



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

### SOLICITO DESESTIMACIÓN DE DENUNCIA

Señora Jueza:

**Franco E. Picardi**, Fiscal titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 5, en el marco del expediente Nro. CPF 5650/2019 (Caso COIRON Nro. 30291/2019) caratulado “N.N. s/ intimidación pública”, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 5 a su cargo, Secretaría Nro. 10, me presento y digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180, primer párrafo del ordenamiento procesal, habré de solicitar a V.S. la desestimación de la denuncia, en virtud de los argumentos que se expondrán a continuación.

#### I.

Las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de una presentación efectuada el 23 de julio del corriente vía correo electrónico por el Director de Relación con el Poder Judicial del Ministerio de Seguridad de la Nación ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 4 de esta urbe. Dicha judicatura luego remitió la misma para su sorteo ante la Cámara del fuero, teniendo en cuenta que no se advertía en autos actividad preventiva (cfr. fs. 10 y 13).

En rigor, se envió a la mentada agencia judicial una denuncia suscripta por Pablo Noceti en su carácter de Secretario de Cooperación con los Poderes Constitucionales de la cartera aludida de la administración federal (cfr. fs. 8/9).

En la misma, se expone que “[...] con fecha 22 de julio de 2019 aparecieron pegados en distintos espacios (paredes y postes) de la estación «Liniers» del tren «Línea Sarmiento» varios panfletos con el logo internacional del anarquismo presentando la imagen de una

*camioneta de la «Gendarmería» vandalizada y en llamas bajo el slogan «Transformemos el dolor en rabia y la rabia en acción!!»”.*

Luego, se citó el texto completo de la referida calcomanía, la que se acompaña a fs. 3 y que reza “*Santiago Maldonado Presente! (2017-2019), Compañero Anarquista secuestrado y asesinado por Estado Argentino el 1 de agosto de 2017 en la lof en Resistencia de Cushamen, territorio Mapuche, Chubut. Transformemos el dolor en rabia y la rabia en acción!! [sic]”.*

Asimismo, se agregó que “[e]l contenido escrito del panfleto refleja la imagen de una camioneta perteneciente a la Gendarmería Nacional, fuerza de seguridad dependiente de este Ministerio de Seguridad, claramente incendiada junto a un mensaje que incita a llevar adelante acciones delictivas indeterminadas contra la institución en represalia por el fallecimiento de Santiago Maldonado”.

Por otra parte, a fs. 1/7 luce un sumario labrado por la División Investigación de Delitos contra el Orden Constitucional de la Dirección General de Seguridad de Estado de la Policía Federal Argentina, en el que se menciona que “*producto del ciberpatrullaje preventivo realizado por el Departamento Unidad de Investigación Antiterrorista- Dirección General de Seguridad de Estado, el cual lleva delante de manera permanente sobre medios y redes sociales, de acceso público irrestricto, se logró tomar conocimiento que a través de distintos blogs de carácter anarquista, este colectivo se encuentra convocando mediante un panfleto digital a llevar adelante lo que denominan «mes de memoria de Santiago Maldonado, solidaridad, acción y caos», el cual presenta un encabezado que reza textualmente «llamamiento internacional-agosto: mes de agitación en memoria de Santiago Maldonado», acompañando este panfleto digital con el siguiente texto «Invitamos a que en el mes de Agosto a todas las individualidades y colectivos que se sientan cercanos al destino que*



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

tuvo nuestro compañero Santiago Maldonado, desaparecido y asesinado por el Estado Argentino. Desde el 1 de agosto dejemos ver nuestra rabia, nuestras propuestas al conflicto, nuestra inquebrantable voluntad. Nada ha terminado con nosotrxs, somos chispas que pueden encenderse y apagarse, pero siempre estaremos ahí. Despleguemos nuestras hermosas creatividades, actividades, mítines, cortes, marchas, hagamos lo que queramos. De eso se trata nuestra libertad, de eso se trata recordar a nuestrxs hermanxs caidxs. Que la anarquía desborde los confines y márgenes de esta asquerosa sociedad ¡Ni mártires ni héroes! ¡Memoria activa con lxs nuestrxs! ¡Que viva la anarquía!»”.

Así, del referido sumario policial, se desprende que atento a lo advertido en dicha publicación web –de la que no se aportan mayores detalles al respecto y cuya copia se encuentra agregada a fs. 4–, se dio aviso a la dependencia que labró el mismo, la que “*tomó conocimiento que además en la estación de ferrocarril de Caballito, perteneciente al Tren Sarmiento, se habían pegado algunos panfletos alusivos a la misma convocatoria antes referida, por lo que se comisionó a personal de la dependencia, quienes corroboraron tal circunstancia, observando pegados sobre sendos carteles en la estación citada, del lado ascendente sentido a Once, panfletos autoadhesivos, de aproximadamente 11 cm. por 10 cm., con el dibujo de una camioneta tipo patrullero que dice «Gendarmería»*”, a la que el Secretario de Estado se refiere en la denuncia bajo trato. Se agregó, al respecto, que dichas calcomanías finalizan el texto allí inserto con “*el característico símbolo*” del colectivo anarquista “*que es la A en mayúscula rodeada por un círculo*”. También, que se tomaron vistas fotográficas – que obran a fs. 5/6–, como así también se extrajo uno de los panfletos autoadhesivos para mayor ilustración, el que se acompañó a fs. 3.

Ahora bien, en la denuncia, se afirmó –en relación a la calcomanía agregada a fs. 3- que “[e]stá claro que el mensaje

*publicado constituye una inocultable incitación a la violencia colectiva en fecha próxima al cumplimiento de un (1) año del fallecimiento de Santiago Maldonado contra una institución (la Gendarmería Nacional) y las personas que la componen, conforme reprime el art. 212 del Código Penal”.*

En esa línea, se agregó con cita al Manual de Derecho Penal del Dr. Núñez, que “[l]as previsiones del Código Penal son claras en cuanto tipifican la conducta del sujeto activo que mediante una conducta de peligro abstracto estimula a otros a actuar mediante actos que alteren el orden y la tranquilidad dirigidos contra un grupo de personas o contra alguna institución”.

También, se mencionó aludiendo al Código Penal Comentado del Dr. D’Alessio que “[l]a conducta (incitación) prevista por el código se materializa a través de la estimulación a cometer actos indeterminados que, para el caso concreto, se presentan como una serie indefinida de delitos que incluyen – según la gráfica- la quema de vehículos de la Gendarmería Nacional y todos aquellos otros delitos que, de acuerdo al llamado a la violencia, permitan transformar la rabia en acción”.

En adición, se adujo que “[e]ncontrándose materialmente probada la comisión del delito de instigación a la violencia colectiva a través de publicaciones gráficas (panfletos) colocados en espacios de amplia circulación de personas (art. 212 CP), resta en este proceso identificar a las personas que habrían procedido a realizar esta conducta motivo por el cual se solicita al Tribunal la urgente producción de medidas de prueba que permitan identificar a los sujetos activos penalmente responsables del delito denunciado y ofrece la colaboración de los medios a disposición de este Ministerio para llevar adelante la medida que eventualmente se ordene”.

Finalmente, se solicitó se tenga por presentada la denuncia y se dispongan medidas de pruebas tendientes a la



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

individualización de los responsables y se les “*imponga el máximo de la escala penal aplicable*”.

### II.

Ahora bien, de lo expuesto precedentemente se puede advertir que el hecho denunciado consistiría en las manifestaciones vertidas en una calcomanía que fue pegada en una estación ferroviaria en la que luce una imagen dibujada en blanco y negro de una camioneta que reza la leyenda Gendarmería Nacional y luce en llamas. El texto de la misma dice “*Santiago Maldonado Presente! (2017-2019), Compañero Anarquista secuestrado y asesinado por Estado Argentino el 1 de agosto de 2017 en la lof en Resistencia de Cushamen, territorio Mapuche, Chubut. Transformemos el dolor en rabia y la rabia en acción!! [sic]*” y se agrega al mismo un redondel con una letra “a” en su interior, lo que denotaría que está firmada por alguna agrupación de carácter anarquista.

Por otra parte, la plataforma fáctica a analizar se complementaría con un posteo en una página web que llama a desplegar “*hermosas creatividades, actividades, mítines, cortes, marchas*” para recordar la memoria de Santiago Maldonado que finaliza con la frase “*Que la anarquía desborde los confines y márgenes de esta asquerosa sociedad ¡Ni mártires ni héroes! ¡Memoria activa con lxs nuestrxs! ¡Que viva la anarquía!*”

Todo ello, según el denunciante, se subsumiría en la figura penal estipulada en el artículo 212 del Código Penal de la Nación el que establece que “[s]erá reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación”.

Así, en lo relativo a los hechos bajo análisis y por los motivos que expondré, considero que del estudio de la tipología penal bajo trato no se desprende una subsunción típica en la plataforma

fáctica puesta en conocimiento. Además, los hechos denunciados no se encuadran en ninguna otra figura legal.

En efecto, el tipo penal del artículo 212 del Código Penal prevé un castigo penal para aquellos que incitaran a la violencia colectiva contra instituciones, en este caso, la Gendarmería Nacional Argentina, por la sola incitación.

Al respecto, y en primer lugar, huelga destacar lo peculiar de dicho tipo penal en tanto podría englobar la penalización de conductas que radican en un discurso público, lo que por tanto, compromete categorías de análisis propias que no pueden ser obviadas, como que el lenguaje, en aquel o aquellos que se expresan –en este caso, mediante un posteo web y la pegatina de calcomanías– es un hecho social (cfr. CCCFed., *in re: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”*, rta. 27/04/2006).

En este sentido, *“no hay discurso que no esté contextualizado: no se puede asignar verdaderamente sentido a un enunciado fuera de su contexto. Por lo demás el discurso contribuye a definir su contexto y puede modificarlo durante la enunciación”*. Consonantemente, el catedrático Miguel P. Navarrete, explica la importancia de un análisis de este tipo y expresa que *“en la tarea de averiguar el concreto significado de un signo determinado, no basta con emitir el sentido en cuestión [...] sino que, como veremos, influye definitivamente el contexto: quiénes sean los intérpretes (receptores del mensaje) y otras circunstancias que rodean el proceso comunicativo”* (cfr. CCCFed., *in re: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”*, rta. 27/04/2006).

En este orden de ideas, cualquier manifestación efectuada con el objeto de evocar la memoria del ciudadano argentino Santiago Maldonado así como referirse a las circunstancias que rodearon su desaparición el 1 de agosto de 2017 en el marco de una intervención de la Gendarmería Nacional Argentina y luego su aparición sin vida el



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

17 de octubre en la zona en la que había sido visto por última vez, sin dudas, está dotada de relevancia pública por la trascendencia e implicancias de dicho caso.

Asimismo, los emisores de los mensajes bajo análisis, que serían parte de una organización “anarquista”, son sin dudas portavoces de un discurso de crítica y cambio, que no se origina ni agota en ellos, si no que los trasciende. Así, el sentido que puede dársele a sus expresiones no es otro que el de una protesta social, una prédica ideológica y un discurso político que, como tal, debe quedar fuera de la órbita del derecho penal –última *ratio* del accionar estatal– (cfr. CCCFed., *in re*: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, rta. 27/04/2006).

Es que, las circunstancias que rodean el discurso que se pretende criminalizar implican un asunto de relevancia pública, institucional y comunitaria que conmocionó a la sociedad argentina y que trascendió incluso las fronteras nacionales, motivando por entonces la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité sobre Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas.

En dicha línea, es que el Superior del fuero ha afirmado “*la imposibilidad de que la crítica política en sí misma, por apasionada, por encendida, por cáustica que sea, pueda constituir ilícito alguno pues ello importaría, lisa y llanamente, consagrar un delito de opinión, retrotrayendo así las instituciones de la democracia a las bases mismas del totalitarismo y la intolerancia ideológica*” (cfr. CCCFed., *in re*: “Vita, Leonardo G. y otro s/ procesamiento”, rta. 29/08/2003).

Así, debe tenerse en cuenta también a la hora de analizar los hechos puestos en conocimiento la presencia de libertades que hacen a la esencia del sistema democrático, de lo que se desprende el protagonismo de aquellas garantías constitucionales que amparan la

libertad de pensamiento y de expresión, las que exigen la aplicación de un criterio restrictivo para precisar las conductas que, escapando a tal protección, serán alcanzadas por el derecho penal, máximo nivel de interferencia del Estado en el individuo (cfr. CCCFed., *in re: "Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento"*, rta. 27/04/2006).

En esta tesitura, Julio Cesar Rivera (h) explica citando a Thomas Emerson e Ignacio Villaverde Méndez que “[l]a tolerancia de las ideas que consideramos erróneas no es impulso natural. Por el contrario, la mayoría de las personas tiene una fuerte inclinación a la supresión de ideas no ortodoxas [...] Así como la «libertad religiosa» es inicialmente una liberación de la religión oficial, impuesta por las iglesias institucionalizadas, la libertad de expresión es una liberación de la política oficial. Si aquellas se valían del Índice, de la herejía y de la excomuniación para condenar a los discrepantes, esta última –la política oficial– se servía de las leyes penales y de la cárcel para disuadir a los críticos”. Así, el catedrático agrega que “[l]a reivindicación de la libertad de expresión apuntó a proteger al disidente político de forma tal que «quien pensara y expresara su pensamiento no temiese al castigo por su disidencia»” (cfr. Julio César Rivera (h), “La libertad de expresión y la represión penal de ideologías en el derecho argentino”, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61894542.pdf> )

Ergo, el autor explica que “se ha sostenido que la libertad de expresión consagra el principio de la anti-ortodoxia, según el cual cada persona debe poder expresarse libremente, sin miedo a que sus creencias sean consideradas contrarias a una verdad oficial, establecida por el gobierno. De esta manera, la libertad de expresión tutela especialmente al disidente, a los desaventajados, a los oprimidos. Como observa Schiffrin, el símbolo por excelencia de la libertad de expresión es el disidente, el proscrito, el paria, el que se aparta de la ortodoxia. En otras palabras, el reconocimiento a la





## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*libertad de expresión busca evitar que el Estado restrinja el libre intercambio de ideas y opiniones, característico de una sociedad abierta. Ello no significa que el Estado deba ser ideológicamente neutral. El Estado puede válidamente difundir sus valores e implementarlos. Lo que no puede es imponer verdades ideológicas oficiales y castigar al que piensa distinto” (cfr. Julio Cesar Rivera (h), Op. Cit.).*

En esta línea, y tal como sostiene Ronald Dworkin, debe valorarse que *“toda persona tiene el derecho a participar en el proceso de formación del medio ambiente moral y político de una sociedad determinada [...] Ello implica el derecho a defender, justificar, cuestionar o atacar las normas morales y jurídicas que rigen en una sociedad determinada, tales como la forma de gobierno, las costumbres morales y religiosas de la mayoría y de las minorías, las normas que rigen las relaciones de familia, la organización del sistema económico, los requisitos de ingreso en una determinada comunidad o cualquier otra cuestión vinculada con el medio ambiente moral y político de la sociedad” (cfr. Julio Cesar Rivera (h), Op. Cit.).*

Asimismo, el derecho a la libre difusión de ideas y opiniones se vincula con el principio de igualdad. Es que, *“en la medida que el Estado debe tratar a todas las personas con la misma consideración y respeto, no se puede negar a determinadas personas participar en el proceso de formación del medio ambiente moral y político de la sociedad, con el argumento de que sus ideas o convicciones los hacen indignos de participar en dicho proceso” (cfr. Julio Cesar Rivera (h), Op. Cit.).*

En efecto, Rivera expone que *“[e]ste derecho de cada ciudadano a participar en el proceso de formación de la opinión pública y de influir en la comunidad es lo que distingue el sistema democrático de los sistemas totalitarios. En un sistema totalitario, es el Estado el que define qué ideas pueden o no ser recibidas por el*

*público. En cambio, como explica Post, la característica distintiva del proceso democrático es su apertura a todas las ideas y opiniones posibles. La voluntad general es creada a través de un proceso permanente de discusión entre las mayorías y las minorías [...] La legitimidad del sistema democrático depende de la apertura de ese proceso comunicativo a todas las ideas posibles, porque si se permitiera al gobierno prohibir la difusión de una determinada idea, este se transformaría en antidemocrático respecto de los individuos que profesan dicha idea, que se verían impedidos de participar en el sistema” (cfr. Julio Cesar Rivera (h), *Op. Cit.*).*

Es que, como notaron dos jueces de nuestro Máximo Tribunal con cita a la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, “*una de las principales funciones de la libertad de expresión es «inducir a la disputa» y «[e]l mejor modo de alcanzar ese alto propósito se logra cuando aquella provoca incertidumbre, cuando crea insatisfacción acerca del Estado de las cosas o aun cuando suscita irritación en la gente. El discurso es muchas veces provocativo y desafiante». Por lo tanto, el Estado no puede castigar la difusión de una determinada idea a los fines de evitar justamente el malestar o la irritación que dicha expresión genera porque ello importaría una restricción intolerable a la discusión política” (cfr. Julio Cesar Rivera (h), *Op. Cit.*).*

Similarmente, es importante tener en cuenta brevemente algunas de las ideas de Gargarella que robustecen la ponderación que se debe hacer de los derechos a la expresión y petición frente a otros derechos.

En este sentido, como se asienta en el fallo de la Corte Norteamericana *New York Times vs. Sullivan* (cfr. 376 US 254 [1964]), recogido en sendas oportunidades por nuestra Corte Suprema (por ejemplo en CSJN, Fallos: 308:789), en las sociedades democráticas se debe privilegiar un debate público vigoroso, desinhibido y robusto.



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Como bien dice Gargarella, *“en una democracia representativa la única alternativa con la que cuentan los ciudadanos para cambiar el rumbo de las cosas es la de protestar y quejarse frente a las autoridades. Si se socava dicha posibilidad [...] la democracia llega a su fin. De allí que una democracia, aun modesta, no puede darse el lujo de perder ciertas voces críticas sino que más bien y por el contrario, debe hacerse todo lo posible por potenciar a cada una de ellas”* (cfr. Gargarella, Roberto, “El derecho a la protesta: El primer derecho”, editorial Ad-Hoc).

En consecuencia, la idea de amplificar las voces disidentes que supone el Estado de Derecho choca ostensiblemente con la criminalización de las opiniones y manifestaciones de los ciudadanos. Es que, someter a un proceso penal a una persona por sus dichos supone excluir sistemáticamente a algunos del debate público. Y en este sentido, *“una democracia no puede convivir con la exclusión de ciertas voces y mucho menos con la marginación de voces que tienen mensajes muy importantes para transmitir”*. Según Gargarella, se nos impone entonces, reconocer que las razones que debe alegar el Estado para limitar un derecho constitucional deben tener un peso excepcional para poder ser reconocidas como pertinentes (cfr. Gargarella, Roberto, *Op. Cit.*).

Así las cosas, es la opinión de esta representación fiscal que en el marco aludido debe ser interpretado el derecho de toda persona a difundir sus ideas por la prensa sin censura previa consagrado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna y el derecho a la libre difusión de opiniones e ideas de toda índole reconocido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que cuentan con jerarquía constitucional (cfr. art. 4 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 inciso 1 de la Convención Americana de

Derechos Humanos y art. 19 incisos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 19 sostiene que *“todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”*.

Así, cabe destacar que si bien hay otros instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos, por ejemplo, que consagran la libertad de expresión pero establecen “responsabilidades ulteriores” que pueden constreñir a los ciudadanos de expresar sus ideas u opiniones debemos tener en cuenta lo que dice nuestra Corte en *Arriola* citando la Opinión Consultiva de la CIDH 5-85 pues a nivel internacional se consagra el principio *pro homine*.

Ergo, *“de acuerdo con el artículo 5 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido”* (cfr. CSJN, Fallos 332:1963, con cita a opinión Consultiva CIDH 5-85).

Por ello, también, es que debe sobreponerse en autos la libertad de opinión consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos que implica el derecho de los ciudadanos a no ser molestados por sus opiniones, lo que sin duda incluye el hecho de no ser sometidos a un proceso penal por causa de sus dichos o ideas.

Ahora bien, abordado el marco general inspirado tanto en doctrina, como en jurisprudencia e instrumentos normativos de



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

jerarquía constitucional que debe guiar el análisis y el escrutinio de aquellas tipologías penales que pueden conllevar una intromisión en el derecho a la libre expresión y difusión de ideas, pasaré a examinar en mayor profundidad la conducta denunciada.

Puntualmente, según explica la jurisprudencia de la Cámara del fuero con cita a Alejandro Cántaro, *“el significado del verbo que sirve de núcleo a la figura del artículo 212 del CP es el de «estimular para que se haga algo, pudiendo ser entendido, también, como acuciar o impeler, vocablos que llevan consigo una idea de mayor acción material» Es decir, la figura penal [...] requiere la estimulación a actuar”* (cfr. CCCFed., *in re: “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”*, rta. 8/8/2013).

Al respecto, la misma Cámara ha explicitado que *“[o]bviamente, no cualquier expresión ha de hallar cabida en tal descripción. Debe, por tanto, empujarse a actuar, y como el Código lo exige, debe hacérselo respecto de grupos de personas o instituciones”* (cfr. CCCFed., *in re: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”*, rta. 27/04/2006).

A su vez, la Cámara ha asentado que *“la incitación debe ser hecha públicamente y debe perseguir la violencia colectiva –lo que supone impulsar el empleo de la fuerza física, abarcativa de actos de lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley penal–, ejercida por un grupo de personas, en razón de que la incitación a persona determinada no es apta para la configuración del delito”* (cfr. CCCFed., *in re: “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”*, rta. 8/8/2013).

Así, se ha dicho que *“el límite correcto para disolver la problemática que pudiera presentarse entre ese principio y el delito bajo análisis lo constituye el peligro cierto e inminente en tanto «[e]l*

Estado se encuentra facultado para interferir en las acciones de los individuos cuando tal interferencia es necesaria para satisfacer algún interés público relevante. En cambio, la expresión de opiniones resulta, en principio, absolutamente libre». *Es decir, la excepción a ese principio existirá cuando la difusión de la opinión constituya una incitación de estímulos de acciones inmediatas que no habiliten la participación de otros en el debate, impidiéndoles, de ese modo la exposición de alternativas sobre la cuestión*” (cfr. CCCFed., *in re: “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”*, rta. 8/8/2013).

En esta tesitura, la Cámara del fuero ha pronunciado que *“la mera impopularidad de las ideas o su impacto alarmante no serán suficientes para la configuración de este ilícito, si no se advierte en la emisión de las palabras la creación de un peligro cierto para causar actos de violencia, además de la intención de incitar a cometer actos ilícitos”* (cfr. CCCFed., *in re: “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”*, rta. 8/8/2013).

En tal sentido, resulta sumamente relevante para abordar este caso estar a la larga tradición jurisprudencial de la Cámara Federal que desde 1994 en *“Ortíz, S. s/ procesamiento”* (rta. 8/7/1994) ha delineado restrictivamente la aplicación de figuras penales al discurso público. Dicho precedente de nuestra Cámara Federal se encuentra inspirado en jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Es que, el Órgano revisor del fuero adoptó los estándares elaborados por el Tribunal Supremo norteamericano en *Brandenburg v. Ohio* (cfr. 395 US 444 [1969]), en tanto en dicho fallo se estableció que *“el Estado no puede prohibir la prédica del uso de la fuerza o violación de la ley excepto cuando «tal prédica estuviere dirigida a*



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción». *Según la corte estadounidense*, «la mera enseñanza en abstracto de la propiedad moral o aún la necesidad moral del recurso a la fuerza no es igual a la preparación de un grupo para la acción violenta o la incitación a tal acción» (cfr. Julio Cesar Rivera (h), *Op. Cit.*). Estos lineamientos luego fueron reafirmados por distintas composiciones de la Corte Suprema norteamericana en otros fallos tales como *Hess v. Indiana* (cfr. 441 US 105 [1973]) y *NAACP v. Clairbone Hardware* (cfr. 458 US 886 [1982]) (cfr. Bertoni, Eduardo, “Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”, disponible en [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf)).

Así, en sendas oportunidades la Cámara del fuero aplicó los estándares recepcionados del *common law* en “*Ortíz, S. s/ procesamiento*”. En efecto, ha pronunciado que “[e]n relación a este último concepto es que reafirmamos lo expresado oportunamente por esta Cámara en autos «Ortíz, S. s/ procesamiento» (de esta Sala causa 25.212, rta. el 8 de julio de 1994, reg. 414) donde, al analizarse qué elementos integran la incitación del art. 212 del C.P., se expresó que no puede considerarse incitación a aquello que carece de la cualidad de impulsar a la realización de acciones concretas de violencia” (cfr. CCCFed., *in re: “Lafit, Carlos s/ sobreseimiento*”, rta. 11/08/2009).

Aludiendo al mismo precedente *Ortiz*, la Cámara también ha explicado que “no puede considerarse incitación aquello que bien puede calificarse de un vaticinio, profecía, afirmación o aún una justificación cuando estas carecen de la cualidad de impulsar a la realización de acciones concretas” (cfr. CCCFed., *in re: “Vita, Leonardo G. y otro s/ procesamiento*”, rta. 29/08/2003”).

En relación a dicho fallo basal, también el Tribunal revisor del fuero ha dicho que “[e]n «Ortíz» [...] esta sala ha

*sostenido que «no cabe atribuir la categoría de incitación a la mera afirmación de la supuesta bondad de actitudes de contenido violento, sino que las garantías constitucionales que se hallan en juego obligan a extremar las exigencias relativas a la precisión de las conductas que deben quedar atrapadas en dicha norma»*. Además, la Cámara dejó plasmado que *“no puede calificarse a esas expresiones de un concreto llamado a la acción que exceda del que es inherente a la manifestación de una idea, en especial cuando ésta es de naturaleza política”* (cfr. CCCFed., *in re: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”*, rta. 27/04/2006).

Así las cosas, resultaría francamente irrazonable derivar de las manifestaciones y enunciaciones denunciadas, aun a título de mera posibilidad, que alguien pudiera, a partir de la lectura veloz en una estación de tren de una calcomanía, verse inducido a planear y ejecutar el incendio de patrullas o vehículos pertenecientes a la Gendarmería Nacional Argentina.

Es que además, en ninguna de las manifestaciones escritas aquí puestas bajo escrutinio se especificó cómo, cuándo o dónde deberían llevarse a cabo las acciones promovidas. Así, es que no se puede colegir de las mismas el impulso a acciones concretas. En efecto, las enunciaciones aquí denunciadas se caracterizan por ser vagas y genéricas, pues del llamamiento a *“transformar el dolor en rabia y la rabia en acción”* o a *“desplegar hermosas creatividades”* en actividades como marchas, mítines, etc.; no se puede colegir una necesaria instigación a la comisión de delitos determinados.

Por otra parte, de las declaraciones denunciadas tampoco se desprende intencionalidad alguna de excluir a otras voces del debate público. Asimismo, las enunciaciones así como la ilustración denunciada admiten múltiples interpretaciones más allá de aquellas estrictamente lineales.





## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

De esta manera, es que las conductas denunciadas devienen atípicas en tanto no llegan a quedar atrapadas por el alcance dado por la Cámara del fuero al tipo penal previsto en el art. 212 del Código de fondo.

Por otro lado, respecto al bien jurídico tutelado por la norma en cuestión, la Cámara Federal de esta urbe, ha afirmado, con cita a Sebastián Soler que “[l]a ley tutela la tranquilidad pública como una condición de seguridad por los peligros que derivan del desorden maliciosamente provocado, o para hablar con más exactitud, provocado por vía indirecta y oblicua: el desorden consistirá en los actos que realizarán los sujetos despavoridos, actos semiconscientes y hasta reflejos: actos de muchedumbre” (cfr. CCCFed., *in re*: “Lafit, Carlos s/ sobreseimiento”, rta. 11/08/2009). Asimismo, ha explicado que “en cuanto al bien jurídico protegido, los autores coinciden en que la figura se refiere a un atentado específico contra la «tranquilidad social» como elemento integrante del orden público” (cfr. CCCFed., *in re*: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, rta. 27/04/2006).

En relación a ello, esta representación fiscal estima por las razones esgrimidas, que no se hallan en las manifestaciones escritas denunciadas idoneidad para crear un peligro frente al bien jurídico, esto es, que los mentados pronunciamientos no tuvieron entidad para producir una acción ilícita inminente, ni fue probable que la incitase o produjese (cfr. CCCFed., *in re*: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento”, rta. 27/04/2006).

Consonantemente, y en relación al énfasis puesto por el denunciante en el carácter de supuestos “anarquistas” de los firmantes de las enunciaciones, Soler ha explicado que “[p]redicar el anarquismo, la necesidad genérica de abolir la propiedad, etc., no es instigar a un delito determinado, ni lo es siquiera aconsejar que una

*persona se haga ladrona*” (cfr. CCCFed., *in re: “Bonafini, Hebe s/ sobreseimiento*”, rta. 27/04/2006).

Además, no puedo soslayar que el Derecho Penal resulta ser la *última ratio* del accionar estatal, es decir, que existiendo vías menos lesivas para resolver un conflicto, estas deberían adoptarse previo a imponer la intervención de la justicia penal.

Bajo esta tesitura, Claus Roxin indica que “[e]l Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etcétera. Por ello se denomina a la pena como de «ultima ratio de la política social» y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos” (cfr. Roxin, Claus: Derecho Penal. Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1997, Tomo I).

Así, por ejemplo, y como explica Rivera “*en materia de represión penal de las expresiones [...], el Estado debe demostrar que no puede alcanzar los objetivos perseguidos por otros medios alternativos no penales, tales como la educación o más expresión («counterspeech»)*” (cfr. Julio Cesar Rivera (h), Op. Cit.)”

Es que, “«en ningún caso, el poder penal puede tener como finalidad preservar la autoridad del Estado o del sistema normativo en sí mismo. Si así lo hiciera, estaría corriendo el eje del conflicto primario a la idea de ‘infracción’, es decir, lo que se pretende castigar no es el daño causado en el marco del conflicto, sino la infracción a un deber impuesto por el Estado. No se castiga la acción dañosa sino la desobediencia al soberano» (Binder, op. cit. p.161). *Esto es lo que sucede cuando el poder punitivo del Estado despliega toda su fuerza frente a situaciones que no constituyen un conflicto con relevancia social*”.



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*“Ahora bien, precisamente los sistemas inquisitivos como el que en gran medida aún rige en el ámbito de la justicia federal, tienen su centro de gravedad en la infracción al orden y no en el conflicto. Es que, basta con la mera lesión al ordenamiento para que se articulen de manera automática (y muchas veces irracional) todos los mecanismos burocráticos estatales de persecución penal, sin una finalidad encaminada a ordenar esa conflictividad, gestionarla y finalmente dar soluciones específicas”.*

*“En sentido opuesto, los sistemas de justicia de bases más democráticas, se fundan en la noción de conflicto, lo cual significa que se privilegia la resolución de los casos mediante parámetros de tolerancia y de no abuso de poder, con una clara atención al caso concreto, a la víctima afectada y al alcance del daño producido. Claramente, si la noción fundamental es el conflicto, su ausencia, o su mínima incidencia en el entramado social, determinan la retracción de los poderes punitivos para abrir camino a otro tipo de respuestas menos violentas” (cfr. CFCP., in re: “G., H.H., s/ recurso de casación”, N° 15.556, rta.:31/10/2012).*

Por último, y en esta línea hermenéutica, también vale rescatar la necesidad de que el sistema de administración de justicia dé respuestas diferenciadas de acuerdo a las problemáticas concretas de cada caso, y oriente los esfuerzos de funcionarios judiciales hacia los casos de mayor complejidad y/o trascendencia social (cfr. CFed.C.P., in re: “G., H.H., s/ recurso de casación”, N° 15.556, rta.:31/10/2012).

En definitiva, y en palabras de la Cámara del fuero *“la difusión de ideas opuestas y/o divergentes a aquellas propagadas por el grupo que el denunciante representa no resulta más que el ejercicio constitucional de la libertad de expresión, sin que se advierta, en esa proclamación, la creación de un peligro cierto de causar actos de violencia, ni la intención de incitar a cometer actos ilícitos” (cfr.*

CCCFed., *in re*: “Recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el Dr. Hugo Wortman Jofre en autos NN s/ incitación colectiva”, rta. 8/8/2013).

En efecto, por las razones esgrimidas, las conductas puestas en conocimiento no llegan a configurar acciones que se engloben en el tipo penal bajo análisis, que dañen en bien jurídico tutelado por la norma o que puedan ser interpretadas a la luz de otra norma represiva.

### III.

Así las cosas, en atención a lo plasmado en el presente dictamen, y por los argumentos de hecho y derecho esgrimidos, esta representación del Ministerio Público Fiscal solicita a la Señora Jueza que **DESESTIME** la presente denuncia, conforme lo estipulado en el artículo 180, párrafos primero y tercero, del Código Procesal Penal de la Nación.

Fiscalía Federal Nro. 5, 22 de agosto de 2019.

IM