejercicio de sus atribuciones, pero a la vez y como conclusión derivada, que no se sobrecargue su actividad con la toma de decisiones que no pertenecen a su ámbito competencial.

En consecuencia y como principio, si los órganos competentes de evitar que se produzcan o persistan situaciones que evitan el normal desarrollo de las

Poder Judicial de la Nación

actividades sociales, consideran que la conducta desplegada por determinados habitantes debe cesar o ser limitada, deben hacerlo bajo su responsabilidad y luego, eventualmente, será sometido a examen su accionar por el juez o jueces que resulten competentes.

Por otra parte y en este mismo sentido la decisión a la que arribo en el presente caso, conforme a la cual considero que no ha existido delito que sea reprochable a los imputados, no me conduce a afirmar como regla general que impedir, estorbar o entorpecer el normal funcionamiento de los medios de transportes en ningún caso constituye delito, ni que baste la referencia genérica a que tales conductas obedecen a motivaciones vinculadas con la protesta política o social para alejar los acontecimientos de la órbita de la punibilidad.

Más allá de lo expresado en el párrafo precedente, la afirmación conforme a la cual no corresponde asignar responsabilidades penales a quienes realizan acciones de protesta, y que las situaciones de reclamo social y político no deben dar lugar como regla, a un abordaje por parte del aparato penal del Estado, no significa que los poderes políticos se encuentren privados de ensayar acciones generales y concretas en orden a acotar los resultados dañosos que de ellas se pueda derivar.

Parto de la base de que la realidad que se regula a través del derecho penal debe ser excepcional y reducida y por principio no debe incluir los diversos aspectos del debate político especialmente cuando se produce regularmente. Esto es así ya que, “cuando la realidad se criminaliza y la política se vuelve una cuestión judicial, las prácticas sociales que pretenden inscribirse críticamente en esa realidad que padecen o buscan producir nuevas formas de sociabilidad, enfrentan la amenaza cierta de ser consideradas como expresiones peligrosas, situadas al margen de la legalidad, “fuera de la ley”, y a las que habrá que vigilar, perseguir, encarcelar, cuando no desaparecer o fusilar en alguna lateral del conurbano.” (Esteban Rodríguez, “Un puño sin brazo, ¿Seguridad ciudadana o criminalización de la multitud?” en “La criminalización de la protesta social, Ediciones Grupo La Grieta. 2da Edición, La Plata, 2004, pág 19).

La adopción de una postura conforme a la cual el abordaje penal de la protesta sea mínimo, a la que adscribo sin dudar, no tiene como efecto fatal

que el aparato estatal carezca de atribuciones normativas y fácticas de acción, tendientes fundamentalmente a evitar que se generalicen y expandan conflictos acotados. El Estado puede y debe actuar, lo que no implica convertir todo reclamo en delito, ni tampoco que el sistema punitivo deba estar prioritariamente al servicio de mantener el status quo y las situaciones de dominación y privilegio que pudieran constatarse, pues en ese caso estaríamos aceptando sin más que el derecho quede reducido en términos de Benjamín⁴, solo a violencia de mantenimiento.

Así lo voto.

LA JUEZA CALITRI DIJO:

El Sr. Juez *a quo*, en la resolución apelada, ha dado por acreditado la configuración de los delitos de extorsión e interrupción a los medios de transportes, en concurso real (arts. 168 y 194, CP) respecto de Omar Esteban Merino, Jorge Darío Hospital, Miguel Omar Morales y Eduardo Silvio Belliboni.

En cuanto a la solución a la que arriban mis distinguidos colegas preopinantes he de adherir a ella en cuanto a la atipicidad del delito de extorsión, sin embargo encuentro debidamente fundado el desarrollo de las circunstancias fácticas y las probanzas que así lo acreditan, efectuado por el Dr. Armella, y en relación a la configuración del delito previsto en el art. 194 del Código Penal.

En efecto, no encontramos ante la presencia de la conducta descrita en la norma antes mencionada, en cuanto que castiga con prisión de tres meses a dos años al 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”*.

En efecto, de las pruebas acollaradas en las presentes actuaciones y que con acierto cita el Sr. Juez *a quo* se desprende que la acción de los imputados importó “impedir”, “estorbar” y “entorpecer” “el normal funcionamiento de los transportes por tierra” y “los servicios públicos de comunicación”..

⁴ Walter Benjamín, “Para una crítica de la violencia”

<http://www.philosophia.cl/biblioteca/Benjamin/violencia.pdf>

Poder Judicial de la Nación

Cierto es que todo habitante de la Nación tiene derecho a peticionar ante las autoridades (art. 14 y 75 inc. 22, CN) y es saludable para las instituciones de nuestro país que así lo sea, lo cual reafirma la existencia de los valores que inspiran todo estado democrático.

Pero también es cierto que todos los habitantes de la Nación tienen derecho a transitar libremente en el territorio argentino (conforme normas citadas).

El art. 19 de la Constitución Nacional establece claramente las pautas y los límites en que las acciones de los hombres se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados, entre ellas: “que no perjudiquen a un tercero”

El Preámbulo de dicha Carta Magna también lo consagra al establecer que el texto normativo tuvo en miras “**la promoción del bienestar general**” y “**asegurar los beneficios de la libertad para todos los habitantes de nuestra Nación**”).

Recordemos que por el art. 15 del Pacto de San José de Costa Rica, “*se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones revistas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*”.

Similar precepto se encuentra también incluido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 21.

En la obra “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial” (Hammurabi, 2009, V. 8, pág. 689) de los Dres. David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni se efectúa un análisis exhaustivo sobre la figura en examen.

En efecto allí se sostiene que “Por ello se dijo que resulta apropiado prohibir, a nuestro juicio y en estos, las conductas que ilegítimamente afecten los mismos mediante la creación de tipos de peligro abstracto (art. 194), pues la presunción de los riesgos y daños se apoya en el reconocimiento que algunos logros de la tecnología, incluidos aquellos puestos al servicio de la provisión de elementos indispensables para la supervivencia humana -v.gr., agua- forman parte de las necesidades elementales de las personas que viven en comunidad en el mundo actual y que no requieren otra constatación que la

aceptación de que la satisfacción de esas necesidades hacen a su dignidad y que un Estado democrático debe garantizar. Cabe resaltar que constituye un derecho de toda persona gozar de los beneficios del progreso científico (arts. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 15, inc. b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos ellos con jerarquía constitucional, conforme lo establece el art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional)”

“Son indiscutibles los peligros que surgen de la carencia de dichos servicios, por ejemplo, para la vida de las personas cuando se ven impedidas para efectuar un llamado para requerir el auxilio policial, o para la salud cuando los hospitales no pueden utilizar sus recursos técnicos por falta de electricidad. ¿Y qué decir cuando el comportamiento alcanza a enfermos, ancianos que dependen de terceros, discapacitados o niños de corta edad entre los damnificados de un edificio de propiedad horizontal de varios pisos del que deben salir para ser asistidos o llegar para ser cuidados?”

Prosiguen los autores exponiendo que “...la simple experiencia social nos permitirá comprobar los múltiples perjuicios ocasionados, por ejemplo, por el corte de una ruta o de una vía ferroviaria que comunica grandes centros urbanos. Es cierto que la crónica periodística ha reflejado -lo cual es de conocimiento público- la indignación de los pasajeros o conductores que, entre otros supuestos, se han quejado de las pérdidas económicas que les ocasiona no lograr el cobro del presentismo en sus lugares de trabajo, y en otros casos se ha visto que las dificultades han alcanzado, incluso, vehículos que pretendían cumplir con una emergencia médica para el que estaban destinados. Pero esas dramáticas imágenes resultan innecesarias para comprobar los efectos de conductas como las mencionadas - más aún, cuando afectan a miles de personas-, porque, como se dijo, en la libertad de tránsito la población apoya sus expectativas para el desenvolvimiento de su vida en sociedad, que incluye su realización personal, familiar, laboral y la protección de su salud y seguridad; en fin, su propia dignidad. Y generalmente toda privación de ese derecho derivada de una conducta típica, provocará múltiples afectaciones en otros derechos del ciudadano” “En rigor y como se aprecia de lo desarrollado, a través del derecho a la libertad de tránsito se

Poder Judicial de la Nación

ejercitan en el mundo actual otros derechos de igual o mayor relevancia, tales como el derecho a la integridad física, a la salud, al trabajo, a la propiedad, etcétera; de allí la importancia de su adecuada protección”

“Por último y con fundamento en el desarrollo expuesto, entendemos que el aserto de Zaffaroni en una obra realizada sobre el tópico, acerca de que la norma estudiada procura proteger ‘el derecho de no llegar tarde’ (24), seguido por otros autores (15; y Cámara Federal de Apelaciones de la lata, Sala II, voto en disidencia del juez Schiffrin, en causa n° 3155, “Alí, Emilio Esteban y otros s/Inf. Art. 194 del Cód. Penal, del 30/5/06), no parece haber reparado suficientemente en la importancia que el flujo de tránsito en rutas y caminos representa para el ser humano del mundo actual (art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros) como modo de expresión de otros derechos también relevantes, como el derecho a circular... (ya) que la realidad cotidiana constatable empíricamente por todos refleja que la interrupción de caminos o vías ferroviarias produce usualmente problemas que trascienden dicho peligro y pasan a convertirse en una lesión efectiva de uno o más derechos de los ciudadanos damnificados....”

“Un buen comienzo estará dado por recordar que el derecho a transitar libremente encuentra protección en el art. 14 de la Carta Magna, y en los siguientes instrumentos con jerarquía constitucional: arts. VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...”

Por todo lo expuesto, propongo confirmar parcialmente el decisorio en crisis, en cuanto dispone el procesamiento de los antes nombrados por el delito previsto y reprimido en el art. 194 del Código Penal, ya que resulta acorde y razonable conforme la normativa constitucional y los estándares internacionales, de cuyos Instrumentos nuestro país resulta ser signatario y sujeto, eventualmente, a la reparación de los perjuicios causados.

Así lo voto.

Por ello y por mayoría, el Tribunal **RESUELVE:**

I. Revocar la decisión apelada, dictando el sobreseimiento de Jorge Darío Hospital, Omar Esteban Merino, Eduardo Belliboni y Miguel Omar Morales por los delitos que fueran indagados, y

II. Remitir copia de la presente decisión al Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal que actualmente conozca de los hechos ocurridos en la estación Plaza Constitución, de acuerdo con lo dicho en los considerandos 16 y 12 del voto del Juez Schiffrin.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Fdo: Álvarez-Schiffrin-Calitri

Ante mí, Ana Russo



Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL