



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

DICTAMEN N° 11.912
Causa N° FMP 24837/2015/TO1/CFC13,
Sala II, "OLEA, Alan Emmanuel;
PANIAGUA, Gonzalo Salomón,
CAPUTO, Nicolás, SPAGNOLO
GIORDANO y otros s/ infracción ley
23.592 (art. 2)"
FN: 112079/2015

Excma. Cámara:

Javier A. De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía General Nro. 4, en los autos Nro. FMP 24837/2015/TO1/CFC13 del registro de la Sala II, caratulados "Olea, Alan Emmanuel; Paniagua, Gonzalo Salomón, Caputo, Nicolás, Spagnolo Giordano y otros s/ infracción ley 23.592 (art. 2)" me presento y digo:

I.

Llegan a esta instancia las presentes actuaciones en virtud de los recursos de casación interpuestos por las defensas de Alan Emmanuel Olea, Giuliano Spagnolo, Olexandr Levchenko, Franco Martín Pozas, Nicolás Caputo, Gonzalo Salomón Paniagua. Todos contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata que, en lo que resulta materia de impugnación por las partes, resolvió condenar a Olexandr Levchenko, a la pena única de 9 años y 6 meses de prisión (comprensiva de la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, impuesta el 16/5/2014 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata en la causa 4320 y acumuladas, cuya condicionalidad se revocó en la sentencia aquí recurrida); a Alan Emmanuel Olea, a la pena de 9 años de prisión; a Gonzalo Salomón Paniagua, a la pena de 9 años de prisión; a Nicolás Caputo, a la pena de 8 años y 6 meses de prisión; a Giuliano Spagnolo, a la pena de 5 años y 6 meses de prisión, ordenándose a su vez su inmediata detención y a Franco Martín Pozas, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión.

Ello por resultar organizadores (en el caso de Olea, Paniagua y Caputo) y tomar parte (en el caso de Levchenko, Spagnolo y Pozas) en una agrupación destinada a imponer sus ideas y combatir las ajenas por la fuerza o el temor; en concurso ideal con el delito de pertenecer a una organización y realizar propaganda basado en ideas o teorías de superioridad de una raza, religión o grupo étnico; delitos que a su vez, concurrieron en forma real con los de: lesiones graves que damnificaron a Lucas Baima (Levchenko, Olea, Paniagua, y Caputo), agravado por haber sido cometidos con el concurso premeditado de dos o más

personas. Lesiones leves que damnificaron: a Tamara de las Almas Mora Paz, agravado por haber sido cometidos con el concurso premeditado de dos o más personas (Levchenco); a Santiago Rodríguez Robledo (Levchenco, Olea, Paniagua y Caputo) y a Juan Martín Navarro (Spagnolo). Que también concurrió de forma real con el delito de daño ocasionados en la sede de la ONG “Estrategia Social del Sur” (Levchenco y Spagnolo) y en perjuicio del establecimiento comercial “Nevermind” (Paniagua y Caputo). En concurso real con el delito de amenazas, que fueron proferidas en perjuicio de Javier Moreno Iglesias; (Levchenco, Paniagua y Caputo), en perjuicio de Camila Vellón y Matías Gualini (Olea y Pozas), en perjuicio de Luz Troncoso Piuqué (Caputo) y en perjuicio de Almendra Aladro (Pozas). Todos ellos agravados por haber sido cometidos por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad.

No haré referencia a la conducta de Marcos Daniel Caputo (menor de edad al momento de los hechos), en atención a que no recurrió la sentencia ante esta instancia.

II.

A continuación enunciaré de forma sintética los hechos que el tribunal tuvo por probados, ocurridos en la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires:

Hecho N° 1: El 19 de octubre de 2013, aproximadamente a las 2.40 horas, en la intersección de las calles Deán Funes y Gascón de esta ciudad, Camila Agustina Vellón, fue interceptada y amenazada de muerte por Franco Martín Pozas, Alan Olea y un tercer sujeto cuya identidad no pudo acreditarse. En aquellas circunstancias, los nombrados exhibieron cuchillos y manoplas a Vellón y expresaron: *“los vamos a matar, son unas lacras para la sociedad ... los vamos a matar uno por uno, sabemos dónde se juntan”*. Estas expresiones se debieron a la pertenencia de la víctima al colectivo “punk” y por tener la ideología anarquista, contraria a la que los nombrados pretendían imponer.

Hecho N° 2: El 6 de diciembre de 2013 a las 23.30 horas, en la intersección de calles Hipólito Yrigoyen y Av. Colón, Matias Gualini fue interceptado y amenazado de muerte por Franco Martín Pozas, Alan Olea y un tercer sujeto, inquiriéndole: *“Eh, punk, ¿vos sos punk?”*, ante lo cual la víctima les preguntó si lo conocían. En respuesta, los citados le exhibieron una manopla y un cuchillo, a su vez, uno de ellos se levantó la remera y dejó al descubierto un



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

tatuaje con un águila y una cruz esvástica en el centro de su pecho. Luego, le dijo que se abstuviera de pasear por el lugar, ello por la sola condición de pertenecer al colectivo “punk”.

Hecho N° 3: El 15 de septiembre de 2014 alrededor de las 20.30 horas, en la intersección de las calles 11 de septiembre y 20 de septiembre de esta ciudad, Tamara De Las Almas Mora Paz fue agredida por Olexandr Levchenko apodado “El Rusito” y tres sujetos más no identificados, quienes le propinaron diversos golpes con objetos contundentes que provocaron lesiones en la parte posterior de su rodilla derecha, como asimismo un corte en su cuero cabelludo y en el dedo meñique de la mano izquierda, todas heridas que debieron ser suturadas. El ataque estuvo motivado por el desprecio hacia la condición transgénero de la víctima.

Hecho N° 4: El 11 de enero de 2015, aproximadamente a las 17:00 horas, en el sector de la costa que está a la altura del complejo la Normandina (Gral. Roca y la costa – Playa Grande), Almendra Aladro fue interceptada y amenazada por Franco Martín Pozas, quien refiriéndose a un tatuaje que tiene la nombrada con la inscripción “NI SUMISA NI DEVOTA” le preguntó “*ni sumisas ni qué?*”, ante lo cual la víctima le contestó “*ni devotas*”; por lo que frente a esa respuesta, este sujeto le exhibió un tatuaje en su pecho que contiene el águila del Tercer Reich con el centro rojo y una cruz esvástica –claro símbolo nazi-, tras lo cual le dijo en forma de advertencia imperativa “*tené cuidado porque somos muchos los pelados en Mar del Plata*”.

Hecho N° 5: El 12 de octubre de 2015 en calle Balcarce entre Salta y Jujuy de esta ciudad, siendo aproximadamente las 17:00 horas, Javier Andrés Moreno Iglesias fue amenazado por Olexandr Levchenko, conocido como “el rusito”, oportunidad en la que se le acercó y le refirió “*vos cuidate porque te voy a acuchillar*”. Conforme lo expresó la propia víctima, las amenazas se habían repetido con anterioridad como consecuencia de su ideología “antifascista” y su militancia en AMADI, ONG que no sólo se pronuncia a favor de la diversidad de género, sino que milita pública y activamente en su defensa. Muchas de estas amenazas, como se dijo en otras ocasiones, efectuadas a través de perfiles de redes sociales exhibiendo fotografías con cruces y dagas con simbología nazi.

Hecho N° 6: El 24 de octubre de 2015 alrededor de las 18.00 horas, en las inmediaciones de la Plaza España, Lucas Baima y Santiago Rodríguez Robledo, fueron violentamente golpeados y lesionados por Alan Olea, Marcos y Nicolás Caputo, Gonzalo Paniagua y Olexandr Levchenko, luego de ser perseguidos por distintas calles de la ciudad. Los agresores los corrieron exhibiendo palos preparados y muy vulnerantes hasta la intersección de las calles La Rioja y 9 de julio, en donde como se dijo los agredieron gravemente.

Hecho N° 7: El 24 de octubre de 2015 en las inmediaciones de la Plaza España y en el marco de la agresión relatada precedentemente, Luz Troncoso Piuque fue amenazada de muerte por Nicolás Caputo, quien le expresó: *“sacate ese parche hija de puta porque te lo voy a arrancar con una tenaza, te voy a matar”*, en alusión a una insignia de acción anti fascista que llevaba la nombrada en su brazo. Esto ocurrió delante de los efectivos policiales que habían intervenido merced a las llamadas telefónicas registradas y ya mencionadas, cuando la explosión de violencia había, supuestamente, finalizado.

Hecho N° 8: El 20 de noviembre de 2015, alrededor de las 18:30 horas, los imputados Giuliano Spagnolo y Olexandr Levchenko y un sujeto aún no individualizado apodado “el francés”, pintaron una cruz esvástica en la pared de la sede de la asociación “Estrategia Social del Sur” ubicada en calle España 1214 de la ciudad de Mar del Plata, frente a la cual, luego de unos minutos y sin detener su paso, efectuaron con sus brazos un saludo nazi.

Hecho N° 9: Entre las 20.30 horas del viernes 20 de noviembre de 2015 y la 01.30 hs. de la madrugada del 21 de noviembre de 2015, fueron pintadas leyendas nazis en el domicilio de Solange Belen Flores sito en calle La Rioja nro. 1136 y en la sede del local partidario del Frente para la Victoria ubicado en calle 3 de febrero nro. 2806, ambos de la ciudad de Mar del Plata. En el primer lugar fue dibujada con aerosol una cruz esvástica y la leyenda “Sieg Heil” y, en el último de ellos, la palabra “reventadas”.

Hecho N° 10: El 8 de diciembre de 2015, entre las 22:00 y 23:30 horas, Juan Martín Navarro fue artera y violentamente agredido momentos después de retirarse del local de comidas “El hornero”, sito en calle Moreno entre Corrientes y Santa Fe de Mar del Plata. La víctima recordó que al momento de ingresar al local advirtió a “un grupo fascista”, motivo por el cual decidió retirarse. Luego, notó que era seguido por un individuo al que identificó como “el



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

chileno” Spagnolo. Que en ese momento, antes de llegar a la esquina, sintió un fuerte golpe en la cabeza y una patada en las rodillas que lo hizo caer al suelo y perder el conocimiento, despertando dos días después en el Hospital Regional de Mar del Plata con lesiones oftalmológicas consistentes en la pérdida de visión del ojo derecho, destrucción total del tabique nasal, lesiones en pómulo y pérdida de una pieza dentaria. De la intensidad de las lesiones surgió que había sido golpeado con un objeto contundente. Por su parte, la víctima señaló que en el resto del cuerpo tuvo diversos golpes producidos por patadas que habían sido propinadas mientras se encontraba en estado de inconsciencia. La ausencia de un seguimiento médico de las lesiones sufridas por la víctima Navarro llevó a que el tribunal las calificara como leves, en función de que ser ella la interpretación más favorable al imputado.

Hecho N° 11: El 14 de febrero de 2016 Gonzalo Paniagua y Nicolás Caputo rompieron dos vidrios y afectaron las paredes de la fachada del local “NEVERMIND” sito en la calle Moreno 2736 de Mar del Plata. Los nombrados asimismo amenazaron de muerte mediante graves expresiones discriminatorias hacia las personas que se encontraban en su interior, especialmente a su dueño Javier Moreno Iglesias, las que incluso se extendieron a las inmediaciones de la comisaría Primera de la ciudad de Mar del Plata cuando la víctima concurrió a denunciar lo ocurrido.

Lo describo como Hecho N° 12 aunque no esté así en la sentencia, a los fines de diferenciarlo en la exposición porque da lugar a una tipicidad distinta: el tribunal tuvo por acreditado que desde inicios de 2014, aproximadamente, en la ciudad de Mar del Plata había existido un grupo de personas organizadas integrado, por Alan Olea, Olexandr Levchenko, Giuliano Spagnolo, Marcos Caputo, Nicolás Caputo, Gonzalo Paniagua, Franco Martín Pozas, entre otros, quienes integraban una asociación, no constituida legalmente, denominada “Bandera Negra” y/o “Frente Skinhead Buenos Aires - Mar del Plata” (FSSBA).

Sus integrantes compartían una ideología nacionalsocialista, con creencias tales como la existencia de una supremacía de ciertas razas. Ello

redundaba en la discriminación a otros por razones de raza, religión, nacionalidad, orientación sexual y/o ideología política.

La finalidad de la organización era extender el odio y la violencia a ciertos grupos, como consecuencia de la homofobia, xenofobia y antisemitismo de sus integrantes. Aquellas ideas eran propagadas a través del activismo social, la distribución de folletería y la utilización de bandas musicales, tales como las denominadas “Batallón Brigadier”, “Trashtorno” y “S.M.M.”, cuya música difundía las ideas segregativas.

Así, el tribunal afirmó que la organización poseía una denominación, un distintivo propio y un estatuto ideario que definía objetivos, finalidades y roles. Que presentaba permanencia en el tiempo, a pesar de cierta transitoriedad en su integración. Que sus miembros tomaban intervención en distintos hechos delictivos, de manera conjunta o alternada, y exhibían una pertenencia ideológica y correspondencia subjetiva con el grupo y sus actividades.

Entre las actividades de los integrantes de la organización que el tribunal tuvo por probadas puede mencionarse: la realización de propaganda nazi, pintadas con aerosol intimidatorias de simbología nazi -como cruces esvásticas y leyendas del estilo *Sieg Heil*- en diversos domicilios y comercios de personas con militancia política o actividad social y en los espacios públicos de la ciudad, expresiones gestuales (saludo nazi), toma de fotografías exhibiendo armas de fuego, cuchillas, manoplas, y desplegando actividades físicas que ilustran acerca de la preponderancia de la preparación deportiva que perseguían; amenazas de muerte a miembros de ONG dedicadas a la defensa de la diversidad sexual, persecución y ataques salvajes a personas transexuales por tal condición, entre otras mujeres del colectivo transexual que ejercían la prostitución en la zona de La Perla de la ciudad de Mar del Plata; persecución a través de las autodenominadas “cacerías”, amenazas explícitas e intimidación a través de la exhibición de tatuajes alusivos al nazismo y/o obligándolos a mostrar sumisión frente a su ideología a jóvenes “punk” o de ideología anarquista; agresiones físicas en forma individual o grupal a sus víctimas, mediante la utilización de elementos contundentes, mayormente pesados caños de PVC, preparados e inmediatamente disponibles al efecto; otras actividades sustentadas en la superioridad de la ideología nazi, tales como publicaciones de acceso público y



divulgaciones alusivas en redes sociales; promoción de la discriminación racial, política, religiosa, xenófoba y sexual, alentando a la persecución u odio contra grupos minoritarios de personas que profesan el derecho a la igualdad y/o repudian ideologías de raíz intolerante (*“los homosexuales son aberraciones de la naturaleza”*, decían los imputados, o *“los bolivianos no son dignos de tener dinero argentino”*), con la finalidad de imponer sus propias ideas, combatiendo las ajenas a partir de infundir temor o por aplicación de la fuerza.

III.

Las defensas fundaron sus recursos en ambos supuestos del art. 456 del CPPN. Argumentaron que la sentencia resultaba arbitraria por falta de fundamentación suficiente. Se agraviaron por la forma en que el tribunal había valorado la prueba durante el debate. Así, las defensas propiciaron la absolución por diferentes motivos según el hecho, que será analizado en detalle más adelante al momento de emitir opinión sobre la procedencia de cada agravio.

Sostuvieron, en términos generales, que la resolución se apartaba de los postulados propios de un derecho penal de acto y que, por el contrario, había fundado la sentencia en criterios de “derecho penal de autor” y “derecho penal del enemigo”, incompatibles con nuestro sistema jurídico. A su vez, la defensa de Nicolás Caputo sostuvo que estas actuaciones constituyeron una forma de persecución política y que la condena había resultado contraria al derecho a la libertad de expresión. Con argumentos similares, la defensa de Pozas postuló la declaración de inconstitucionalidad del art. 213 bis del Código Penal.

Los recurrentes negaron la existencia de una organización que respondiera a un móvil de odio racial o sectorial. Sostuvieron que los hechos de lesiones, daños y amenazas debían ser valorados de forma autónoma, a la vez que impugnaron cada una de las imputaciones de aquellos hechos en particular.

En particular, las defensas de Pozas y Olea se agraviaron por el rechazo de un planteo de nulidad referido a la falta de notificación al imputado de la existencia de una causa en el fuero provincial, que había versado sobre dos de los hechos aquí juzgados. Entendieron que se habían visto impedidos de solicitar los respectivos sobreseimientos y que, respecto de estos dos hechos, se habría violado la prohibición contra la doble persecución penal. Por ello, reeditaron en

esta instancia el pedido de nulidad referido a los hechos que tuvieron como víctimas a Camila A. Vellón y Matías Gualini.

Sostuvieron que la resolución puesta en crisis había redundado en la vulneración de distintos preceptos constitucionales, como ser el principio de congruencia, prohibición de *ne bis in ídem*, principio de culpabilidad por el hecho y el principio procesal “in dubio pro reo” (art. 3 del CPPN) como desprendimiento del principio de inocencia (art. 18 CN).

A su vez, los recurrentes entendieron que las penas por las que fueron condenados sus asistidos habían resultado irrazonables y desproporcionadas.

Finalmente, como aclaración previa a adentrarme en el análisis de los recursos debo señalar que si bien se encuentran agregados al presente legajo de casación cinco recursos, el primero de ellos (que luce a fs. 4718/4728), interpuesto por la Defensora Pública que asiste a Spagnolo, Olexandr Levchenko, versa sobre la revocación de la libertad de sus asistidos luego de la sentencia condenatoria, ello motivó la formación de otro legajo con trámite abreviado (art. 465 bis del CPPN). Por ello, no haré referencia a aquel recurso en el presente dictamen.

A continuación analizaré de forma individual los agravios en que los recurrentes han fundado sus impugnaciones.

IV.

1. Nulidad por falta de notificación a los imputados en el marco de una causa anterior (art. 60 del CPPBA). Violación al *ne bis in ídem*.

La defensa de Pozas planteó durante el juicio que la imputación referida a las amenazas que damnificaron a Camila Vellón (hecho N° 1) y a Matías Gualini (hecho N° 2) constituían la reapertura de una causa que había tramitado en el fuero penal de la provincia de Buenos Aires y que, en ese aspecto, constituía una vulneración a la garantía contra la doble persecución penal (*ne bis in ídem*). Reseñó que en su momento las denunciadas habían sido desestimadas en un caso y archivadas en el otro.

A su vez, se agravio por el hecho de no haber sido notificado de la existencia de las denuncias en el fuero provincial (de conformidad con lo previsto en el art. 60 del CPPBA), pues ello había impedido que pudiese instar los



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

respectivos sobreseimientos. Así, la defensa tuvo conocimiento de la imputación con el llamado a indagatoria en el fuero federal.

El tribunal desechó este planteo de nulidad y violación al *ne bis in ídem*. Sostuvo que la desestimación de una denuncia y archivo no producen efectos preclusivos de la acción, que ninguna de las resoluciones de las causas existentes en la provincia de Buenos Aires había constituido un pronunciamiento de mérito. Que habían sido decisiones tomadas por el fiscal de la provincia de carácter administrativo (no jurisdiccional) y ello permitía abrir la causa ante la aparición de nuevas pruebas. A su vez sostuvo que no se había probado un perjuicio para la parte que solicitó la nulidad.

Este pedido de nulidad fue reeditado en la instancia recursiva (defensas de Pozas y Olea). La defensa de Pozas entendió que el hecho de que el tribunal hubiera sostenido que no se había probado un perjuicio constituía una inversión de la carga probatoria. A su vez, señaló que no habían existido nuevas pruebas que pudieran modificar el criterio adoptado por la justicia provincial.

Este planteo no podrá tener acogida favorable, los recurrentes no lograron poner en crisis la decisión del tribunal que resultó fundada.

Así, lejos de lo que alegaron la defensa de Olea y Pozas, sí existieron nuevos elementos para juzgar aquellas conductas. Justamente, lo “novedoso” fue la incorporación de un conjunto circunstancias que permitieron contextualizar las amenazas denunciadas y asignarles su verdadera entidad. Se pudo determinar el móvil que habían tenido los autores, los motivos por los que fueron seleccionadas las víctimas y el sentido que ellas tenían en el marco de los diferentes ataques perpetrados por la organización. Ello sin duda constituye algo novedoso y que no había podido ser tenido en consideración por el fiscal de la provincia de Buenos Aires al momento de disponer el archivo de las actuaciones. A su vez, como afirmó el tribunal, las decisiones tomadas en el marco de las actuaciones de la provincia no fueron de mérito, por lo cual no causan estado y por ende, no tiene consecuencias preclusivas de la acción.

Más allá de la formulación realizada por el tribunal, éste no rechazó la nulidad por “no haberse probado” el perjuicio para el imputado, sino justamente porque tuvo por probado que no existió perjuicio alguno, que las

defensas tuvieron una amplia posibilidad de controlar la prueba de cargo y de responder a las acusaciones.

Por todo ello, entiendo que el pedido de nulidad debe ser rechazado y que la resolución del Tribunal no constituyó una violación al *ne bis in idem*, ni al derecho de defensa en juicio.

2. Violación al principio de congruencia.

La defensa de Pozas sostuvo que en tanto el tribunal había afirmado la existencia de la organización a partir del año 2014, y que los hechos 1 y 2 habían ocurrido en el año 2013, ello resultaba incongruente.

Aquí la defensa intentó presentar una inconsistencia o contradicción que no fue tal. Pues los hechos ocurridos en el año 2013 concurren en forma real con los ilícitos consistentes en haber sido organizadores o tomar parte (según el caso) en una agrupación destinada a imponer sus ideas y combatir las ajenas por la fuerza o el temor; y el de pertenecer a una organización y realizar propaganda basado en ideas o teorías de superioridad de una raza, religión o grupo étnico.

En este sentido corresponde aclarar que no necesariamente todos los hechos juzgados debían hallarse dentro del lapso de tiempo en el cual se tuvo por probada la existencia de la organización.

Sobre este punto cabe recordar que el Tribunal aclaró que la fecha desde la cual tuvo por probada la organización era aproximada, que este tipo de organizaciones no solía tener una fecha precisa de inicio, justamente porque quienes las crean saben que son delictuales. Por tal motivo el tribunal enfatizó en que no existía una fecha precisa de inicio, sólo una aproximación sincrónica a ese comienzo.

Ello no se contrapone de ningún modo con la vasta prueba producida en el debate que dio cuenta de que los hechos imputados no fueron episodios aislados sino que tuvieron un móvil de odio específico y que sus víctimas no eran determinadas en forma azarosa sino que se trató en todos los casos de integrantes del colectivo punk, anarquistas, feministas, ateos, militantes políticos y de una ONG por la defensa del derecho a la diversidad de género.



La decisión jurisdiccional no difirió ni excedió el contradictorio propuesto por los acusadores, por lo que no se ha violado el principio de congruencia. Entiendo que este agravio debe ser rechazado.

3. Violación a la libertad de expresión. Utilización de criterios de “derecho penal de autor” y “derecho penal del enemigo”.

A lo largo de sus impugnaciones, las defensas han intentado cambiar el escenario y contexto de los hechos. Quisieron presentar los hechos de amenazas y lesiones en el marco de enfrentamientos de bandas o tribus urbanas antagónicas. Así ocurrió particularmente en la hipótesis de las defensas referidas al hecho que tuvo por víctimas a Lucas Baima y Santiago Rodríguez Robledo (hecho n° 6), sobre la cual volveré más adelante.

La defensa de Pozas planteó la inconstitucionalidad del art. 213 bis del Código Penal en tanto habilita que el Estado se enmarque en un modelo de derecho penal de autor, lo que es contrario a los principios de nuestra Constitución. Sostuvo que este tipo penal resultaba violatorio de la libertad de expresión, en tanto castigaba meros pensamientos, es decir, una ideología.

En primer lugar, debo decir que el tribunal no criminalizó en ningún momento formas de ser o personalidades, sino expresiones o exteriorizaciones que superan la barrera del art. 19 de la Constitución Nacional pues lesionan los derechos de terceros. No se trató de la criminalización de meros pensamientos o de expresiones inocuas, sino de acciones que infundieron temor público en concreto y por el sólo hecho del mensaje público que emitió el acto de asociarse.

Ahora bien, quiero detenerme en la mirada constitucional y de política criminal que está en la base de todo este asunto, y que otorga legitimación a la criminalización de estas conductas en el principio de la democracia con contenido material (Ferrajoli). Se trata de que este tipo de conductas de los imputados no se encuentran amparadas por la libertad de expresión (arts. 14, 32 y 43 CN, art. 13 CADH) y, por ende, el legislador es soberano para su incriminación. Veamos.

Sintéticamente, el tribunal condenó por organizar o tomar parte (según el caso) en una agrupación destinada a imponer sus ideas y combatir las ajenas por la fuerza o el temor, en concurso ideal con el delito de pertenecer a una organización y realizar propaganda basado en a ideas o teorías de superioridad de una raza, religión o grupo étnico, en concurso real con los otros delitos (amenazas, lesiones graves y leves y daños, todos a su vez, agravados por haber sido cometidos por persecución u odio a una raza religión o nacionalidad).

Para analizar estos asuntos desde el punto de vista constitucional, debe partirse de considerar que, desde la libertad de expresión, no corresponde trazar ningún tipo de distinción entre expresiones y actos, porque esa libertad también ampara las llamadas “conductas expresivas”. Para John Ely, lo que diferencia actos como el asesinato o el daño no es que no sean expresivos, sino que el daño que causan no emana del mensaje que transmite el acto, porque un asesinato o daño es perjudicial incluso si nadie ve en ello un elemento expresivo; en cambio, un saludo determinado (levantar el brazo para los nazis) o el uso de específica vestimenta (brazaletes, capuchas, togas, etc., para el Ku Klux Klan) pueden causar problemas únicamente si la gente conoce su significado¹.

Pero en el desarrollo de la libertad de expresión, quedaron fuera de protección algunas manifestaciones como los discursos de odio o las incitaciones a la violencia o, como lo recoge el art. 213 bis CP, predicen la imposición de sus ideas por la fuerza y, por ello, infunden temor.

Se explica así. Partimos de la observación clásica de John Stuart Mill, que enseña que no se pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones, porque aun las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo. Se las identifica como estímulos a acciones inmediatas, casi automáticas. La bibliografía es enorme y constante².

Como sabemos, los delitos de odio (de origen anglosajón como *hate crimes*) son los cometidos por razones de intolerancia con el diferente o contra él. Sus motivos son ideológicos, religiosos, de raza, orientación sexual, etnia, opinión política, discapacidad, etc., y se caracterizan por una extremada

¹ ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pág. 142, nota al pie.

² BIANCHI, Enrique y Gullco, Hernán. *El Derecho a la Libre Expresión*. 2da. Edición. Librería Editoria Platense. La Plata, 2009, capítulo III, pág.95 y ss.



brutalidad y terrible impacto sobre las víctimas, a quienes estigmatiza y somete a golpes psicológico-emocionales. Normalmente el delito cometido por odio emite un mensaje de alarma al resto de los miembros pertenecientes a la comunidad de la víctima, intimidando a todo el grupo como consecuencia de la victimización de uno de sus miembros.

En las presentes actuaciones el tribunal sostuvo que en la ciudad de Mar del Plata existía un “envenenamiento del clima social” afirmó: En tal sentido, “...han sido numerosas las demostraciones de alarma y preocupación expresadas por las autoridades públicas y por organizaciones de la sociedad civil, tal como se desprende de los instrumentos agregados a fs. 57, 217/221 y 371/375, y que mereció incluso una manifestación de repudio por parte del Concejo Deliberante del Partido de General Pueyrredón, a la cual aludió la edil Santoro durante el debate. Piénsese además en los numerosos llamados al 911 recibidos durante la golpiza a Baima y Robledo”.

Vuelvo a la cuestión de la tipificación de estas conductas. En algunos países se tipifican como delito especial y en otros sólo como agravante a aplicar a los delitos comunes. No están amparados por la libertad de expresión y son reprimibles porque contrarían los ideales democráticos, ni son útiles al debate público, sino que lo restringen.

Obviamente, debe tenerse cuidado con la represión indiscriminada, porque la sobreprotección de personas e instituciones mediante interpretaciones coyunturales y efímeras puede conducir a legitimar la represión estatal de los discursos generalmente no ortodoxos de determinadas minorías por ser considerados de odio u ofensivos para la cultura dominante y, con ello, en realidad, bloquear la comunicación de sus ideas y reclamos, y de otras manifestaciones de su cultura, religión, etc. No toda opinión o crítica es *hate speech* o apología del terrorismo. No debe banalizarse el verdadero discurso de odio³.

La resolución objeto de análisis no constituyó en ningún modo una represión indiscriminada de este tipo de actos. Por el contrario, realizó una exhaustiva descripción de todas las conductas desplegadas por los imputados, su

³ HERRERA, David. *Libertad de Expresión, Hate Speech e Incitación Directa*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España, 2017. Editado por Dykinson, Madrid, 2018.

alcance y lesividad. Las expresiones vertidas por los autores en redes sociales o difusión de sus ideas a través de la música sólo fueron valoradas para tener por probada la existencia de la organización, la realización de propaganda con ideas discriminatorias y para contextualizar el resto de los hechos objeto de imputación.

Así, las expresiones que constituyen estímulos, acciones inmediatas, incitaciones directas a las acciones lesivas de terceros, o que son generadoras de peligros inminentes para los derechos de los demás, o que directamente eliminan del debate público a sus destinatarios, son perfectamente punibles. Eso es lo que ha ocurrido en el caso de autos.

El tribunal sostuvo: *“Estos indicadores [propios de los delitos de odio que dan cuenta de la disposición anímica del sujeto] son sumamente esclarecedores, al encontrarse presentes en absolutamente todos los hechos relatados en la materialidad y participación. Así, es una circunstancia reiterada el hecho de que las víctimas fueran seleccionadas por su condición de homosexual, judío, trans, militante en organizaciones a favor de los derechos de las minorías, etc. Se advierte asimismo la existencia de una animosidad previa entre neo-nazis y anti-fascistas. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió con Baima, Robledo y Troncoso Piuqué, no hay testimonios que den cuenta de agresiones por parte de anti-fascistas hacia neo-nazis, quedando así desacreditada la hipótesis del Dr. Moix en cuanto a una supuesta “lucha de tribus urbanas”.*

En numerosas páginas el *a quo* se dedicó a fundamentar la existencia de la organización dedicada a combatir las ideas que no resultaban compatibles con las propias y el móvil discriminatorio y racial que tuvieron todos los delitos cometidos por cada uno de los aquí imputados. En ningún momento se aplicaron criterios de derecho penal de autor.

Las defensas no lograron poner en crisis la solución jurisdiccional.

4. Agravante del art. 2 y tipo penal del art. 3 de la ley 23.592.

Doble valoración de una circunstancia.

Las defensas sostuvieron que debía descartarse la agravante del art. 2 de la ley 23.592. En particular, la defensa de Olea, Levchenko y Spagnolo



afirmó que el tribunal había vulnerado la prohibición de analogía que rige en materia penal pues, aplicó el agravante a supuestos no previstos en la ley.

El artículo 2 de la ley 23.592 contiene dos supuestos: por un lado, cuando el delito sea cometido por “persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad” y por otro lado cuando se haya cometido “con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

El término “grupo nacional” es un elemento normativo que debe ser interpretado. Fue tomado de la “Convención contra el Genocidio”.

Al analizar el concepto de “grupo” Marcelo Ferreira⁴ sostiene que éste no preexiste como tal sino que es siempre construido de forma subjetiva por el autor del delito (en su caso, de genocidio), que traza un círculo sobre determinadas personas, con algún criterio. De esa forma es construido el grupo de víctimas, cualquier persona puede ser víctima. Y esto es lo relevante, no se trata de tipificar a determinadas víctimas y excluir a otras, de lo contrario se estaría utilizando la misma lógica segregativa que pretende imponer el propio autor.

Ese recorte de la realidad que determina la pertenencia a determinado grupo no es natural, sino cultural y subjetiva. En las presentes actuaciones, las víctimas fueron seleccionadas por su condición de homosexual, judío, trans, militante en organizaciones a favor de la diversidad sexual, punks, antifascista, anarquista, etc.

En la sentencia de la causa “ESMA unificada” (causa N° 1282 y otras) el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 sostuvo que discurrir acerca de qué significa la nacionalidad en función de criterios objetivos encierra una discriminación implícita, porque a las víctimas no les queda ni siquiera el lugar de “nacionales”. Así, señaló que se trata de la lógica de razonamiento que permitió al nazismo discurrir acerca de quienes pertenecían a la nación y quienes debían ser excluidos. Y recordó que nuestra Constitución no hace depender la nacionalidad de ningún criterio cultural, sino que establece como único requisito la residencia durante dos años continuos en el territorio argentino (art. 20).

⁴ FERREIRA, Marcelo, *El genocidio y su caracterización como “eliminación parcial de grupo nacional”*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año II, Número 8, Setiembre de 2012, edit. La Ley, págs. 84/99. ISSN: 0034-7914.

Todas estas consideraciones fueron aplicadas de manera razonable por el *a quo*. El artículo 2° de la ley 23.592 hace referencia al objetivo de destruir en todo o *en parte* a un *grupo nacional*. Y toda una corriente de pensamiento señala que es posible predicar que introduce el concepto de “grupo nacional parcial”, es decir, una parte del conjunto “nación”. Esa parcialidad estaría dada justamente por el recorte arbitrario y subjetivo que realiza el autor del delito.

No arroja luz sobre el asunto el hecho de que el legislador haya incluido como agravante en algunos delitos las razones de género, orientación sexual, identidad de género o su expresión (ley 26.791, que modifica el art. 80 CP y tiene influencia en otros delitos, ejemplo, como las lesiones y abuso de armas, arts. 92, 105), porque eso no significa que en la ley antidiscriminatoria (ley 23.592) no lo estén. Tanto es así que se sancionó esta última ley y sin embargo siguió vigente el viejo homicidio agravado por odio racial o religioso (vigente por Ley de Facto 21.338, ratificado por ley 23.077). Es decir, la reforma de la ley 26.791 que agregó estos supuestos, al no derogar la agravante genérica de la ley antidiscriminatoria, sino que dejó vigente la parte que se superpone con ella (odio racial o a una raza o religioso), no es un elemento a considerar desde el punto de vista hermenéutico para establecer el alcance de una o de la otra. Se trató de una gran desprolijidad del legislador, pero que no ha influido en los significados de los conceptos. Tanto es así que el término raza es totalmente cuestionado por los antropólogos, porque la raza humana es única⁵.

La ley no puede ser interpretada de manera incoherente por sus aplicadores. Si se aprecia su literalidad, se verá que en el artículo 1° trae un concepto de discriminación que debe ser conjugado con el del artículo 2°. Los actos contra otros grupos, también son manifestación de una propaganda, la difusión de una idea que discrimina masivamente, incluyendo también, por supuesto, a toda la discriminación del nazismo, o sea, a lo específico del artículo 3°. Pero “nuestros nazis” sustentan una ideología vernácula que alcanza muchos más supuestos que la de agarrárselas con los que no son arios, etcétera. Debe hacerse hincapié en el concepto de discriminación en sí mismo, y no tanto a qué

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino”, publicado en “Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat”, coord. por Carlos García Valdés, Margarita Valle Mariscal de Gante, Antonio Rafael Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Vol. 2, Madrid, 2008, ISBN 978-84-96261-51-8, págs. 1735-1750.



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

personas se discrimina por pertenecer a tal o cual grupo. Porque todos venimos de alguna nacionalidad, ese elemento no puede ser determinante en sí mismo. No puede interpretarse la ley como distinguiendo entre tres discriminaciones diferentes.

De lo expuesto es posible concluir que los supuestos objeto de las presentes actuaciones se hallan previstos en la ley antidiscriminatoria, como agravantes de los demás delitos que se cometen con ése móvil. Aquí corresponde hacer hincapié en que no se trata de cualquier hecho cometido contra parte de un grupo nacional sino que el hecho tiene que haberse cometido en razón de que la víctima pertenece a aquel grupo que, como dijimos, es delimitado por el propio autor.

Existe un elemento en todo esto que, a mi modo de ver, debe estar presente y que se prueba por las exteriorizaciones y su significado que realizan los autores. Es el motivo que genera el odio al diferente, a quien se le “cargan” una serie de atributos para su rechazo. No se trata de características banales, fungibles, como podrían ser los comerciantes de tal o cual rubro, o los políticos, o los bomberos, o los jueces, o los profesionales de tal o cual ámbito, o los simpatizantes de tal o cual club de fútbol. Se trata de la discriminación por la identificación de la víctima con determinada ideología o por sus condiciones personales y culturales.

El hincapié de la ley está en que la acción de discriminar es lo que motivó los distintos delitos y en que el acento sobre las características personales de las víctimas a discriminar lo pone el autor.

En cuanto a los agravios referidos a la concurrencia de la agravante, corresponde señalar que la causal de agravante es subjetiva. Por ello, por ejemplo, aunque hubiera error de hecho sobre la condición de determinada víctima, eso no sería relevante. Ejemplo: cuando a alguien le pegan porque están convencidos de que es lesbiana, aunque esta persona no lo sea, aunque haya un error sobre su condición, el elemento de la figura está presente. Lo que demuestra este razonamiento, es que lo que une todos estos hechos es ese elemento subjetivo de odio, pues tuvieron como víctimas a diversos integrantes del colectivo punk, anarquistas, feministas, ateos, militantes políticos y de una ONG por la defensa

del derecho a la diversidad de género. Estos hechos a su vez, fueron los signos exteriores que prueban el acuerdo de voluntades previo pues claramente no fueron aislados ni episódicos. Y si bien tal circunstancia permitió adentrarse en el conocimiento de que existía una organización en los términos del art. 3 de la ley 23.592, ello no redundaba en la doble valoración de un hecho, sino que varios hechos se subsumen en distintas normas penales.

Al momento de refutar los argumentos de las defensas en ese sentido, el tribunal explicó que no habría resultado suficiente para tener por acreditado el móvil al que se refiere el art. 2º de la Ley 23.592 el hecho de que los imputados fuesen “pasivos admiradores de Hitler, en cuyo caso más allá del repudio moral que dicha actitud pueda generar en el año 2018, dicha circunstancia quedaría protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional”. Sin embargo, distinguió ese supuesto del presente, en el que se corroboró la existencia de indicadores de aquella finalidad, reflejados en actos concretos exteriorizados y que tuvieron efecto sobre terceros.

Esto a su vez, nos introduce en el planteo realizado por la de Pozas, quien consideró que agravar los delitos por haber sido cometidos “por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” y, a su vez condenar a los nombrados por la pertenecer a una organización y realizar propaganda basado en ideas o teorías de superioridad de una raza, religión o grupo étnico, delitos que a su vez, concurrieron en forma real, implicaba una doble valoración de los hechos, y en virtud de ello, una doble imposición de pena.

Sin embargo, no estamos ante un caso de los llamados de “doble valoración”. La doctrina ha identificado la prohibición de doble valoración de una circunstancia al momento de determinar la pena en concreto cuando agravantes o atenuantes que se tuvieron en consideración al momento de escoger el tipo penal son a su vez valoradas al momento de determinar la pena⁶. El caso típico de esta circunstancia es considerar como agravante de la pena el hecho de que un robo fuera cometido con arma cuando aquella circunstancia ya fue valorada al momento de escoger tipo calificado.

⁶ RIGHI, Esteban “Derecho Penal Parte General”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007 p. 535; ZIFFER, Patricia “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires segunda edición, 1999 p. 106 y sgtes.



Tampoco estamos ante el caso de concurso aparente o impropio de normas, en cuyo caso debería haberse optado por una de las normas penales en desmedro de la otra, que resulta desplazada. Las modalidades de exclusión de tipos penales son supuestos de especialidad, consunción y subsidiariedad. Aquí no se da ninguno de ellos entre las normas contenidas en los arts. 2 y 3 de la ley 23.592. En el primer caso (agravante genérica) se trata del mayor reproche fundado en una cuestión subjetiva distinta del dolo, aquí el aumento del injusto está dado por el móvil que tuvo el autor para cometer uno o más hechos delictivos. En el segundo, se trata de un tipo penal autónomo que criminaliza el hecho de participar en una organización de determinadas características y realizar propaganda de ciertas ideas, ambas cuestiones que son objetivas y que difieren notablemente de los delitos de lesiones, amenazas y daños que concurrieron en forma real. Se trata de normas que tienden a proteger bienes jurídicos disímiles.

Los agravios referidos a la doble valoración de una circunstancia o violación al *ne bis in idem* con este fundamento deben ser rechazados.

5. Agravio referido a la falta de acusación Fiscal. Autonomía de la querella.

Este planteo se originó a raíz de que, durante su alegato el fiscal tuvo por probada sólo parcialmente las hipótesis delictivas que se hallaban en el requerimiento de elevación a juicio de este Ministerio Público.

Así, propició diversas absoluciones: en primer término entendió que no correspondía aplicar a ninguno de los hechos imputados la agravante contenida en el art. 2° de la ley 23.592.

Consideró que no se encontraba acreditado el hecho que habría tenido por víctima a Almendra Aladro, que no habían podido ser acreditadas las intervenciones en los hechos relacionados con las pintadas en el domicilio de Solange Flores y en los locales del Frente Para la Victoria y de la Asociación Civil Estrategia Social Sur, como así tampoco en los sucesos relacionados con Juan Martín Navarro.

A su vez, postuló que debía dictarse un pronunciamiento absolutorio en relación a la existencia de una organización en los términos del art.

213 bis del CP y 3° de la ley 23.592. Sobre el punto sostuvo que los hechos imputados aparecían, a su criterio, desorganizados.

Por su parte, la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (D.A.I.A.) y el abogado que representó a Lucas Baima, ambas partes querellantes en autos, tuvieron por acreditada la hipótesis delictiva por la cual la causa había sido requerida a juicio, sin introducir ningún planteo absolutorio.

Así las cosas y luego de oídos los alegatos de todas las partes acusadoras, la Defensora Pública que asistió a Olea, Levchenko y Spagnolo argumentó a su turno, que la acusación de los querellantes no podía exceder el marco de la acusación fiscal.

A lo que el tribunal respondió que en nuestro ordenamiento el querellante poseía autonomía de gestión procesal y que, en tanto respete la plataforma fáctica, determinaba el perímetro de la controversia.

Este planteo fue reeditado en el recurso de casación de esa parte.

Sobre este punto sólo debo decir que la cuestión ha sido resuelta por nuestro máximo tribunal federal así, en “Del’Olio” afirmó: *la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula* (Fallos: 329:2596), a cuya doctrina corresponde remitirse.

Como sabemos, los tribunales inferiores deben conformar sus decisiones a las sentencias del Alto Tribunal dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido invocada por el apelante (Fallos: 320:1660, 1821; 321:2294 y 3201, entre muchos otros), y del que sólo pueden apartarse cuando medien motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos: 262:101; 203:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros).

Por ello, y de conformidad con la doctrina de la CSJN sobre la cuestión, corresponde concluir que el tribunal se encontraba habilitado para dictar las condenas por los hechos por los cuales el fiscal había propiciado las absoluciones porque los acusadores privados mantuvieron la acusación. Y ello no causó ningún menoscabo en los derechos de los imputados que tuvieron



posibilidad de conocer la acusación y ejercer ampliamente su derecho de defensa en juicio.

6. Agravio vinculados a la valoración de la prueba.

Los recurrentes se agraviaron por la forma en que el tribunal había valorado la prueba de cargo producida durante el debate.

Las defensas –en términos generales– no pusieron en duda la existencia de los acontecimientos sino la participación de cada uno de los imputados en ellos, el grado de participación, la concurrencia de una legítima defensa de terceros o exceso en aquella, etc. Que veremos a continuación.

Por ejemplo, podemos mencionar la impugnación de la defensa de Pozas referida a las imputaciones correspondientes a los hechos calificados como amenazas que tuvieron como víctimas a Camila Vellón (hecho N° 1), Matías Gualini (hecho N° 2), y Almendra Aladro (hecho N° 4). Se agravió porque en todos ellos el tribunal había fundado su veredicto principalmente en el testimonio de la víctima. Postuló que no podía tenerse por probado un hecho con la declaración de un único testigo. A su vez, sostuvo que los dichos no habrían perturbado la vida normal de las víctimas por lo que resultaban atípicos. Resaltó una serie de supuestas contradicciones en las que habría incurrido aquella.

A ello cabe responder que la circunstancia de presentarse un único testigo del hecho no conduce a prescindir de sus manifestaciones, sino que ellas deben ser valoradas con la mayor severidad y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza, y examinando cuidadosamente las calidades del testigo (cfr. mi voto en causas n° 2541 “Rota, Jorgelina s/rec. de casación” Reg. 594/00 del 3/10/00 y n° 7375 “Conde Alonso, Gustavo Ariel s/rec. de casación” Reg. 1356/06 del 10/11/06).

En las presentes actuaciones no hay un problema de veracidad de los distintos testimonios de cada una de las víctimas, pues si bien cada uno dio cuenta del ataque padecido en forma individual, también lograron identificar a imputados en las distintas ruedas de reconcomiendo. A su vez, las víctimas de lesiones pudieron señalar durante el debate las distintas secuelas que las

agresiones habían dejado en sus cuerpos. Analizados en forma conjunta también resultan coincidentes con el modo de operar de los agresores, mediante la exhibición de tatuajes con esvásticas nazis y diferentes armas blancas.

La defensa de Pozas introdujo ciertas contradicciones menores en el testimonio de la víctima, tales como si había conocido al imputado por una red social o no, sobre el punto cabe señalar que no cualquier duda tiene relevancia como para poder poner en crisis una conclusión jurisdiccional. La duda debe tener cierto nivel de entidad para discutir la existencia del hecho o la responsabilidad de los imputados. Las supuestas contradicciones que señaló el recurrente no lograron poner en crisis los extremos en que se ha fundado la imputación.

Con referencia a la atipicidad de las amenazas, en primer lugar corresponde señalar que los hechos 1, 2, 4, 5, 7 y 11 fueron calificados como amenazas coactivas (art. 149 bis del CP). Como señaló el *a quo*, este tipo penal se distingue del de amenazas simples, en tanto exige la concurrencia de un elemento extra del tipo subjetivo además del dolo: la finalidad perseguida por el autor tendiente a condicionar la voluntad de la víctima. Este delito se perfecciona con la exteriorización de la amenaza condicionante, es decir, al momento en que ella llegó a conocimiento del sujeto pasivo. Es irrelevante que la víctima haya hecho, dejado de hacer o tolerado algo en contra de su voluntad en consecuencia.

Aquí no caben dudas que las amenazas resultaron en todos los casos idóneas. El tribunal hizo hincapié en el temor que habían evidenciado las víctimas –incluso durante el debate– pues muchas de ellas renuentes a prestar declaración testimonial en presencia de los imputados, incluso “retirándose de la sede del Tribunal minutos previos a ser oídas”. También señaló que en varios casos las víctimas han debido abandonar sus tareas, estudios, militancia y lugares de esparcimiento o encuentro, que tuvieron que adoptar precauciones especiales para transitar por la vía pública como lo expresó Almendra Aladro.

El *a quo* entendió que producto de aquel fundado temor sus manifestaciones exteriores habían dejado de ser reflejo de su realidad personal (política, religiosa, sexual o ideológica). Señaló que en algunos debieron mudarse de sus domicilios, como Solange Belén Flores.

Con relación al hecho N° 3, la víctima Tamara de las Almas Mora, conforme tuvo por probado el fiscal y el tribunal, al momento de celebrarse el debate había fallecido. La defensa de Levchenko se agravió por falta de



Ministerio Público de la Nación
Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

acreditación del fallecimiento de la víctima mediante su certificado de defunción. Este agravio debe ser desestimado porque la normativa vigente no sólo permite la incorporación por lectura de los testimonios dado en la etapa de instrucción de personas fallecidas con posterioridad, antes del debate oral, sino también la de las personas que no pudieran ser habidas para que comparezcan a declarar en el debate (art. 391, inc. 3°, CPPN). De modo que la situación encuadra perfectamente en la norma, aunque no estuviese acreditado legalmente el fallecimiento.

A su vez, el hecho que de lesiones que la tuvo como víctima también fue acreditado por otros medios de prueba. Así, el tribunal valoró las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia de debate por Daniela Virginia Machiavello, Lucía Fernanda Muraca (integrante del Programa ATAJO del Ministerio Público Fiscal que facilita el acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad) y Javier Moreno Iglesias, el informe de ATAJO en respuesta al pedido de búsqueda de Tamara obrante a fs. 280/283 que fue incorporado como prueba documental.

Machiavello dio cuenta de las agresiones que Tamara de las Almas Mora sufría de forma permanente por parte del grupo que integraba Levchenko, por su identidad trans y la grave situación de vulnerabilidad en la que se encontraba y que era especialmente relevante en el caso de la víctima por su estado de salud y la situación de calle, que sin dudas provocó su temprano fallecimiento.

Muraca, había entrevistado a Tamara de las Almas Mora en el marco del referido programa “ATAJO”. En aquel momento la víctima había referido ser objeto de diversos hechos violentos. Muraca señaló que tenía la mitad de su rostro paralizado, una costilla fisurada, dificultad para caminar y disminución en la visión de uno de sus ojos asociado a la agresión física. Recordó que tenía miedo porque las personas que la habían agredido se encontraban en el mismo barrio donde solía circular y que le generaba angustia pensar en salir a la calle.

Moreno Iglesias declaró que a partir de su trabajo dentro de la Asociación Marplatense por los Derechos a la Igualdad (AMADI), tomó

conocimiento de muchos ataques en la zona de La Perla a personas trans, como así también de la desconfianza que tenían hacia la policía que las desalentaba a denunciar. Expresó que identificó a los sujetos agresores a partir de la golpiza muy fuerte que le efectuaron a una mujer trans que se llamaba Tamara, respecto de la cual se obtuvieron fotografías. Que meses después de los ataques la habían visto y estaba viviendo en una cabina de gas, con un estado de salud muy bajo. Que la mayoría de las personas que estaban ahí ya no están, algunas emigraron y otras desaparecieron. Que estos sujetos tenían un rechazo muy fuerte por las personas trans, a muchas de ellas las habían golpeado y amenazado, e incluso atacado con palos. Recordó que uno de estos individuos en la puerta de su local le dijo que las travestis “*eran androides, una aberración de la humanidad y que no tenían perdón de Dios*”.

Concluyo que el *a quo* se formó el juicio incriminatorio en base a todas las pruebas producidas durante la audiencia de debate y, en algunos casos, las de la instrucción incorporadas regularmente al juicio.

Con referencia al hecho N° 6, las defensas de Olea, Caputo, Paniagua y Levchenko intentaron “justificar” las agresiones desplegadas contra Lucas Baima y Santiago Rodríguez Robledo en una supuesta “provocación” o “agresión previa” por parte de unos manifestantes anti fascistas en una plaza. Ello sirvió para incorporar la hipótesis de que se trataba de una disputa entre tribus urbanas antagónicas.

Esta argumentación no puede prosperar de ningún modo. Incluso en el caso de que –como alegan– se hubiera tratado de diferentes peleas entre distintas “tribus urbanas” (lo cual quedó acreditado que no fue así), tampoco justificaría las conductas típicas y antijurídicas imputadas. Y ello es así, porque la base o motivo de actuación de “esta tribu”, es el odio racial o religioso, mientras que las de las otras, es el de las libertades sexuales, o de conocidas manifestaciones de base anarquistas, o que embanderan el antifascismo, el modo contestatario frente al conformismo o consumismo, etc. etc. etc., ninguna de las cuales está anatémizada por las convenciones internacionales y la legislación vigente como agravantes de los delitos comunes que pudieran cometer en su nombre o como delitos individuales por asociarse u organizarse para llevar adelante sus propuestas infundiéndole temor público.



Esto no es un asunto superficial o banal, sino de capital importancia. La descontextualización de cada uno de los hechos individuales les hace perder de sentido, no permite ver lo que está detrás.

Las cuestiones enunciadas anteriormente resultan meramente enunciativas de algunos de los planteos que han realizado las defensas, quienes han realizado un enorme esfuerzo en intentar desacreditar cada extremo de la sentencia. Si bien aquí, por cuestiones de brevedad, no enunciaré todos y cada uno de aquellos planteos, ellos fueron analizados por esta parte. En ningún caso los recurrentes han logrado demostrar cierta ilogicidad en lo decidido sino que reiteraron lo que ya había sido correctamente descartado. Por lo cual sus agravios deben ser rechazados.

El tribunal fundó acabadamente la participación y rol que ocupaba cada uno de los nombrados en los hechos. Si bien analizadas de forma aislada cada uno de los elementos de prueba podrían parecer (en algunos casos) insuficientes para determinar la participación de los imputados en los hechos, ellos deben ser analizados en forma conjunta y con parámetros lógicos.

Como sabemos, las presunciones e indicios son medios de prueba válidos para sustentar un juicio incriminatorio siempre y cuando su valoración conjunta permita formar la convicción necesaria de condena de acuerdo a la regla de la sana crítica racional. La Corte Suprema no sólo avala la valoración de indicios y presunciones, sino que fustiga su no aplicación por arbitrariedad cuando en la sentencia se *“ha omitido de manera evidente evaluar en conjunto las pruebas allegadas al sumario [...] por ello motivó la no merituación de indicios que pudieron ser decisivos para el resultado del pleito”* (CSJN Fallos: 306:1095 y 1785). Así, la condena se encuentra basada en importante plexo probatorio y los agravios no dejan de ser una manifiesta disconformidad del recurrente con el mérito que se hizo de ella en la sentencia, sin demostración de arbitrariedad.

7. Agravio referido al monto de la pena.

Sin perjuicio de que el fiscal no haya coincidido con el monto punitivo de las querellas, porque descartó la existencia de varias calificaciones y solicitó la absolución por varios hechos, lo concreto es que dentro de todo lo que

se consideró probado y cómo fue calificado, así como la culpabilidad de los autores en ellos, las penas individualizadas no aparecen como irrazonables o desprovistas de todo fundamento. Entiendo que este agravio también debe ser descartado.

V.

Por todo lo expuesto, solicito se rechacen los recursos de casación interpuestos por las defensas.

Fiscalía N° 4, 11 de septiembre de 2018.