

Comercialización Rechazo Excepción De Atipicidad Requerimiento De Elevación A Juicio

JURISPRUDENCIA

Comercialización. Rechazo. Excepción de atipicidad. Requerimiento

de elevación a juicio Se confirma el rechazo del planteo de excepción de atipicidad deducida en el marco de una investigación iniciada por la comercialización de artículos con la simbología nazi por parte del encartado, pues la operatividad del instituto de excepción se restringe a aquellos casos en los que la atipicidad o la inexistencia de un hecho penalmente relevante aparezcan en forma patente, palmaria o manifiesta, lo que no ocurre en la especie. Ciudad de Buenos Aires, 1 de agosto de 2018 Sergio Delgado dijo: Y vistos: Motiva la intervención de este tribunal los recursos de apelación presentados por el Dr. José Francisco Jáuregui, letrado defensor del señor D. J. P., contra el punto I y II de la resolución dictada con fecha 18 de abril de 2018, en cuanto resolvió: ?I. No hacer lugar al planteo de nulidad del procedimiento que originó esta causa. II. No hacer lugar al planteo de excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad?. Según los argumentos del Dr. Jáuregui, la resolución en crisis es arbitraria, afectando gravemente garantías de índole constitucional, causando un gravamen irreparable a su defendido. Solicito la atipicidad de lo articulado y basó sus argumentos en la falta de fundamentos legales y probatorios del allanamiento realizado en el local de su defendido, asimismo requirió revocar la resolución cuestionada, haciendo lugar a la excepción de nulidad articulada, disponiendo el sobreseimiento del Sr. D. P. (fs. 277/293). El Sr. titular de la Fiscalía de Cámara Oeste, Dr. Martín Lapadú, contestó la vista corrida, proponiendo la inadmisibilidad de la apelación intentada. El Sr. fiscal expresó razones de hecho y derecho que lo llevaron a afirmar que los argumentos brindados por el juez de grado cuentan con la debida fundamentación y solidez, por lo que corresponde homologar su criterio (fs. 303/307). A fs. 310/317 el Dr. José Francisco Jáuregui, defensor del señor D. J. P., mantuvo el recurso de apelación presentado y mejoró sus fundamentos. Expresó que el delito que se le pretende endosar a su defendido resulta atípico, y agregó que su conducta se sitúa en los opuestos de aquella que describe y reprime el tipo penal contemplado en el art. 3° de la ley 23.592, por lo que continuar con esta imputación implicaría una clara violación al principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional. A fs. 318 pasan los autos a resolver. Primera cuestión: Los recursos en examen fueron presentados por quien se encuentra legitimado, en debido tiempo y forma. Ambos se encuentran dirigidos contra una resolución cuya apelación se encuentra expresamente regulada por el art. 198 del CPPCABA. Asimismo he sostenido en reiteradas oportunidades que las decisiones que rechazan o admiten un planteo de nulidad generan un gravamen de imposible reparación ulterior en los términos del art. 279 CPPCABA, ya que no existe otra oportunidad procesal útil para que sea planteado de modo eficaz (Causas n° 56667-00- CC/09 ?Mazzetti Mariano Agustín s/art. 1 LN 13.944?, resuelta el 9/6/11; N° 25125-00-CC/11 ?Rasetti Montado, Jorge s/ inf. art. 149 bis CP?, resuelta el 8/11/11; N° 55918-02-CC/10 ?Incidente de apelación en autos Cisneros, Sebastián Ezequiel s/ inf. art. 183 CP?, resuelta el 21/11/11; todas ellas del registro de la Sala I). En virtud de lo señalado corresponde admitir formalmente los recursos de apelación obrantes a fs. 277/282 y 283/293. Segunda cuestión: El art. 3° de la ley 23.592 reprime a quienes participan en una organización o realizan propaganda basada en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. La conducta aquí reprochada consiste en haber tenido en exhibición para su venta distintos artículos comunes entre los militares durante la segunda guerra mundial (1939-1945) tales como estandartes nazis, cascos y birretes, medallas, armas, bajilla, etc. con escudos que reproducen la esvástica empleada por el régimen nacional socialista instaurado en Alemania durante la primera mitad del S. XX, y otras agrupaciones afines. La tenencia de dicho material no se encuentra prohibida por la ley. Tampoco su comercialización. Lo que la ley prohíbe es realizar propaganda de determinadas ideas o teorías con la finalidad de promover discriminaciones con fundamento en origen racial, ideológico o religioso. Se ha dicho: ?... la capacidad -para alentar o incitar a la persecución o al odio- debe ser merituada (SIC) en cada caso concreto, debiéndose prestar particular atención a las circunstancias de modo y lugar en que la conducta es desplegada, a fin de poder asegurar que con ella se ha creado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley intenta prevenir? (CNFed. Crim. y Correc. Sala I, causa ?M., R.?, rta. el 01/03/06; citado por D'Alessio- Divito (coord.) en Código Penal de La Nación. Comentado y anotado, p. 996 y ss.). En nuestro caso, la mera exhibición para su venta no importa propaganda en los términos exigidos por el artículo 3 de la ley 23.592. Como tampoco lo importa la exhibición de estas piezas por su interés histórico en un museo de la Segunda Guerra Mundial. He podido ver artículos análogos, entre otros muchos museos temáticos, en el Museo de Armas de la Nación, en el cual también existe hoy un artículo en exhibición que luce la cruz esvástica en alusión al nefasto régimen que azotó el mundo y que fuera ya aludido. Pero ello, en mi opinión, y en estas circunstancias, no es

delito. Corresponde, por ello, hacer lugar al recurso y declarar la atipicidad de la conducta imputada en estos actuados a tenor de lo normado en el art. 3° de la ley n° 23.592. La solución que propongo, entiendo, torna abstracto el expedirme sobre el restante agravio introducido, en relación a la validez del allanamiento practicado en esta investigación penal preparatoria. Es mi voto.

El Dr. Jorge Atilio Franza dijo: PRIMERA CUESTIÓN: ADMISIBILIDAD Adhiero al análisis de admisibilidad efectuado por mi distinguido colega preopinante, el Dr. Sergio Delgado. SEGUNDA CUESTIÓN: EXCEPCIÓN DE ATIPICIDAD Del requerimiento de juicio formulado por el Fiscal de grado (obrante a fs. 220/227vta.) se atribuye a D. J. P. el hecho verificado el 29 de junio de 2017 en el local n° 3, denominado "Militaria J. B. de Molay" -Antigüedades Militares del Mundo- de la Galería "La Inmaculada Concepción" sita en la calle Defensa 845 de esta ciudad, en el cual, se estaban comercializando los siguientes artículos, entre otros: cinco (5) gorras, cuatro (4) cascos, un (1) birrete, dos (2) cuchillos, cinco (5) dagas, cinco (5) hebillas, cincuenta y tres (53) medallas y un (1) lienzo de 5 x 10 cm aproximadamente, todos ellos con simbología vinculada al régimen nazi imperante en Alemania durante el denominado III Reich. El Fiscal de primera instancia calificó este hecho como constitutivo del delito previsto en el segundo párrafo del art. 3 de la Ley Nacional n° 23.592, pues dicha puesta en venta implica alentar el odio y la persecución contra grupos de personas que profesen la religión judía. La defensa de D. J. P. entiende que la conducta atribuida al mismo resultaría atípica atento a la falta de dolo en la misma. En estos términos, expuso que "La propia fiscalía señala una actitud culposa o de dolo eventual, pues se consigna que mi asistido 'debería haber sabido'. Reconoce así la falta de dolo por parte de mi defendido, quien además había tapado con stickers los símbolos nazis." (conf. fs. 270vta.). Ahora bien, la cuestión traída a estudio por el recurrente requiere para su dilucidación de la producción de prueba, por lo que tomando en cuenta que el art. 195, inc. c del CPPCABA, expresa que la excepción invocada por la defensa se basa en un "manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad (...) respecto de la conducta descrita en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio", el hecho por el cual el fiscal lleva adelante el proceso debería resultar palmariamente atípico para que sea viable hacer lugar a la excepción, lo cual no ocurre en el caso. Así, en reiteradas ocasiones me he expedido en el sentido de que la operatividad del instituto de excepción se restringe a aquellos casos en los que la atipicidad o la inexistencia de un hecho penalmente relevante aparezcan en forma patente, palmaria o manifiesta. En la hipótesis de autos no se satisfacen tales extremos, pues existen hechos controvertidos sujetos a prueba que deberán ser evaluados en la oportunidad de celebrarse el juicio oral y público. Considero que la oportunidad para efectuar un estudio profundo de las circunstancias controvertidas que hacen a la tipicidad de la conducta, y que se deben esclarecer mediante la producción de la prueba ofrecida por las partes, es la etapa de juicio, ocasión en la que el juez que intervenga se encontrará en condiciones de resolver las cuestiones planteadas por las partes a través de los principios de inmediación y contradicción, propios del sistema acusatorio. En estos términos, asiste razón al Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Martín Lapadú, en cuanto sostiene que "...la discusión sobre cuestiones de hecho vinculadas al contexto en cuyo marco se habrían realizado la conducta reprochada sin dudas acrecienta la controversia sobre la realidad de los episodios, y en mi opinión no hace más que justificar la habilitación de la etapa procesal subsiguiente." (conf. fs. 306). Teniendo en cuenta lo reseñado, entiendo que corresponde confirmar el rechazo del planteo de atipicidad efectuado por el recurrente. TERCERA CUESTIÓN: NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO POLICIAL Por otra parte, el recurrente también se agravia del rechazo al planteo de nulidad del procedimiento policial. Así, entiende que el allanamiento llevado a cabo el 29/06/2017 no cumplió con las exigencias legales ya que fue desarrollado sin la debida orden judicial. En dichos términos, expresó que "El ingreso de la policía a un ámbito en el cual su titular goza de una expectativa razonable de privacidad (CN, arts. 18 y 19) constituye una medida de coerción o de injerencia, en tanto supone una afectación directa a un derecho (privacidad) y a la garantía consagrada para resguardarlo (inviolabilidad de domicilio). Circunstancia que claramente se verifica en la verdadera invasión que se hizo al local de mi defendido sin orden de allanamiento." (conf. fs. 280). Ahora bien, es dable recordar que la nulidad -conforme reiterada jurisprudencia de este tribunal- resulta una medida extrema y excepcional, que jamás podría ser declarada en sólo beneficio de la ley, sino únicamente cuando exista un perjuicio efectivo o una lesión constitucional verificada en el caso concreto; de lo contrario, tal pronunciamiento devendría un excesivo rigorismo formal: una nulidad por la nulidad misma. En igual sentido se ha pronunciado nuestro Máximo Tribunal local al afirmar que "...en materia de nulidades rige el principio de trascendencia que impide declarar la nulidad por la nulidad misma; trascendencia que sólo se verifica -a diferencia de lo que sucede en autos- cuando quien recurre alega la necesidad de que se repare un perjuicio que haya colocado a quien lo denuncia en un estado real de indefensión o bien que le haya privado de ejercer una defensa concreta."(1). A su vez, en la misma línea, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener: la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (CSJN, Fallos 295:961; 298:312; 311:237, entre otros). En el mismo tenor se expidió el Magistrado de grado al señalar que "...prima el principio de trascendencia de los actos procesales e interpretación restrictiva de las nulidades, ya que debe mediar un perjuicio o agravio de tal

magnitud que viole las garantías y derechos del debido proceso y defensa en juicio en el marco del proceso penal, circunstancia que, desde ya anticipo, no se advierte en el presente caso.? (conf. fs. 275). Asimismo, tuvo presente que el local allanado ?...está sujeto al ejercicio del control de poder de policía por la autoridad competente, ya que si bien se trata de un lugar privado, es de ?acceso público', en tanto y en cuanto el imputado desempeña una actividad lucrativa que habilita la fiscalización y control sin necesidad de orden judicial. En consecuencia, no es menester contar con orden judicial, habida cuenta que, además, en el marco del operativo se dio inmediata intervención al fiscal en turno quien, de forma inmediata, dispuso la orden de secuestro de los artículos exhibidos en el local, disponiendo el labrado de las actas pertinentes para asegurar los efectos y la prueba del delito.? (conf. fs. 275). Así las cosas, al tratarse de un local a la calle, sujeto al poder de policía del Estado, resulta innecesario requerir una orden judicial para que la autoridad preventora pueda acceder al mismo. En estos términos asiste razón al Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Martín Lapadú, al sostener que ?...las particularidades que hacen al caso se presentan como fundadas y razonables para llevar a cabo las diligencias que se cuestionan, pues como bien apuntó el Dr. Ariza Clerici la locación involucrada sirve de asiento a una actividad comercial que, como tal, se somete a la fiscalización de la administración pública -en el caso el GCBA-. Y desde hontanar, toda vez que el ingreso al inmueble se encuentra amparado en dicho poder de policía, es claro que los funcionarios policiales no hicieron más que actuar conforme a la ley.? (conf. fs. 304vta./305) y que ?De este modo el actuar policial se ajustó a los parámetros legales, en tanto los elementos de juicio incorporados indican la existencia de motivos suficientes, de la urgencia necesaria para practicar la medida y de la consulta inmediata con la Fiscalía de turno; quedando de manifiesto que desde su génesis el procedimiento estuvo todo el tiempo sometido a un estricto control de legalidad.? (conf. fs. 305vta.). En efecto, conforme surge del acta circunstanciada labrada el 29 de junio de 2017 a las 13.30 hs, en ocasión de llevarse a cabo el procedimiento aquí tildado de nulo por la defensa, se observa que una vez que el personal preventor visualizó que dentro del local N° 3 de la Galería ?La Inmaculada Concepción? -ubicada en la calle Defensa 845 de esta Ciudad-, denominado ?Militaria J. B. de Molay? -Antigüedades Militares del Mundo-, se exhibían a la venta pública objetos con simbología del Régimen Nazi, procedió a realizar consulta con el Dr. Brunet, a cargo de la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas N° 22, el cual dispuso: ?1) Proceder al secuestro del material exhibido ut supra, en infracción a la Ley 23.592; 2) Identificar al encargado del puesto y posterior notificación de su presentación en calidad de imputado en la Sede del Magistrado interventor....; 3) Proceder al cierre y clausura del puesto en cuestión...? (conf. fs. 2). Asimismo, téngase presente que la audiencia de intimación de los hechos, prevista en el art. 161 del CPPCABA, se llevó a cabo 24 hs luego del procedimiento policial, es decir el 30 de junio a las 14 hs. (conf. fs. 79), con lo que el Fiscal de grado actuó con la celeridad requerida por la ley a fin de no vulnerar el derecho de defensa del encausado. En definitiva, por los motivos esbozados, entiendo que debe confirmarse lo dispuesto por el a quo en tanto rechazó el pedido de nulidad del procedimiento formulado por la defensa. Por las razones invocadas en los párrafos que conforman este voto, propongo al acuerdo: I) NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa particular de D. J. P.- a fs. 277/293-; II) CONFIRMAR la resolución del Juez de grado del 18 de abril del corriente, obrante a fs. 270/276, en todo cuanto fuera materia de agravio; y III) TENER PRESENTES las reservas efectuadas. Así voto. El Dr. Marcelo Pablo Vázquez dijo: 1. Luego de estudiar detenidamente las constancias del presente legajo, tanto respecto a la actuación de la División de Investigaciones Discriminatorias de la Policía Federal como elocuentes opiniones periciales obtenidas durante la investigación preparatoria, concuerdo en el presente caso, por los motivos que seguidamente expondré, con la solución que propicia en su voto el Juez Franza respecto de ambos puntos dispositivos de la resolución dictada por el Juez de Grado. 2. Entiendo, tal como lo hace el voto que antecede, que el planteo de nulidad del procedimiento que condujo al secuestro de la importante cantidad y especial peculiaridad de los símbolos cuya difusión, a partir de la exhibición para el comercio, que resulta objeto de reproche ha sido correctamente rechazado. Adviértase que para arribar a tal conclusión, el Magistrado de Grado consideró que el principio constitucional que consagra la inviolabilidad del domicilio no se extiende a los locales comerciales de acceso público donde se desempeña una actividad lucrativa sujeta a la fiscalización y control estatal. En tal sentido, es criterio del Tribunal que naturalmente integro, sentado hace más de una década, que ?resulta absurdo requerir una orden judicial para ingresar a lugares sometidos al uso y dominio público, por lo que las instalaciones de un club no se encuentran amparadas por la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, salvo si la inspección se proyecta sobre sitios destinados a la intimidad de un sujeto o de acceso vedado a particulares; si la entrada no se restringe al acceso de terceros, ni siquiera se necesita el aviso previo -art. 226, párr. 2do. CPPN- (CF San Martín, Sala I, L.L., del 20/9/93, f. 91.610). Ello así porque el allanamiento, desde el punto de vista del proceso penal, consiste en el franqueamiento compulsivo de los lugares privados (D.J., 1993-3, p. 216, f. 14.605)? (del voto de mi colega Elizabeth A. Marum en el precedente ?Martínez, Alfredo Luis, Masero, Néstor Lucio y otros s/ Ley 255 - Apelación- ?, n° 1394-00/CC/2003 del 19/4/2004). En el recurso la defensa particular propone un criterio opuesto sustentado en un precedente de una de las Salas de esta Cámara que, al ser revisado por el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad, fue caracterizado como ?descalificable pues conduce a desnaturalizar el ámbito de protección, contenido y alcance de la garantía constitucional que tutela la

inviolabilidad del domicilio (según los arts. 18 y 75.22, CN, 13.8, CCABA, 9, DADDH, 17.1, PIDCyP, y 11.2, CADH); y al mismo tiempo significa desechar o desconocer, injustificadamente, las funciones propias e inherentes de los inspectores que dependen del GCBA y de los integrantes del CIJ, dependientes del MPF, en ese tipo de procedimientos en el marco de sus respectivas incumbencias. Es preciso indicar inicialmente que para el ejercicio de toda actividad comercial o industrial en el ejido de la Ciudad de Buenos Aires, deberá solicitarse [una] habilitación o permiso municipal según corresponda? (de conformidad con lo estipulado en el art. 1.1.1 del Código de Habilitaciones y Verificaciones de la CABA); y que las actividades sujetas a habilitación o permiso se ajustarán a las normas de los Códigos de Planeamiento Urbano, de la Edificación (...) y [de las] demás reglamentaciones? (art. 1.1.3, ibídem).? Evidentemente todo aquel que decida ejercer una actividad comercial o industrial, aun cuando lo haga en un inmueble que no esté exclusivamente destinado a dicha actividad, debe dar fiel cumplimiento al conjunto de reglas constitucionales, legales y reglamentarias de la CABA que se vinculen con la actividad que allí se ejerce total o parcialmente; actividad respecto de la cual varios organismos públicos de la Ciudad ejercen invariablemente el poder de policía para comprobar que todas aquellas reglas sean observadas (art. 104, incisos 11 y 21, CCABA)?. (Expte nro. 11806/15 ?Ministerio Público s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ?Legajo de juicio en autos Pouso, Aldo Francisco s/art. 54 CC? -voto de la Dra. Ana María Conde-, rta. el 23/5/2016-, criterio adoptado por el Tribunal que naturalmente integro en reiteradas oportunidades, v.gr.: ?Pérez, Miguel Cayetano s/ art. 73, ley 1472?, n° 19040/2017 del 22/5/2018, entre otros). Desde este punto de vista concluyo mi decisión respecto a esta cuestión.

3. En torno al rechazo del planteo de excepción de atipicidad por la pretendida atipicidad manifiesta delito, entiendo que también existió un correcto rechazo, pues la muy delicada cuestión que encierran los denominados ?delitos de odio? reclama un debate minucioso, con la mayor amplitud de discusión y prueba posible. Tal circunstancia debe tener lugar en un lugar democrático por excelencia como es la audiencia de juicio. En relación a los delitos así caracterizados, la Corte Suprema de Estados Unidos desarrolló la doctrina conocida con el nombre de ?fighting words?, según la cual, ciertas expresiones -debido a su carácter grosero u ofensivo- no merecen la protección de la Primer Enmienda de la Constitución de ese País que consagra el derecho a la libre expresión, pues son de ?escaso valor? en tanto no contribuyen significativamente al debate público de ideas, o bien, porque aquellas tienden a producir una reacción violenta en el oyente promedio y, de tal forma, provocar una perturbación del orden público. La doctrina de las fighting words -siguen los autores- lleva una presunción acerca de cómo una persona razonable reaccionaría y no de cómo reaccionaría el destinatario real. Así, en el precedente ?R.A.V. v. City of St. Paul?, la Corte Suprema estadounidense fundó la exclusión de las fighting words de la protección constitucional no porque su contenido comunique alguna idea, sino porque su contenido conlleva una forma particularmente intolerable (y socialmente innecesaria) de expresión, cualquiera sea la idea que el orador desee expresar (Bianchi, Enrique T. y Gullco, Hernán V., ?El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros?, 2ª edición ampliada y actualizada, Librería Editora Platense, La Plata, 2009). Estas reflexiones me inclinan en principio por votar en la inteligencia que vengo apuntando, a lo que debe agregarse que: La cuestión, tal como viene planteada, transita principalmente por extremos fácticos vinculados al aspecto subjetivo de la conducta que se reprocha. En principio no se advierte que el recurrente cuestione la capacidad significativa de aquello que ofrece al mercado. P. reconoce el desprecio moral absoluto que merece la connotación que naturalmente provocan los objetos puntuales que sin embargo decide ofrecer a la venta. En primera presentación lo califica propios de ?una cofradía demencial? que adora a uno de los personajes más nefastos de la historia (fs. 95/9). Naturalmente comparto esta opinión, y así lo expuse en ocasión de revisar sentencias definitivas dictadas luego de un amplio debate oral, tanto en la instancia propia de la audiencia juicio como en las desarrolladas ante esta instancia. En esa inteligencia debo recordar, disipando cualquier opinión apresurada que suelen provocar las delicadas cuestiones propias de los denominados ?discursos del odio?, que hace más de 8 años subraye, con la elocuencia que encontré a mi alcance y refiriéndome exclusivamente a la ostentación de una cruz una esvástica, que ?[e]s indiscutible que ese símbolo remite al régimen nazi que exterminó a miles de personas, en su mayoría judías; por tanto, su exhibición remite a ese período dramático de la historia.? (leer el voto conjunto que emití con la Dra. Elizabeth A. Marum en el precedente ?Saboulard, Rubén Oscar s/ infracción art. 3 Ley 23592?, n° 15199-00-CC/09 del 16/7/2010, del registro de la Sala I de esta Cámara que naturalmente integro). En dicho precedente señalé que ?si las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se exhibe suponen un repudio a su significación y, en paralelo, a las conductas presentes que se quieren identificar con ese pasado oprobioso, no se verifica la conducta prohibida de justificar, promocionar, alentar y/o incitar a la persecución racial?. Es claro que de adverso, sí. Todo lo contrario a lo que aquellas propuestas de odio fueron capaces de concebir, en las sociedades democráticas resulta saludable que estas cuestiones se ventilen en el marco de una audiencia pública, abierta a todos los ciudadanos. Ello ocurre con el significado que entraña la conducta de ofrecer a la venta los elementos puntualmente secuestrados en este proceso cuya connotación objetiva, insisto, no parece estar controvertida sino en cambio la prudencia, la discreción o incluso la torpeza con que son ofrecidos (advirtase que una de las argumentaciones de la defensa, por cierto fáctica, consiste en señalar que los símbolos moralmente despreciables y potencialmente delictuales ?fue

tapada con un sticker? que se habrían perdido en la cadena de custodia). En definitiva la particularidad de los elementos cuya oferta al público en general se cuestiona en el presente caso me conduce a reiterar que la capacidad para alentar o incitar a la persecución o al odio debe ser merituada en cada caso concreto, debiéndose prestar atención a las circunstancias de modo y lugar en que la conducta es desplegada a fin de poder asegurar que con ella se ha acreditado el peligro de que se produzcan las consecuencias que la ley intenta prevenir? (del precedente ?Saboulard, Rubén Oscar s/ infracción art. 3 Ley 23592?, que vengo citando). Advértase que el voto al que adhiero describe adecuadamente el hecho objetivo que resulta materia de acusación, es decir la comercialización de una muy importante cantidad de parafernalia nazi como gorras, cascos, birretes, cuchillos, dagas, hebillas, lienzos y una importante cantidad de medallas condecorativas y conmemorativas de aquella época del horror. Pero es necesario añadir, para comprender los alcances de mi voto, que los elementos cuya comercialización se reprocha, no son meras reproducciones o baratijas que algún trasnochado pudo confeccionar en su incomprensible afán por evocar y reivindicar el holocausto judío. Se trata en cambio de objetos originales o parcialmente originales, verdaderos íconos de culto, aunque pueden serlo tanto para un coleccionista abocado a las guerras mundiales que atesora todo lo vinculado a las distintas desgracias bélicas producidas a lo largo de la historia como para grupos Nazis, solo que estos últimos a fin de rendirle culto al nazismo. En tal sentido es suficiente con leer alguna de las opiniones periciales, producidas durante la investigación, donde se detalla el significado que poseían durante la vigencia del régimen nazi y hasta qué punto resultaban parte del combustible simbólico que constituyó el fundamento de la masacre.

Me detengo especialmente en la opinión de la antropóloga social, Magister en Sociología de la Cultura y Análisis cultural y licenciada en museología Serafina Perri (fs. 129/42). A partir del análisis de los íconos en cuestión conocemos la existencia de cosas tales como: Cruces de honor de madre alemana, que se entregaban a las madres arias de más de cuatro hijos, y bañadas en oro a las que tenían ocho o más; hebillas de cinturones que portaban los integrantes de las juventudes hitlerianas, respecto de las cuales la pericia refiere los esfuerzos -delezables por cierto- que era necesario realizar para ser ?merecedores? de ellas; las diversas insignias de tropas de asalto, paracaidistas, telegrafistas o mecánicos de avión, artilleros, del ejército o de la fuerza naval; las cruces de hierro, los ?pines?, botones y emblemas del ejército, las condecoraciones de aquello que en ese régimen se consideraba virtuoso; las dagas con sus respectivas empuñaduras, utilizadas por las tropas de asalto, las tropas motorizadas, de las fuerzas aéreas o marinas; las bayonetas y cuchillos de las juventudes hitlerianas, entre otros elementos, dan cuenta de una liturgia de sangre que despreciaba la significación del ser humano y su dignidad. En este contexto, sostuve en mis precedentes que el segundo párrafo del art. 3 de la ley 23.592 tipifica la figura penal, conocida como ?incitación a la discriminación? y pune a quienes por cualquier medio alienten o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. La acción típica consiste en alentar o incitar a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas. Se sostiene que se trata de un delito doloso, en el que el dolo abarca, por un lado, el conocimiento de que se está alentando o incitando a la persecución u odio contra ese grupo de personas y por los motivos aludidos y, por otro, la voluntad de hacerlo. Así, a la luz del hecho puntualmente atribuido, la norma cuya infracción se reprocha y los descargos por parte del imputado, no se termina de comprender en definitiva, en el escueto marco propio de estas incidencias, si con estas ofrendas al comercio se persigue mantener viva la llama de aquella perversión o, en cambio, preservar la memoria de lo que fue capaz de hacer aquél fenómeno social y político, del que incluso damos cuenta de recientes cicatrices, impunes por cierto. El esfuerzo por comprender la posible neutralidad histórica y, en todo caso, los recaudos que tal circunstancia reclamaría es aquello que debe ser objeto de debate y prueba. Debo dejar en claro también que las ofensas capaces de provocar los discursos del odio exceden incluso al colectivo puntualmente denostado pues en definitiva la comunidad democrática implica algo más que una mera suma de la diversidad social, religiosa, racial o de género que la componen, se trata en cambio de la constante y difícil apuesta a un proyecto común. En tal sentido, es muy curiosa la actividad probatoria de convocar testigos de concepto que profesen tal o cual religión, que en definitiva no deja de entrañar la necesidad de un análisis fáctico, ajeno al ámbito de esta especie de incidencias. Es necesario pues ante símbolos, como los del caso en particular, que evocan ostentosamente el exterminio o sufrimiento de extensos grupos humanos oponer las propuestas que logramos conseguir las sociedades democráticas. Los crímenes de lesa humanidad, la persecución y matanza de grupos religiosos -cualquiera que se trate- agravian a cualquier persona, no solo a los directamente afectados; de modo que lo fundamental es definir en defensa de toda la humanidad si los hechos encuadran en las precisiones de la ley 23.592 o, por el contrario, siendo parte de la historia más oscura, la difusión que puede generar la preservación, conmemoración y o exhibición de objetos históricos vinculados con esas circunstancias son conductas lícitas amparadas por la libertad de expresión. En este último sentido, más aún en estos casos particulares, [l]a administración de justicia cumple una función eminente en la pacificación de la sociedad. Toda sociedad debe lidiar, para bien o para mal, con su conflictividad (...). Las formas cumplen en esta audiencia una función de pacificación porque no ocultan a los protagonistas, no desplazan los conflictos, solo logra que la violencia sea palabras, argumentaciones, debates, presencia controlada y admitida. De esta manera, a través de la

generación de un ámbito de comunicación se logra un lugar de pacificación y tolerancia? (Alberto M. Binder, Elogio de la audiencia oral y pública, La implementación de la nueva justicia adversarial, CABA, Ad- Hoc, 2012, pág. 217/34). ¿La Audiencia oral e, inclusive, es espacio físico de la sala de audiencias cumplen un papel simbólico directamente vinculado con las funciones de gobierno de la administración de justicia. Ya no se trata sólo de pacificación... sino también de tolerancia y de cultura de la legalidad (...). Una cultura ratifica sus valores o los cambia de la mano de los modos de resolver sus conflictos. La audiencia oral como herramienta principal de la administración de justicia es la gran fábrica social de la cultura de la tolerancia y de la legalidad. No es casual que el núcleo central de los derechos fundamentales, aquellos que han servido para delinear con precisión el concepto mismo de la dignidad humana, tengan relación con los modos como los ciudadanos han sido tratados por los ciudadanos? (Alberto Binder, en la obra que venimos citando). En definitiva, las cuestiones vinculadas con la supuesta ausencia del elemento subjetivo requerido por el tipo penal debe ser considerada según hechos exteriores aprehensibles por los sentidos, e inferirse del modo concreto en que el autor condujo su acción efectivamente. Será entonces la audiencia de debate la oportunidad procesal en la que las cuestiones de hecho y prueba deberán confrontarse. Convencido entonces de que la cuestión traía a estudio es precisamente propia de ese ámbito democrático, es que adhiero también en este punto a la solución que propicia el voto que antecede. En atención a lo expuesto, el Tribunal, por mayoría RESUELVE: I) NO HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa particular de D. J. P.- a fs. 277/293. II) CONFIRMAR la resolución del Juez de grado del 18 de abril del corriente, obrante a fs. 270/276, en todo cuanto fuera materia de agravio. III) TENER PRESENTES las reservas efectuadas. Regístrese, notifíquese a las partes y oportunamente, remítase al juzgado de origen. En //2018 se remitieron las actuaciones a la Fiscalía de Cámara a los efectos de notificar la resolución dictada en autos. Conste. Correlaciones: L. O. P., Blog s/art. 23592:3 organización/propaganda discriminatoria - LN 23592 (penalización de actos discriminatorios) - Cita digital IUSJU016212E Nota: (1) Expte n° 9677/13 ¿Agüero, Ada Martha s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ¿Miguez, Norberto Oscar s/ infr. art. 1 LN 13.944, apelación?, voto de la Jueza Ana María Conde, rta. el 14 de mayo de 2014. 032598E