

“PRESTOFELIPPO EDUARDO MIGUEL s-INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS S/ RECURSO DE CASACIÓN” - Expte. N° 2183/24.- SENTENCIA N° 02

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los **doce** días del mes de **febrero** de **dos mil veinticinco**, se reunieron quienes componen la Cámara de Casación de Paraná, a saber: Dras. **MARCELA BADANO** y **MARCELA DAVITE**, y Dr. **GUSTAVO PIMENTEL**, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa caratulada **“PRESTOFELIPPO EDUARDO MIGUEL s-INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS S/ RECURSO DE CASACIÓN” -Expte. N° 2183/24.-**

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Dres. **BADANO-DAVITE- PIMENTEL.**

La Sra. Vocal, Dra. MARCELA BADANO dijo:

I- Por resolución de fecha 21/05/2024 (obrante a fs. 41-59 vta.), el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná (integrado unipersonalmente en la oportunidad por el Dr. Santiago Nicolás Brugo) resolvió: **ABSOLVER de CULPA y CARGO** al imputado EDUARDO MIGUEL PRESTOFELIPPO, ya filiado, por el hecho que fuera traído a debate, oportunamente calificado como INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS art. 209 del Código Penal.

Se había imputado al encartado, el siguiente hecho: *"Haber incitado, a través del documento audiovisual subido al Canal de la red social Youtube y estrenado el día 02/05/2020 que se titula "Violadores y asesinos LIBRES, ¿donde están las "feministas"? Interna K", a los trabajadores municipales a que vayan a la casa del intendente de la Municipalidad de la ciudad de Paraná, Adán Humberto Bahl y le prendan fuego con la familia adentro".*

II- Recurrió en Casación, como representante del MPF, el Dr. Juan Francisco Ramírez Montrull.

En su escrito recursivo, manifestó que el vocal había realizado un análisis fragmentario y sesgado de la prueba producida, que condujo al arbitrario fallo desincriminatorio. Agregó que el pronunciamiento recurrido

no constituía una derivación razonada del derecho vigente, con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

El juzgador resolvió absolver al imputado por considerar que con su obrar no afectó el bien jurídico tutelado -orden público-, que no se configuró el tipo objetivo porque la instigación careció de seriedad, que el anuncio no era delictual, y que no se comprobó el dolo directo en cuanto al tipo subjetivo del delito de instigación a cometer delitos.

Señaló que el juzgador, al detallar las premisas que, según su entender la fiscalía debía probar, exigió situaciones que no exige el tipo penal del art. 209 del CP, y omitió valorar la prueba producida, conducente para la correcta solución del caso.

Según el recurrente, esos elementos del tipo penal exigidos por el juzgador fueron:

1) La ubicación del domicilio de BAML. Había cercanía del Sindicato de Trabajadores Municipales -Suoyem- con el domicilio de Bahl y la instigación fue dirigida a los trabajadores municipales que conocían, en ese ámbito, el domicilio del intendente.

2) La ubicación del domicilio del SINDICATO DE LOS TRABAJADORES MUNICIPALES (Suoyem). Este requisito tampoco tiene importancia para la configuración del tipo, ni para demostrar la menor o mayor gravedad del anuncio. Antoniow dijo -sobre la ubicación de Suoyem-: *“se encuentra a una o dos cuadras del domicilio de Bahl”*, a lo que se suma lo declarado por la propia víctima.

3) Que terceras personas hayan concurrido al domicilio del ex intendente BAML, con posterioridad a la viralización del video que lo llevó a formular la denuncia el día 2/5/2020. El tipo objetivo no requiere de RESULTADO alguno, se trata de un delito de peligro abstracto, y se consuma con la sola instigación, tal como está redactado en el art. 209. Al declarar los testigos fueron claros en expresar que luego del anuncio instigante se agravó la situación y hubo incidentes. Antoniow, ante una pregunta de la Fiscalía, respondió que: *“el informe fue por ese motivo pero después hubo otras cuestiones que iban porque estaban a dos cuadras del sindicato Municipal, otros hechos que iba gente que me llamaba Mendoza que la*

parada lo tomaba como normal". El testigo también indicó que se reforzó la seguridad en el domicilio de Bahl en virtud del incidente del 23 de abril de 2020, por la situación que se estaba viviendo, que consta en el informe de fecha 03/09/2020, que transcribió.

Apuntó que Sergio Mendoza, ante la pregunta de la Defensa acerca de si luego del incidente del 23 de abril hubo otros incidentes (1 hora 07 minutos del video de OGA del segundo día de audiencia) respondió que: "...Hubo varios incidentes, se apersonaron, iban por cuestiones sociales...".

Respecto del TIPO OBJETIVO, indicó que el bien jurídico tutelado es el orden público, lo que debe compatibilizarse con el tipo subjetivo del delito.

Citó a Martínez Buján Pérez en su obra *"Derecho penal económico y la empresa. Parte General"*: "...entre los partidarios de mantener el elemento volitivo hay coincidencia a la hora de entender que en los delitos de peligro dicho elementos posee una relevancia mucho menor que en los delitos de lesión, en virtud de lo cual puede observarse una significativa aproximación sobre el concepto de dolo de peligro entre quienes propugnan dicho enfoque (como aquí se hace) y quienes, por el contrario, parten de un enfoque puramente cognitivo. Indudablemente, la menor relevancia del elemento volitivo se explica por la mayor concreción del riesgo típico objetivo que presentan los delitos de peligro frente a los delitos de lesión...". En la misma obra -con cita a R. Montañes, 1994, pp. 134 sst y pp. 165 ss.- se parte de un concepto de dolo que exige un elemento volitivo, y ofrece la exposición más paradigmática al respecto, porque propone una caracterización del dolo en los delitos de peligro en la que atribuye al elemento volitivo un papel marginal en los delitos de peligro concreto (p. 168) y acaba por prescindir de él en los delitos de peligro abstracto (p.312)".

Señaló que el juez, al realizar el análisis sobre la falta de afectación al bien jurídico tutelado, no consideró que el solo hecho de que se haya reforzado la seguridad en el Concejo Deliberante, en el domicilio de Bahl, y se haya tenido que reorganizar su conducta para evitar el riesgo de sufrir algún daño el intendente o de su familia es una afectación a la seguridad colectiva en concreto. Se vio afectada la tranquilidad pública.

La instigación a cometer delitos es un tipo penal **compuesto** en cuanto protege el bien jurídico supraindividual "orden público", y el bien jurídico individual, en este caso, la libertad, la integridad física del intendente Bahl y su grupo familiar, como así también la propiedad, lo que permite distinguir también dos sujetos pasivos: la **generalidad indeterminada**, destinatarios de la instigación, del sujeto pasivo del delito que eventualmente cometa el instigado.

Señaló además, que al realizar el abordaje y análisis de los elementos del **tipo objetivo** del delito de Instigación a cometer delito, el juez dio por probado el hecho en cuanto a autoría material por parte del imputado y todos los elementos que estrictamente requiere el tipo penal.

Indicó que la idoneidad de la acción, el riesgo creado con la conducta, se evalúa ex ante, no en base a los resultados o datos surgidos ex post, el resultado depende del azar y no está incluido en el tipo en análisis.

Señaló que, arbitrariamente, y sin evaluar la prueba producida, el juez concluyó que la instigación careció de seriedad y que no se instigó a un delito determinado, por no ser claro en el anuncio.

Además, el juzgador consideró que se trataba de un discurso deleznable, como si fuera solamente una cuestión de orden moral.

Asimismo, el juzgador se limitó arbitrariamente, a evaluar el contexto en que el imputado realiza el anuncio, el análisis del video: que fue en un contexto de editorial política, que fue vehemente, y que profirió insultos, ante la sospecha de actos de corrupción del sujeto pasivo del delito.

Confundió el juzgador la idoneidad del medio utilizado para lograr la publicidad, con el contexto social que debe analizarse; cuando no debería evaluarse el contexto, sino su idoneidad para llegar a un grupo indeterminado de personas. El contexto que debe analizarse es el contexto social en el que es proferido.

Y señaló que el juzgador había concluido en la falta de seriedad de la instigación y le otorgó connotación positiva, o neutra, a las conductas atribuidas a Prestofelippo, y negativas, o neutras, a Bahl.

Es así que establece que Prestofelippo da un discurso de carácter político, apasionado, encendido y, que, por el contrario, Bahl genera

indignación y hartazgo, es beneficiario de una jubilación de privilegio, despide trabajadores municipales, etc.

Con aquello, dijo, intenta indirectamente restar gravedad al accionar de Prestofelippo. Y concluye arbitrariamente que: no se vio afectada la tranquilidad social porque nadie fue a la casa de Bahl a quemarla, por lo tanto la instigación no tuvo seriedad, ni entidad, ni se vio afectado el bien jurídico *orden público*.

El juzgador se basó en la respuesta de la víctima para descartar la afectación al orden público, que ni siquiera es abogado.

Apuntó, en contra de lo consignado por el juez, que el orden público, en tanto tranquilidad pública, ya se vió afectado desde el momento en que el intendente y su familia, tuvieron que reorganizarse; preocupación que acreditó Antoniow quien refirió que se reforzó la seguridad de distintos puntos de la ciudad.

El juzgador negó que el video haya tenido alguna repercusión en la tranquilidad social, cuando todos los testigos refieren lo contrario: que tuvo influencia el incidente del 23 de abril, pero que también, lo tuvo el video de Prestofelippo.

Apuntó a la declaración que prestó Mendoza, la que transcribió.

Enfatizó que el anuncio era de suficiente entidad y precisión como para lograr que un disgustado trabajador municipal, un "alunado" cualquiera, que se deje llevar por los impulsos, pueda llegar a la acción, y aquello era justamente lo que tutela el tipo penal, porque se realizó en contexto serio, en una situación institucional grave, atento a los despidos dispuesto y el enojo de los trabajadores municipales.

El juzgador también había tenido en cuenta que Prestofelippo pidió perdón y, de esa forma, descartó la configuración del **elemento subjetivo del tipo penal**, pero esa conclusión luce contraria a la prueba producida en el debate.

Refirió que, como había precisado en los alegatos finales, el **delito de amenazas** integraba el tipo de instigación a cometer delito, en un concurso aparente. Bahl dijo claramente que se sintió amenazado y que la figura requiere los elementos de anuncio de un mal, serio y grave que requiere

este tipo.

Sobre la Gobernabilidad del daño, indicó que no requiere, como erróneamente se considera en la sentencia, que el que haga el anuncio intimidante sea quien lleva adelante o domine exclusivamente la acción anunciada, sino que, por el contrario, se configura cuando el anunciante influye directamente con la instigación en que el mal pueda producirse, y citó a Breglia Arias y Omar R. Gauna; y a Creus.

Resaltó que reunía la acción la seriedad requerida por el tipo penal y surgía claro que era posible que se realice el mal anunciado, y así lo entendió el sujeto pasivo.

Dijo que tampoco se vio afectado el principio de congruencia porque no fue sorpresivo, la conducta está incluida en el hecho imputado, y se trata de un concurso aparente, donde toda la conducta típica de las **amenazas** se encuentra absorbida por la instigación.

Opinó que el perdón debería ser interpretado como un agravante, ya que el imputado mantuvo el contenido provocador y dió más precisiones en cuanto a la fecha que se realizaría la convocatoria para quemar la casa del intendente. Aclaró dieciséis horas después: "*FE DE ERRATAS: Los trabajadores municipales de Paraná se movilizarán el 7 de mayo (en el informe dije "7 de abril")*".

Agregó que el hecho de que se trate de un discurso *político* no le da inmunidad, y la vehemencia no justifica ni excusa la acción.

Dijo que la cita del precedente "Bonafini, Hebe", no era atinada, y que el juzgador omitió transcribir del mismo precedente -reemplazándolo por puntos suspensivos-: "Corresponde decretar el sobreseimiento, en orden a los delitos previstos por los arts. 209 y 212 del código Penal, respecto de quien en el marco de una protesta social alentaba a sus compañeros a destruir instituciones públicas –en el caso comisarías y tribunales-, dado que tales expresiones constituyen una demostración de discurso político y de prédica ideológica, en las que no se especifica cómo, dónde ni cuándo deberían llevarse a cabo la acción promovida..."; y en los otros fallos se dispone la absolución por cuestiones probatorias diferentes al hecho aquí juzgado.

Y sobre el Legajo de OGA N° 23194 caratulado "PALACIOS FLORIANA BERENICE S/ INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS DENUNCIANTE RODRÍGUEZ SIGNES JULIO CÉSAR", dijo que se trató de un conocimiento extraprocesal del Juez no siendo planteado en el debate, y fue abordado en forma incompleta, parcial, exponiendo las diferencias con aquel caso.

Se observa, concluyó el fiscal, una errónea aplicación del Derecho Penal, entre la prueba producida y la argumentación de la valoración que invalida la sentencia analizada que lo llevó a absolver injustamente.

Solicitó que, sin necesidad de reenvío, se condene al imputado conforme a la calificación antes referida y a la pena de DOS (2) AÑOS Y DIEZ (10) MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL por el delito de INSTIGACIÓN A COMETER DELITO ART. 209 DEL CP, y MULTA del art. 22 bis CP, por el monto de pesos noventa mil (\$90.000), y normas de conducta, que precisó.

A los fines de hacer cesar la comisión del delito, solicitó el DECOMISO de los elementos de comunicación, ordenándose que el video delictual se baje de todas las plataformas y dominios del imputado en las distintas redes sociales instagram, X, Facebook, y del canal de YouTube, y la Página Data 24, donde fueron publicados.

III- a) En la audiencia oportunamente fijada, intervinieron, por la defensa del encartado (quien participó virtualmente de la misma), el Dr. Augusto LAFFERRIERE, y en representación del Ministerio Público Fiscal, el Dr. Juan Francisco RAMÍREZ MONTRULL.

III- b) Con la palabra el Dr. RAMÍREZ MONTRULL, indicó que iba a ser escueto porque todos los planteos ya estaban detallados en el recurso.

Indicó que no se había tenido en cuenta la prueba obrante, y se le exigió al tipo penal elementos que no exigía; el juez entendió que era necesario precisar el domicilio de la víctima; pero el delito afecta bienes jurídicos individuales y supraindividuales; y también la seguridad de las personas; y no resultaba necesario identificar el número catastral de la vivienda de la víctima.

Resaltó que estaba probado, con el informe de la policía, la inestabilidad de los trabajadores; quien hacía de seguridad se Bahl acreditó

la grave situación que estaban viviendo, a pocos metros de la casa del intendente; y también, que era habitual que se presentaran en su domicilio, y justamente, el imputado, mandó a quemar la casa del intendente.

Apuntó a la cercanía del sindicato, y la habitualidad de la concurrencia de los trabajadores a la casa del intendente.

En la sentencia se le exigió a la figura un resultado y, aunque se acrecentó la concurrencia de los trabajadores, el resultado no se exige: se trata de un delito de peligro abstracto; los testigos son claros en que había una situación conflictiva; Balh y su familia tuvieron que tomar medidas a nivel institucional, en el Concejo Deliberante, y en el domicilio particular, lo que tuvo repercusión en la vida diaria, con sus hijos; y el video había tenido varias visualizaciones.

Sobre el tipo objetivo, se acreditó la idoneidad de la acción y el riesgo creado, que debe ser evaluado *ex ante*; el juez dice que el imputado hace un discurso desdeñable, en un reproche sólo moral, pero no evalúa el contexto social, sino que analiza el video solamente.

Sobre la necesidad de un delito determinado el juez entendió que era ambiguo, pero de sólo ver el video quedaba claro; y el juez entendió que no hubo afectación a los familiares, y aunque no fuera un requisito del tipo, sí estaba acreditada la afectación.

Apuntó que había un delito que estaba en concurso aparente: las amenazas, extremo que también mencionó en los alegatos y fue desechado por el juez porque no habría tenido el imputado la gobernabilidad el daño.

Señaló que no se afectaba tampoco el principio de congruencia; y sobre el tipo subjetivo, la sentencia dijo que se trató de una estrategia de comunicación; y el pedido de perdón no era por el contenido, sino por la forma; no se arrepintió, porque el video siguió publicado hasta el día del juicio, pese a haber sido editado, según surge del informe del gabinete, pero esa edición sólo agregaba la fecha de la movilización, conservando el carácter instigante.

Dijo que tampoco la fiscalía acordaba con el juzgador sobre la inmunidad del anunciante (por el contexto político), ni que hubiera afectación a la libertad de expresión, sino que estaban en presencia de un

delito, con dolo directo.

Solicitó se condene al imputado por el delito de instigación, a la pena de 2 años y 10 meses, que se le impongan las normas de conductas indicadas en el recurso y se disponga el decomiso del video.

III- c) A su turno, el Dr. Augusto LAFFERRIERE indicó, en primer lugar, que observaba cuestiones de forma, que advirtió el propio tribunal en la resolución que concede el recurso: que carece de la firma digital -una exigencia, del art. 152 in fine del CPPER- y que tampoco está la copia; citó a Chiara Díaz quien destaca que la falta de firma hace inexistente al acto, en consecuencia, dijo que el recurso que se está tratando era, a su criterio, inexistente.

Destacó el carácter enjundioso de la sentencia, ya que el tribunal, al resolver, fue muy claro en poner en la cúspide de su razonamiento los principios constitucionales, y destacó la separación que efectúa entre los delitos de peligro abstracto y concreto, y de qué modo los delitos de peligro abstracto pueden llegar a cercenar libertades, por lo que aplica el principio de taxatividad, apuntando a que la libertad de expresión sólo debe ser cercenada cuando concretamente se ponga en riesgo el bien jurídico protegido.

Resaltó que la sentencia destacaba los valores en juego y hacía un análisis de qué se había probado: la existencia del hecho y la autoría estaban acreditadas, pero se reflexionó sobre cuáles eran los elementos que debían tenerse en cuenta para no caer en arbitrariedades, y punir las voces disidentes del vecino frente al poder.

Enfatizó que Bahl era el intendente, y el futuro gobernador de la provincia, según la propuesta del partido que había gobernado por décadas, de hecho, fue el candidato del partido justicialista, y tenía recursos e influencia: ese era el contexto.

Por su parte, el acusado se expresa con vehemencia, y sus oyentes conocen su vehemencia y que se expresa con exabruptos e insultos, pero todos esos comentarios, de la editorial, nunca han llevado que se ponga en juego la tranquilidad pública, o que se cometa un delito.

Ejemplifica que el imputado hizo un video, que se aportó, de la noche

anterior al inicio del debate, donde llama a sus seguidores a presentarse para acompañarlo en el proceso: casi 10.000 personas le dieron "me gusta" y tuvo miles de reproducciones, pero no vino nadie al juicio, nadie se presentó.

Dijo que llamaba la atención que el MPF, dilapide recursos en perseguir comentarios o publicaciones en las redes, cuando la sociedad actual suele viralizar contenido que nunca sale del teléfono celular, ni tiene entidad suficiente.

Resaltó que el Dr. Brugo fue claro en su análisis, profundizó los puntos a tener en cuenta para resolver, y valoró y enumeró los extremos que el MPF pudo acreditar. Se concluyó que los reclamos habrían existido igual, y el video del imputado era irrelevante. La audiencia del acusado tiene medio millón de seguidores, pero no es de Paraná; y el ochenta por ciento del video en cuestión ni siquiera se refiere a la provincia de Entre Ríos.

Destacó la falta de dolo, y la inocuidad de la supuesta instigación, dirigida a una audiencia que ya lo conoce, y que sabe de sus bravuconadas.

Por otro lado, el juez dijo que había que acreditar el estado civil de las personas, y no se habían acompañado las actas de los integrantes de la familia de Bahl, destacando la pobreza de la actividad probatoria. Ello sumado a que hubo un episodio en abril, y no se repitió hasta septiembre, información que compartió el comisario Antoniow: que no hubo incidentes, y el que tuvo lugar en abril, había sido anterior al video.

Dijo el juez que tampoco se había ofrecido a la jefa de prensa Farías, quien habría informado a Bahl sobre el video, porque seguía lo que se hablaba de la gestión Bahl.

Destacó el tenor poco creíble, el cinismo, el sarcasmo y el carácter político del discurso, donde insulta a numerosas personas.

Dijo que Bahl destinó fondos a resguardar su seguridad, no se puso en juego la paz social, y si Bahl sintió inseguridad, tenía doble seguridad, pagada por fondos públicos, seguridad que hasta acompañaba a su hijo a la escuela.

En el recurso, el fiscal mencionó que Bahl dijo que puso más seguridad, pero la paz social no es sólo la de Bahl, sino de todos los

paranaenses, y el MPF no debería ser un brazo ejecutor de instancias partidarias, y en ese sentido, destacó el fallo del Dr. Brugo que no perdió la neutralidad, e hizo un razonamiento en el que puso en primer lugar la libertad de expresión, destacando que la prohibición será sólo cuando indique la preparación de un grupo para la acción violenta, justamente, para no criminalizar las voces disidentes.

Indicó que en la sentencia se cita el fallo "Bonafini", donde la acusada mandó a rebelarse contra las instituciones y a quemar Comisarías; habla de la tranquilidad pública, y del Derecho Penal como herramienta de *última ratio*.

Apuntó a una contradicción del MPF, que comienza la impugnación tratando de probar el quebrantamiento de la paz social, y en la segunda parte habla del delito de amenazas y de la gobernabilidad del hecho, y la doctrina requiere que aquella sea total, o al menos, parcial, todo lo que surge recién en el alegato de clausura, lo que es descartado por el juez, por afectar el principio de congruencia. En la amenaza, la autoría es diferente y la víctima es diferente -alguien concreto- y tiene que haber cierta gobernabilidad.

Señaló que se pasaron el debate entero hablando de un delito de peligro abstracto y, al final de cuenta, hay un delito de amenaza concreta; habla el fiscal de concurso aparente y cita autores poco conocidos, pero todos hablan de que tiene que haber un dominio del hecho, total o parcial.

Reiteró que había una contradicción en el Recurso de Casación y una falta de apego a las formas, y la cuestión sorpresiva de imputar un delito en los alegatos de clausura.

Señaló un caso parecido donde MPF derivó el caso a mediación "PALACIOS", que se trató del intendente de Victoria, y que se trató del mismo agente fiscal, y en la misma época, con la misma conflictividad penal, mismo pedido, mismo delito, y la aplicación de un criterio de oportunidad disímil, al trato al seguido en contra de Prestofelippo, afectando la igualdad ante la ley, y dando un mal mensaje a la sociedad.

Solicitó se rechace el recurso y se regulen sus honorarios.

IV- Corresponde, en primer lugar, atender a lo apuntado por el Sr.

Defensor en la audiencia de mejoramiento del recurso. El tema de la falta de firma digital del fiscal, es analizado y puntualizado por el juez al conceder la casación. Aunque luego concede finalmente el recurso -con la "advertencia" de que se *"ha producido una desformalización del proceso a partir del cambio de paradigma introducido por la ley 9754"*, y valora la potestad que le dio la ley al MPF, de poner en crisis las sentencias- el quisquilloso señalamiento no trae aparejada sanción. En el marco en que se desarrolla el proceso penal en general, y en este particular, debo señalar que resulta un exceso de rigor formal.

En efecto, no se entiende del todo por qué se señala específicamente a pesar de que luego se concede el recurso. Sobre todo, cuando la desformalización indicada, es parte continua del proceso en el que operan todos, incluido el juez. Nótese que el acta de debate, que deja constancia de lo sucedido en juicio, no sólo no tiene firma digital del juez y de su asistente, sino que no aparece siquiera cargada en el sistema informático LEX Doctor. La designación misma del Sr. Defensor tampoco lleva la firma digital de la subdirectora de Oga, en la providencia del 23/4/24, como asimismo tampoco la lleva la misma aceptación del cargo que acompaña el Dr. Lafferriere.

Por el contrario, debo señalar, que sólo descansando en la buena fe procesal, y en el desapego a las formas rituales, es que se puede celebrar prontamente la audiencia, con la presencia del abogado de confianza del imputado. Esto, porque hasta el pedido mismo de designación del defensor Lafferriere, a cambio del Dr. Peña, surge de un mail que tampoco lleva firma.

Por eso, la pretensión del defensor, que se repute inexistente el recurso, es inatendible. Así, quiere que se desconozca la presentación del fiscal, aunque llega a la jurisdicción, desde el mail de la fiscalía del mismo fiscal recurrente; recurso que además fue debidamente concedido por el juez (que señala la falta de firma no se sabe para qué, pues lo tiene por presentado al recurrente); que luego es admitido en esta casación, de manera formal, y en virtud del cual, ambos, fiscal y defensa, concurren a la audiencia prevista en esta sede. En la audiencia el mismo defensor toma la

palabra, y contesta los argumentos del recurrente, pero luego pide se declare inexistente el recurso.

El remedio que quiere aplicar, resulta, a vistas de la desformalización, un pedido apegado al viejo sistema, que además reclama se aplique una sanción conforme a una regla -la falta de firma digital- que, aplicada a todo el proceso, y a la misma actuación del defensor, resultaría un despropósito. Porque se tornaría nula hasta la intervención de la defensa. Ello iría en sentido contrario de los fines del resguardo de los recursos del poder judicial, del tiempo razonable que debe durar el proceso, y en orden al respeto de las garantías del mismo imputado: en suma, una nulidad porque sí, lo que de ningún modo puede aceptarse.

V- Aclarado el punto inicial, cabe analizar lo resuelto en el juicio, en orden a determinar si hubo arbitrariedad por parte del juez interviniente en el caso, y si los agravios de la parte recurrente tienen asidero.

VI- Atento a los distintos planteos realizados por el recurrente y el Sr. Defensor, en orden a la revisión que debe hacerse de la sentencia, con la máxima amplitud respecto de lo revisable, conforme los precedentes por todos conocidos, examinaré tanto la prueba producida como el razonamiento probatorio realizado por el Vocal de juicio, como la conclusión a la que llega.

Sabemos que la revisión de una sentencia a través del recurso de Casación, debe ser amplia, y en primer lugar, debe atender a determinar si su fundamentación es razonable; si la decisión judicial no tuviera asidero en la prueba producida, si sus inferencias fueran incorrectas, si se soslayara la prueba arrimada en el juicio, o si no apareciera la conclusión como el producto de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional, la sentencia no sería válida. Tampoco si se deja de lado el correcto análisis del derecho que debe hacerse.

Y si asumimos como válido que el sistema desea evitar las sentencias arbitrarias -y por eso se dispone que sus decisiones sean fundamentadas-, y que organiza su normativa para determinar con qué reglas debe analizar un juzgador la prueba, ese primer examen de la sentencia es el que debe hacerse en esta instancia; si, a la vez, la jurisprudencia de la Corte

Suprema determina que la revisión debe ser amplia, de toda la prueba producida en un juicio, tenemos la clara conclusión que el margen de tolerancia de sentencias arbitrarias o injustas debe ser mínimo.

En *La decisión judicial*, de Douglas Price -ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 26/27-, se lee "...una teoría de la decisión judicial tiene que abordar al menos dos grandes grupos de problemas, el primero de ellos, -frecuentemente relegado-, es el problema relativo a la constitución del *factum* o del punto de partida de la decisión, y el segundo es el más clásico: el de la interpretación de las normas, problemas ambos que se vinculan al problema de la racionalidad o de la argumentación racional, desde que, además, todas las operaciones del sistema se realizan bajo ese presupuesto ... cuando el sistema del estado de Derecho reclama que las sentencias sean fundadas, reclama -más allá de si esto puede ser alcanzado o no- una argumentación de la decisión que responda a algún canon de racionalidad. Preguntarse cuál sea ese canon, o si existe o no una lógica de las normas, o cuál sea el método de interpretación, o si la construcción de la historia que constituye el *factum* (que luego el juez supuestamente subsume en la norma) es controlable, y cuál sea la función de la argumentación en todo ese proceso, son algunos de los principales problemas a mi entender, de una teoría de la decisión judicial".

Entiendo que el punto en el presente, es más fácil de dilucidar si se relee la imputación, y se estima el alcance de la norma aplicable. Si bien se sabe que se imputan hechos y no calificaciones legales, la relación entre el hecho y la norma, es estrecha, de entrelazamiento, de imbricación. Lo que nos importa es el hecho jurídico penalmente relevante, y entonces, el recorte normativo del hecho será esencial.

Si bien en la cita precedente se señala que una teoría de la decisión judicial abordará dos grandes grupos de problemas -el hecho y la norma-, estimo que la distinción y la separación en pasos cronológicos -primero se determina el hecho, luego se subsume en la norma- es a los fines fundamentalmente analíticos, pero no es una separación tajante, de la que se deriven consecuencias diversas. El hecho se valorará de acuerdo a los alcances legales que tenga, siempre. La interpretación de la norma

determinará también si los hechos se incluyen en ella.

En un proceso de razonamiento judicial correcto, no hay pasos al respecto de la división hecho-norma, absolutamente separados, tal como si fuera una clasificación escolar, que puede resultar atrayente por lo simple, pero que en realidad no funciona así.

El recorte normativo del hecho determinará la valoración de la prueba, y las postulaciones de las partes nos guiarán en ese sentido, en nuestra función juzgadora.

Y si bien esta división, como dije, resulta algo artificiosa -miraremos y evaluaremos la prueba de un hecho jurídico penalmente relevante, no de un "puro fenómeno", como señalé-, la división que sí estimo debe hacerse, conforme un análisis serio y honesto, ordenado, es ponderar la prueba, dentro del recorte mencionado y luego tomar la decisión, argumentando al respecto.

Señalo esto porque de la lectura de la presente, (que debo hacer con mirada crítica, pues la Casación es también el control de la racionalidad del juicio), surge una exposición de un razonamiento algo caótico, que a la vez que no toma en cuenta la figura legal por la que viene acusado Prestofelippo, fluctúa entre determinar (o no) con los elementos de prueba, alguno de los extremos de la figura del 209 CP, con razonar acerca de otros, que pertenecen a otros tipos penales; con fijar el bien jurídico de acuerdo a precedentes de tribunales foráneos que juzgan otro tipo de situaciones, con otro tipo de leyes; en exigir requisitos que no están previstos en nuestra legislación, que descarta con parte de la prueba, y con ello se llega a conclusiones que difícilmente resultan compatibles con un discurso racional.

A ello se le agrega que no toma en cuenta toda la prueba conforme debió hacerlo, -conforme al derecho de las partes a producirla, y a que se explique por el juez por qué se toma en cuenta y por qué no, conforme las reglas del proceso-. Ello se soslaya, sobre todo, teniendo en cuenta algunos de los extremos sí exigidos por la figura, a lo que se le suma una importante confusión a la hora apoyar el razonamiento judicial en los precedentes que invoca.

Respecto de los pasos seguidos, la decisión parece haber sido tomada

antes de realizar el razonamiento judicial para llegar a la conclusión a la que se arriba; aventuro ello por la dificultad de seguir, con la lectura, la argumentación que se despliega, la aparición de puntos contradictorios, la multiplicación de requisitos probatorios respecto del tipo, del bien jurídico, y la asociación no autorizada con precedentes no aplicables, a la vez que pretensos argumentos de autoridad, fundados en precedentes que no son tales, como ser dictámenes fiscales.

Por eso estimo que para aportar claridad a lo que debe revisarse, en primer lugar debe recordarse cuáles son los elementos del tipo penal, el bien jurídico protegido, la clase de dolo requerida, y qué función cumple la figura en nuestro derecho, así como la posible interpretación conforme los principios del derecho penal -claro que de ultima ratio-. Además, de una correcta inteligencia del uso de los precedentes.

VII- a) Gonzalo Javier Molina señala, en su Manual de Derecho Penal Parte Especial, (Ed. ConTexto, Resistencia, 2021. pp. 741 y ss.) que la conducta típica prevista en el art. 209 del C.P. es instigar públicamente a cometer un delito determinado contra una persona determinada.

Luego de llamar a no confundir la instigación de la parte general, del art. 45 del CP, señala que es un delito independiente, que no es accesorio de ninguno. Es un hecho autónomo en virtud del cual el legislador decide adelantar la punición a una etapa previa a la lesión, o incluso, al comienzo de ejecución (puesta en peligro) de un bien jurídico. Lo mismo hace el legislador al sancionar penalmente la instigación al suicidio.

El artículo dice "por la sola instigación": no hace falta el comienzo de ejecución del hecho que se instiga, y tiene como requisito que sea pública; debe ser hecha con la capacidad de alcanzar un número indeterminado de personas.

El objeto de la instigación es un delito determinado contra persona o institución -quedan fuera las faltas y las contravenciones- y debe ser determinado: debe ser un hecho concreto, contra una persona o bien jurídico definido. Es un delito doloso, señala, el autor debe saber que está instigando a la comisión de un delito determinado contra persona o institución; para su consumación es necesario que haya llegado

efectivamente al público.

Para este autor es subsidiaria, sólo se aplica si no se puede imputar el art. 45; si el hecho principal se ejecuta, y se dan los requisitos del art. 45, el instigador es partícipe del hecho principal.

VII- b) En La Ley, encontramos otros aportes. Con cita a Carrara, Soler, Fontán Balestra, Pablo Iribarren, en "La instigación e incitación a cometer delitos", publicado en DJ 14/10/2009, 2871- señala que ante la ambigüedad, respecto del bien jurídico, resulta preferible considerar la *tranquilidad pública* como bien jurídico protegido: debe tenerse en cuenta que no se protegen bienes jurídicos primarios o inmediatos, sino que actúan sólo de forma mediata, protegiendo a la sociedad de conductas que provocan la perturbación social, y alteraciones serias en el desenvolvimiento normal de la vida civil.

La instigación debe ser seria, dice, cuando analiza la tipicidad objetiva, quedando excluidos los simples consejos, la propaganda de ideas, las manifestaciones indeterminadas o accidentales, las sugerencias ambiguas o veladas. Debe ser clara, determinada, y revelar la intención del sujeto activo de que el delito se cometa.

VII- c) El texto doctrinario citado por la sentencia, de Alejandro Cantaro, extraído del Código Penal Comentado (en BAIGÚN, D. - ZAFFARONI, E. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte Especial*, Tomo 9, Hammurabi, Bs. As., 2010, pp 295 y ss.) señala que esta figura consiste en instigar públicamente a la comisión de un delito, ya sea que el delito instigado no se ejecute, o independientemente de ello, conforme las posiciones doctrinarias que lo ven como subsidiario respecto de la figura de instigación, como participación en el delito principal.

Al autor que cita la sentencia, lo leemos diciendo que la figura genera perplejidades por el anticipo de punición de los actos preparatorios de otros delitos; con todo, señala que es un delito de peligro abstracto que, como tal, pone sobre el tapete toda la discusión sobre su legitimación constitucional, aunque señala que ese extremo excede el comentario. Estimo importante el punto del exceso señalado, porque, sin embargo, se

enuncia, aunque no se explaye, y luego de la enunciación, se hacen derivar importantes consecuencias. De modo frecuente e incorrecto a mí entender, se señalan por artículos doctrinarios cuestiones similares, pero, a la vez, sin decidirse por la declaración de inconstitucionalidad de una figura. En efecto, luego de plantearse esas cautelas, y a través de rodeos, o razonamientos *ad hoc*, se vacía de contenido a la figura, terminando por resultar inaplicable, sin fundamentación seria y sin decirse si es constitucional o no.

Sería más saludable que si así se considera, la decisión del juzgador abiertamente la declarara inconstitucional -más allá de que no lo comparta - y así se lo diga, señalando cuáles actos que quedan en la esfera de reserva de los ciudadanos, no punibles, son los que esta figura podría alcanzar y por lo que el juez se rehúsa a aplicarla; pero no se señalan estas advertencias al inicio, ni cuáles acciones, del caso concreto, quedarían dentro de aquella esfera de reserva y fuera del tipo.

El punto de la inconstitucionalidad de la figura es precisamente, el que no está alcanzado por el análisis doctrinario ("*excede por largo el objeto de este comentario*") y así lo dice expresamente el autor; pero, al parecer, es el central que toma el juez en las presentes, al considerar la segunda cuestión, puesto que con estas citas principia su fundamentación. El recurrir "*al principio de máxima taxatividad interpretativa que dé al alcance semántico de las palabras legales la forma más restrictiva de la criminalización, para limitar la punición de opiniones o ideas*" es, en realidad, una máxima que debemos tener en cuenta los jueces al analizar todos los tipos penales, sin advertir de entrada que estamos cautelosos por el "borde" de la contradicción con la Carta Magna. En todo caso, es tarea del juez en cada tipo penal, realizar una elucidación correcta conforme los principios generales que informan la interpretación en derecho penal.

Al respecto, considero importante la lectura de SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, en "*Sobre la "interpretación" teleológica en Derecho penal*" (en *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Díaz y García Conlledo/García Amado (coords.), pp. 365-395, Bogotá 2006). El texto profundiza sobre los modos de hacer frente a la posibilidad de "*sobreinclusión*" en la interpretación de los tipos penales, problema que se combinaría

perfectamente con la preocupación señalada de punir ideas u opiniones, de modo contrario a la Constitución. Así, se lee: *“A mi entender, aquí se muestra la verdadera naturaleza de la denominada “interpretación teleológica” como mecanismo de reconstrucción (renormativización) del enunciado jurídico sobre el que se proyecta, que se ve así asociado al fin regulativo o razón justificante de los que partió (interpretación subjetiva) o en los que se enmarca (interpretación objetiva). A la sobreinclusión se le hace, entonces, frente mediante la interpretación restrictiva e incluso por la vía de la reducción teleológica, cuando no sólo el campo conceptual de los términos del enunciado jurídico, sino ya su propio núcleo, excede del fin regulativo. A la infrainclusión, por su parte, se le hace frente mediante la interpretación extensiva y, especialmente, mediante la extensión teleológica y la analogía, cuando incluso el campo conceptual de los términos del enunciado jurídico, en su comprensión más extensa según los criterios lingüísticos de que se trate, no alcanza a cubrir los requerimientos del fin regulativo. En Derecho Penal existen ejemplos suficientemente conocidos de todos estos mecanismos correctores de la aparente inadecuación de la letra de los términos de un enunciado jurídico a su razón justificante. Son frecuentes los casos de interpretación restrictiva, e incluso de reducción teleológica de los tipos. Y otro tanto sucede en el ámbito de las eximentes y atenuantes. Por ejemplo, la teoría de la imputación objetiva puede verse como una (re)construcción teleológica de los enunciados que definen los tipos de delito”.*

La tarea será entonces, no tenerle miedo a los bordes, sino determinar, conforme a nuestro saber, los alcances de los enunciados jurídicos conforme el fin regulativo que tiene el tipo penal, y obvio es que teniendo en cuenta los principios constitucionales a respetar y la idea del derecho penal como *ultima ratio*.

Si bien en la sentencia se establece que se compartía el alcance que señala Cantaro -en el comentario citado- no prosigue con lo que se aporta por el autor respecto del análisis del tipo, sino que extrae e infiere la interpretación de éste, conforme a dos precedentes más que cita, “Bonafini” y “Brandenburg vs. Ohio”, que también están citados en el mismo artículo.

Este recorte hace que el sentido de lo señalado se confunda. Y se dejen sin respuestas, por ni siquiera preguntarse, respecto del caso concreto, algunos extremos señalados por la misma doctrina que la sentencia cita.

En efecto, el autor -Cantaro- prosigue señalando que parecería que hay acuerdo en la doctrina en **que la lesión al orden público** -Título 8 del CP- está dada por la puesta en crisis de ese estado de sosiego, fundado en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil, y que tal puesta en peligro se alcanza con la idea de que alguien pueda ejecutar el delito instigado. Pero, dice, no puede considerarse como daño a terceros, a los efectos de la aplicación del principio de lesión, que permita interferir en la autonomía personal, el mero hecho de que otro pueda aceptar las ideas que se expresan. Ciertamente es -prosigue el autor- que sin perjuicio de las consideraciones precedentes, enmarcadas en una teoría constitucional y de derecho penal de corte liberal, puedan existir relaciones empíricas entre acciones de riesgo, que generen un daño derivado de ciertos actos realizados como resultado de los actos de expresión, y la lesión a la tranquilidad de la sociedad. En tales casos, la tipicidad de la instigación aparecerá condicionada por dos circunstancias relevantes: el marco en el que es proferida, y la inminencia de producción del ilícito al cual se instiga.

El autor señala, (y debo llamar la atención sobre este punto, porque la conclusión de la "máxima taxatividad" marcada en la sentencia, -op. cit, p. 303- se realiza luego de esta disquisición que ni siquiera es aludida) que si se verifica cierta conmoción en el ánimo social, y ello es lo relevante para considerar la lesividad, hay que agregarle la gravedad del delito instigado. Ello, porque, dice, se puede entender que sería nula, por ejemplo, la producción del desasosiego social, porque se incite a una asamblea de socios a cometer un delito de injurias contra la comisión directiva de un club de barrio; pero esa "intuición", nos llevaría por el contrario, a pensar en "*la intranquilidad que puede causar a los propietarios de pequeños comercios de la zona, en la que a escasos metros se instiga a saquearlos*". Luego de estos ejemplos, y de este razonamiento, es que habla de la compatibilización de la libertad de expresión con la limitación de la punición de ideas u opiniones.

Es así que concluye que un estándar **de peligro cierto e inminente** (*clear and present danger*) puede ser el que estableció la Corte Suprema de los Estados Unidos en "Brandenburg v. Ohio", lo que puede ser un buen principio, dice el autor, para comenzar a delinear el alcance de la infracción en punto a la lesividad del bien "orden público". En la cita, se establece que los Estados no pueden proscribir la promoción o la defensa del uso de la fuerza o de la violación de la ley, *excepto cuando tal promoción está dirigida a incitar o producir de manera inminente una conducta ilegal y es idónea para incitar o producir dicha conducta.*

Es decir que de estos extremos doctrinarios que la sentencia dijo seguir, debió extraer, analizando el caso concreto (en aras de la coherencia de la pieza): **si hubo o no peligro cierto o inminente; si se produjo o no intranquilidad social, a los fines de considerar la lesividad de la conducta; debió así considerar el marco en el que fue proferida, y la inminencia de producción del ilícito al cual se instiga.**

En el precedente "Brandenburg" -1969- la Corte Suprema de EEUU revoca la sentencia que le había denegado un recurso a un dirigente del Ku-Klux-Klan, que había sido condenado por aplicación de la ley del Estado de Ohio sobre sindicalismo criminal, por "predicar el deber, necesidad o propiedad de crímenes, sabotajes, violencia o métodos terroristas ilegales como un medio para lograr una reforma industrial o política", y por "asociarse voluntariamente con una sociedad, grupo, o reunión de personas con el fin de enseñar o predicar la doctrina del sindicalismo criminal". Se trataba de una sentencia a 10 años de prisión, y los hechos habían consistido en que el apelante, miembro del Ku-Klux-Klan, había pedido a un *cameraman* y a un asistente que fueran a una reunión del grupo en una granja, donde se filmaron a doce figuras encapuchadas, algunas de las cuales portaban armas de fuego. Se hallaban reunidos alrededor de una gran cruz de madera a la cual prendieron fuego. No había nadie presente excepto los participantes y los periodistas que efectuaron la filmación. *Casi todas las palabras que se dijeron durante la escena eran incomprensibles al momento en que fue proyectada la filmación, pero algunas frases salteadas pudieron ser entendidas como denigrantes respecto de los negros, y en un*

caso respecto de los judíos". Entre las palabras que se pronuncian en el discurso, se lee que se dicen como una organización no dirigida a tomar venganza, pero que si su presidente, el congreso y la Corte Suprema insistían con suprimir la raza caucásica y blanca, era posible que tomaran venganza; marcharían al congreso el 4 de julio, en grupos numerosos, señalaron. Se lee que: "La referencia a la posibilidad de "venganza" fue omitida y una oración fue agregada: "Personalmente creo que los negros debieran ser devueltos al África, y los judíos devueltos a Israel", señalaba el disertante. Si bien algunas de las personas en la filmación llevaban armas, el disertante no lo hacía". Como la ley de Ohio reprimía a personas que predicaren o enseñaren "el deber, necesidad o propiedad" de la violencia "como un medio para lograr la reforma industrial o política" "publicaren o hicieren circular o enseñaren cualquier libro o escrito que contenga tal enseñanza"; o que "justificara" la comisión de actos de violencia "que intentaran ejemplificar, predicar o difundir la propiedad de tales doctrinas de sindicalismo criminal"; o que "se reunieran voluntariamente" con un grupo que se hubiere formado "para enseñar o predicar las doctrinas del sindicalismo criminal", y no se había acotado por parte de la acusación y de las instrucciones al jurado la cuestión que distinguiera la mera prédica de la incitación a una acción legal inmediata, se determina por la Corte Suprema que se está ante una norma inconstitucional, porque tiene por objeto reprimir la mera prédica y prohibir la reunión con otros para dicha acción. Esas son las fundamentaciones y las circunstancias del caso en "Brandenburg".

Es en ese marco que la prohibición se entiende sólo compatible con la garantía de la libertad de palabra, en tanto cuando la promoción estuviera dirigida a incitar de manera inminente la conducta ilegal.

La conclusión que saca el comentarista Cantaro es que de este precedente surge que el discurso debe crear un peligro actual de causar actos de violencia y que haya intención de incitar a su audiencia. Eso queda obvio de la lectura de los antecedentes, donde no aparecía clara la intención de incitar -no se distingue de la mera prédica, dice la Corte-.

La sentencia en esta causa, sin citar textualmente a Cantaro,

parafrasea lo que dice y concluye: *“como se advierte, en el caso Brandenburg a la doctrina del peligro cierto e inminente, es necesario además de la exigencia de que el discurso deba crear un peligro actual de crear actos de violencia, el instigador debe tener la intención de incitar a su audiencia a cometer hechos ilícitos. Así las cosas, siguiendo el **estándar** fijado en Brandenburg, el instigador debe tener la intención de incitar a su audiencia a cometer hechos ilícitos.”*

Al parecer, el sentido que pretende el juez de las presentes, de la “intención” que deduce Cantaro del fallo “Brandenburg”, tendría relación con el dolo, o tal vez con un conocimiento cabal de lo que se dice, y que presupone, producido después de una reflexión.

Comprendiendo, interpretando y recortando la cita del fallo “Brandenburg”, señala el juez: *“este extremo, (la intención) se descarta de plano, a partir del preciso momento en que pide perdón de forma inmediata, dándose cuenta que fue un exabrupto, producto de un impulso, irreflexivo. Como textualmente lo dice Prestofelippo: “Perdón por la vehemencia”. Y luego, citando partes del discurso de Prestofelippo, “están tirando de una cuerda muy finita...tanto daño tiene que hacer...tanto daño..ay”. Así, indica el juzgador que puede concluir que el imputado “no tuvo intención de incitar a nadie, tan sólo refleja un **exabrupto**, cometido en el medio de una editorial de carácter **político**” -p. 25-.*

Es decir, que: se desentendió en realidad de la exigencia del fallo “Brandenburg”, al dejar de lado la valoración del peligro inminente y la idoneidad de la conducta (si es que es autorizado aplicarlo aquí sin más, y erigirlo en una suerte de estándar que defina lo que es punible según el art 209 del CP, lo que resulta cuestionable ya, como punto de partida) para centrarse en la “intención” de incitar (derivada del comentarista por oposición a la mera prédica y a la no explicitación de una voluntad a seguir, inferencia que también resultaría discutible). Luego, al parecer, le puso como requisito a esa *intención* para ser tal, que lo proferido fuera un acto preparado, reflexivo, lo que se infiere porque el juez le quita aquella calidad, porque Prestofelippo “pide perdón”, y lo dicho resulta “un exabrupto”.

El perdón es otra cuestión que se repite en la sentencia, a la vez que la calificación de "políticos" de ciertos dichos, que merecen una reflexión aparte.

Pero el razonamiento aquí, luego de citar "Brandenburg", resulta por demás desacertado. No se entiende qué alcance le da a la "intención" de incitar a actos ilícitos, para que lo neutralice con la explicación del *exabrupto*, que es "dicho inesperado e inconveniente" según la RAE. Y por qué, no se despejan en el caso, los extremos requeridos en el fallo "estándar" del que dice partir.

VII- d) He citado el problema que significa, para la fundamentación de las sentencias, y para la seguridad jurídica, el mal uso de los precedentes en la jurisprudencia nacional y sobre todo la local. Una cita de citas, extraída de contexto, desasociándola de los antecedentes del caso, es a la vez que un procedimiento incorrecto, un puro argumento de autoridad que invalida la conclusión, porque necesariamente, surge de un razonamiento defectuoso. Lleva al lector a sacar conclusiones a partir de precedentes que sólo cuando se los confronta en su totalidad, advierte la falacia empleada. Esto hace no sólo a la claridad, sino a la honestidad del diálogo entre operadores y lectores de los productos jurídicos.

Así, en varios precedentes de esta Sala he apuntado determinadas reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina, que me han sido a este respecto, particularmente útiles.

En "*Reflexiones sobre la eficacia de la Jurisprudencia y del Precedente en la República Argentina*" (disponible en https://www.academia.edu/11575738/Reflexiones_sobre_la_eficacia_de_la_jurisprudencia_y_del_precedente_en_la_República_Argentina), Oteiza nos habla de la distinción entre jurisprudencia y precedentes, e indica que la evolución de la intervención de la CSJN, ocurre en un contexto en el cual hay un creciente abandono del "Estado Legislativo", en el que bastaba la referencia a la autoridad, para pasar al "Estado Constitucional", en el que hay un incremento de la tarea justificativa de los órganos públicos. El replegarse del "Estado Legislativo" a favor del "Estado Constitucional"

coincide con una fase histórica en la cual adquirieron particular relevancia los derechos humanos. La reforma constitucional del año 1994, al asignarle jerarquía constitucional (75. Inc. 22) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros Tratados y Declaraciones, asume que los jueces argentinos no sólo deben dar una interpretación coherente y consistente al derecho nacional, sino que incorporan a las lecturas posibles del material jurídico, aquella generada por la Comisión y la Corte Interamericanas. Debido a que Argentina reconoció la competencia de la CIDH, se ha generado una relación vertical con la CSJN en cuanto al seguimiento de la jurisprudencia, con el desafío de integrar visiones comunes sobre el alcance de derechos con respecto a los cuales la primera era su máximo intérprete.

Más adelante, el autor, al hablar de la diferencia entre precedentes y jurisprudencia, y de la falta de inconveniente de usarlos como sinónimos, si se usa una concepción más amplia, como referida "al uso por los jueces de criterios elaborados por otros jueces en el pasado" (Summers y MacCormick), indica que independientemente de las tradiciones y culturas, se estableció que el rol de la jurisprudencia y de los precedentes juega un papel significativo para fundar decisiones y desarrollar derecho, independientemente que se les reconozca o no fuerza vinculante. También, que los sistemas jurídicos sufren importantes cambios y evolucionan con el concepto del precedente y de la jurisprudencia. Pero, destaca, hay una diferencia importante, que considera especialmente, por su efecto sobre el Derecho Argentino: citando la explicación de Damaska, sobre la diferencia en cómo conciben los precedentes las culturas jurídicas angloamericanas y la continental, refiere que en los países de esta última cultura, el apego a las reglas también afectó las actitudes hacia los precedentes judiciales: *"Las decisiones de las cortes superiores, vinculantes o no, no fueron tratadas como ejemplos de cómo una situación real se había resuelto en el pasado, para poder comparar el caso sub judice con esos ejemplos de decisiones anteriores. Más bien, lo que el Magistrado buscaba en los "precedentes" era un pronunciamiento del poder superior según una regla, y los hechos del caso quedaban en penumbras"*.

Dice el autor -a propósito de la distinción del positivismo formal con la perspectiva pragmática argumentativa-, que **"por el contrario, en el Derecho Argentino hay una tendencia a desentenderse de los hechos del caso y a asignar relevancia a las abstracciones que con mayor o menor atingencia son formalidades en la decisión a la que se le asigna cierto valor persuasivo.** Se extraen de una determinada decisión judicial las reglas generales sin importar la correspondencia con lo efectivamente discutido. El contraste entre el sentido del precedente, desde su singularidad en la decisión de un caso concreto, y el concepto de jurisprudencia, como el concepto jurídico con alguna relación con la ley, repetido por los tribunales, ha sido claramente destacado por Carrió (Recurso de amparo y técnica judicial) en cuanto a su incidencia sobre el comportamiento de jueces y abogados en Argentina. Sostiene que en lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, para la solución del problema del caso que tenemos en examen... Claro está que éste no es un defecto imputable a nuestros jueces y juristas. Es imputable a las creencias que se encuentran en la base de nuestro sistema jurídico, el sistema propio de la Europa continental. Esas creencias asignan una importancia excesiva al papel del legislador y paralelamente, oscurecen el de los jueces... Hay una especie de atracción hacia lo abstracto, un deseo de superar el marco de los hechos del caso, utilizándolos como trampolín para saltar a construcciones de vasto alcance. Otro modo de razonamiento, más apegado a las modalidades propias del complejo fáctico que se tiene a la vista, se nos antoja un tanto pedestre, tarea casuista, empresa de poco vuelo".

Es lo que sucede precisamente aquí con la cita del fallo "Bonafini, Hebe": en la p. 23 de la sentencia se lo cita como ejemplo de que "el alcance semántico debe formularse en forma restrictiva", y que "debe ser analizado el contexto en que se produce el hecho".

A continuación, y a propósito de lo afirmado, dice el vocal que los dichos del imputado fueron efectuados "en el marco de un editorial de carácter político". Luego, en la p. 26, vuelve a recurrir al fallo, citando un

extracto sobre el bien jurídico protegido, y el consenso sobre que aquél sería la “*tranquilidad social*”, concluyendo que en el caso no se había comprobado que el hecho haya tenido la idoneidad para crear un peligro frente al bien jurídico, recostando la conclusión en los dichos de los testigos que citó.

En la p. 30 de la sentencia, el vocal vuelve a acudir al fallo, no de modo directo, sino del modo en el que lo cita un fiscal federal en un pedido de desestimación de denuncia; el funcionario citado que extracta las consideraciones que en “Bonafini, Hebe” se hacen acerca de la importancia de contextualizar el discurso para averiguar el concreto significado de un signo determinado. Luego de la cita, insiste el juzgador con que el precedente sería aplicable porque el imputado “realiza una editorial de carácter político”. Además, afirma el magistrado una “estrecha vinculación” con el sobreseimiento de Hebe Bonafini, porque “se trata en ambos casos de encendidos discursos de carácter político...”.

Hay, finalmente, una última mención al precedente “Bonafini” igualmente mediatizado por la cita a otro dictamen fiscal, del fuero federal - en esta oportunidad de la Dra. M. Paloma Ochoa- que recurre al señero precedente, en orden a fundamentar un pedido de desestimación de la denuncia, por inexistencia del delito.

El precedente “Bonafini Hebe” es, sin dudas, una pieza importante, y valiosa, en la hermenéutica de la figura de instigación a cometer delitos. De hecho, todos los estudios doctrinarios acuden a él de modo paradigmático, y contiene agudas reflexiones sobre el lenguaje, y valiosos aportes de la interdisciplina para evaluar un acto de comunicación.

Sin embargo, le asiste razón al recurrente cuando afirma que la cita que hace el juzgador de la causa es incompleta. Allí -en “Bonafini”- se afirmó que lo que no constituía instigación era **la prédica ideológica, o el discurso político, en los que no se especifica cómo, dónde ni cuándo debería llevarse a cabo la acción promovida.**

En párrafo aparte explicaré por qué no puede afirmarse que la alocución y la grave invitación, del imputado pueda ser considerado de corte “político”, pero aquella circunstancia -resaltada en negritas- omitida por el

vocal en las presentes, sobre la indeterminación de la propuesta de Bonafini, aleja aún más el precedente -una y otra vez citado- del presente caso, porque la acción propiciada por el imputado estaba suficientemente precisada en sus contornos personales, espaciales y temporales.

Aporta aún más a la confusión, que para el análisis de lo que se llama en la sentencia bien jurídico protegido, el juzgador traiga la cita de la Cámara Federal de Capital Federal, en "Lafit, Carlos s/sobreseimiento". Este precedente se refiere a desórdenes y acciones provocadas por integrantes del grupo "Quebracho", donde el imputado Lafit estaba acusado de haber participado en la protesta realizada del 9 de marzo de 2007, frente a la sede del Club Americano, sito en la calle Viamonte 1133, la que culminó violentamente cuando algunas personas que participaban de la marcha arrojaron bombas de estruendo con perdigones en su interior, piedras y bombas de pintura, dañando la fachada del Banco Itaú y del edificio del Club Americano. Allí, en dicho fallo, que habla de desorden y actos de muchedumbre, el imputado estaba acusado de otro delito contra el orden público: el recurso fue mantenido por la Fiscal General ante la Cámara, quien entendió que el hecho imputado encuadraba dentro del art. 212 del Código Penal, que tipifica la figura de la "intimidación pública".

La cita de estos precedentes, así señalados, no son un mero error de adjudicación, ni se traduce en conclusiones inocuas para el resultado de la causa.

VIII- A la mezcla de precedentes, se le agrega la confusión necesaria respecto del bien jurídico que protege cada figura que corresponde a los tipos penales del título 8 -delitos contra el orden público-, y se desprenden conclusiones desincriminatorias que no se corresponden con las constancias de la causa. O se agregan afirmaciones apodícticas sin anclarlas a las pruebas de la causa.

Así, a renglón seguido de la cita de "Lafit", el juzgador establece que no se pudo acreditar que:

1- Haya existido miedo, temor o intranquilidad en la vida colectiva ni alarma generalizada que haya afectado el orden público (sobre lo que no versa ni la prueba ni la teoría del caso de las partes), porque lo atribuido es

un delito de peligro, no siendo necesario probar que efectivamente se tuviera miedo o intranquilidad en la vida colectiva: bastará con que la conducta sea idónea para afectar la tranquilidad pública, lo que debería colegir positiva o negativamente el juez de la prueba producida, en calidad de aptitud para, pero no requiriéndola como un resultado;

2- No se comprobó que los dichos de Prestofelippo generaran una provocación y/o perturbación de la vida colectiva -afirmación que confunde los bienes jurídicos protegidos por las figuras del art. 209 con la del art. 212 -tal vez por el precedente mal citado-.

3- Luego de afirmar que no provocó y/o perturbó la vida colectiva, deduce que las manifestaciones efectuadas por Prestofelippo no tenían idoneidad para crear un peligro frente al bien jurídico, y de allí concluye que no tuvieron entidad para producir una acción ilícita inminente, ni la pudo incitar o producir. Es decir, la falta de idoneidad de los dichos del imputado, para instigar a la comisión de un delito determinado contra persona determinada, la extrae de la no "perturbación" de la vida colectiva, la que afirma luego de haber confundido los bienes jurídicos protegidos, y de haber exigido resultados al respecto.

Esta falta de perturbación de la vida colectiva la extrae, en la segunda cuestión, de los dichos del denunciante Bahl y del informe elaborado por Antoniow.

Esta forma de concluir y de valorar la prueba no resulta autorizada, no sólo por el razonamiento mal realizado, sino porque se vuelve a perder la significación jurídico penalmente relevante del hecho atribuido, olvida el hecho en su significación jurídica; hasta olvida que es un delito de peligro. Tratándolo ahora, como un delito de resultado, pone en cabeza del denunciante y su sentir, la determinación del extremo "perturbación de la vida colectiva".

Obvio es que va de suyo que éste es un razonamiento que le correspondía al juez hacer con la prueba producida ante sí, y no extraerlo de la apreciación personal del testigo, preguntado insólitamente al respecto. Pero, sin embargo, se lee de su sentencia que saca conclusiones respecto de la afectación al bien jurídico de las mismas respuestas del testigo Bahl.

Así, como este contestó a la pregunta *¿el video de Prestofelippo puso en riesgo el orden público?* (pregunta, por otra parte, mal formulada, de opinión del testigo, que debió ser reconducida por quien dirigía el debate): *“yo nunca dije eso, no lo puedo interpretar tampoco así, yo creo que Prestofelippo puso en riesgo la vida de mi señora, de mis hijos, y de quien les habla”*; extrae que no se afectó el orden público.

Y como contestó “no sé”, a la pregunta, (también inconducente), sobre si además de él, había alguna conmoción social por el video de Prestofelippo no hubo afectación. Y, como dijo que ese día del video, no podía puntualizar si hubo algún escenario de violencia, alguna congregación frente a su domicilio (aunque se cita que dijo que “hubo tantas, fundamentalmente después de eso”) concluye que no se afectó la vida colectiva, ni se perturbó el orden social, ni se afectó la vida en comunidad.

Se advierte entonces, de todo esto, que la conclusión es errada porque el razonamiento mismo es defectuoso: la afirmación es arbitraria no sólo porque responde a una pregunta mal realizada, sino porque hace descansar la responsabilidad de la determinación de la afectación del bien jurídico, en el testigo, del que dice extraer la negación del mismo, lo que es absolutamente errado.

En efecto, la afectación del orden social es algo que debió extraer el juez de la ponderación de la acción, de sus extremos, de lo que dicen los testigos, y del análisis de los dichos en sí, y de su contexto. Además, hace un recorte caprichoso, en la segunda cuestión, al valorar los dichos del testigo, que en una parte fundamental, contradicen lo que comienza el juez afirmando de la prueba en la “primera cuestión”: ello es materia de otro análisis, pero vale reproducir literalmente aquí.

En efecto, el juez destaca, en la “primera cuestión”, como ítem, señalado con asterisco, que luego de la valoración de las pruebas reunidas, pudo concluir que: *“*Lo más relevante de este informe, es que luego del episodio del 23 de abril de 2020, no se registró ningún incidente en el lugar”*.-domicilio de Bahl- (p. 20 de la sentencia). La falta de reparo en los dichos del testigo Bahl, sin adjudicarle falsía, y el recorte que hace de su testimonial, es otro de los puntos que merecen un detenido análisis, pero

que demuestran una absoluta arbitrariedad en la valoración de la prueba, y por ende, en la conclusión que se hace en la sentencia.

IX- Tengo que señalar, además, que la sentencia leída en su totalidad, resulta contradictoria y la ponderación de la prueba se ha hecho de modo incompleto.

A la vez que sigue un camino con muchas idas y vueltas acerca de la pregunta sobre el bien jurídico, realiza afirmaciones de por sí contradictorias.

En este derrotero requiere cuestiones de la prueba que no se le pueden brindar -como dejar en cabeza del denunciante la determinación de la afectación a la paz colectiva, o llamar a recordar que, en aras de un Derecho Penal de *ultima ratio*, existen vías “*menos lesivas para solucionar un conflicto*”, afirmación que olvida que la acusación está enmarcada dentro de la afectación de bienes jurídicos no individuales, sino colectivos. Porque, ¿a qué idea nos lleva esa aseveración?, ¿cuales vías serían *las menos lesivas* ante un delito de peligro contra el orden público?, ¿cómo adoptarlas previo imponer la intervención estatal, como sugiere el juez en la página 28?.

Por otra parte, la contradicción en la fundamentación de la sentencia es tal que, en la primera cuestión, y luego de señalar que escuchó ambas posturas de las partes, comienza afirmando que la **materialidad del hecho y la autoría de Prestofelippo se encuentra acreditada plenamente con la prueba introducida al debate, aunque luego ser encarga de desmentir esta conclusión, absolviéndolo**, por varias razones, como atipicidad, falta de dolo, etc.

Respecto de la materialidad, prosigue luego, no está controvertida y el video fue reproducido en debate, comprobándose que el imputado Eduardo Miguel Prestofelippo, el 2/5/202, mediante la red social YouTube, refirió a los trabajadores municipales que vayan a la casa del intendente de la municipalidad de Paraná, y le prendan fuego con la familia adentro. Este video fue público, dirigido a un número indeterminado de personas; lo que encontró comprobado con los informes del ingeniero Fritz.

Asimismo, dio por comprobado que existía una situación conflictiva con

varias decenas de trabajadores que habían sido desvinculados del Municipio de Paraná.

Luego, olvidando el recorte normativo del hecho, y las posturas de las partes, comienza a señalar lo que no se probó, ignorado además la prueba que, al contrario sí lo señalaba.

Así, indica que no se probó: **1-** la ubicación del domicilio de Bahl -a pesar de lo que dice Bahl, de lo que dicen los informes, de lo que dice la policía, de lo que puede saberse por simple comprobación (el testigo compareció a declarar, aportándose su domicilio);

A ello le agrega **2-** la ubicación del Sindicato de Trabajadores Municipales -a pesar también de lo que le explicó Bahl cuando depone como testigo, de la cercanía del domicilio con el sindicato, lo que también corrobora el Director de Operaciones y Seguridad Marcos Antoniow, que depone en juicio, y que claramente lo explica; y **3-** no se probó que terceras personas hayan concurrido al domicilio del intendente Bahl, con posterioridad a la viralización del video -como si el delito por el que se acusara lo requiriera, y estuviera tal vez, en el marco del art. 45 del CP-.

Puntualiza el juez, que este extremo, de que personas concurrieran el 7/05/2020 a la casa de Bahl, no se pudo probar, a pesar de que se podría haber acreditado con imágenes de cámaras.

No se entiende bien por qué pone en duda este extremo que, aunque no requerido por el delito, surge de la escucha de la testimonial completa de Bahl, que no se encuentra transcrita en la sentencia, en la parte pertinente, aunque sí en partes, (asumida en la segunda cuestión por el mismo juez), como ya señalara.

Antoniow explica por qué la custodia, en el domicilio de Bahl y lo que sucedía. Surge además de la testimonial del mismo Mendoza, que prestaba funciones de seguridad. Mendoza explicó en debate, la existencia de personas a los que se identificó; expresó que cuando había algún incidente, de los tantos que hubo, el puesto policial del lugar daba la alerta. Los convocaba a ellos que tenían relación directa con la seguridad del intendente. Dijo que la gente iba, tocaba timbre, quería hablar con Bahl; muchas veces se generaban situaciones vinculadas a molestar a la familia;

no iban al despacho del intendente, sino al domicilio particular. No fue nunca agredido, pero algún insulto recibió; el poder de policía lo tenía la policía, él colaboraba. No reportaba a Antoniow, dijo. Cualquier situación la reportaba; preguntado por el defensor, dijo que hubo varios incidentes además del reportado, respecto del cual le fue exhibido el informe que obra en el legajo.

Si bien el juez hace hincapié en la ausencia de demostración de incidentes el día 7/05/20- fecha en la cual aconsejaba el imputado movilizarse a la casa Bahl y prenderle fuego con la familia adentro-desconoce y soslaya lo que los testigos le dicen respecto de los incidentes ocurridos en esos días, que en realidad hablan de la plausibilidad del riesgo, y de la seriedad de la cuestión, que debieron ser tenidos en cuenta.

Y llama la atención, como un defecto de motivación más, y de arbitrariedad de la presente sentencia, que el juez escucha al ex intendente Bahl en una larga declaración, aunque no la transcribe totalmente; escucha a quien está a cargo de la seguridad, Mendoza, que explican de los incidentes, y no dice que entienda que falten a la verdad de lo que dicen, a pesar de resolver como si lo hubieran hecho, poniendo en duda la plausibilidad de la incitación, a partir de sus mismos dichos.

Así, se limita a señalar que no está probado que hubiera incidentes, a la vez que hasta sugiere dudar, de la existencia misma de la familia del denunciante, puesto que dedica un párrafo a un requisito que entiendo irrelevante, respecto de la falta de ofrecimiento de las partidas de nacimiento y de matrimonio de los hijos y la mujer de Bahl.

Es decir, parece querer señalarse que ni siquiera está probado que Bahl tuviera mujer e hijos, que vivieran en su casa, y que entonces, el objeto de la instigación, concurrir a prender fuego a la casa de Bahl con la familia adentro, no tendría sentido. No se afirma, aunque se señala la ausencia de la documental que acredite el nacimiento de los hijos y el matrimonio, señalamiento que no se sabe a qué lleva.

Respecto del temor, ni siquiera el delito de amenazas lo requiere como elemento, lo que hemos señalado en números precedentes. Así, en "PIAZZA", "GONZÁLEZ, Juan José", y otros, puntualizábamos una cuestión

fundamental: “de ningún modo puede entenderse a la amenaza como un delito de resultado, que requeriría que la víctima efectivamente hubiera sentido miedo por el anuncio ilegítimo de tener que soportar un mal (razonamiento que al parecer hace depender de un estado subjetivo de la víctima la consumación del delito, alejado del tipo penal en cuestión)”, entre otras consideraciones sobre este delito, que se pueden consultar en los fallos mencionados.

De todos modos, además del olvido sobre la pregunta de qué se puede considerar probado en este delito, para qué, y qué es lo importa que se tenga por acreditado, las conclusiones terminantes respecto de la falta de prueba que contiene la sentencia son erróneas; al parecer, al haberlas sacado las inferencias de modo apresurado, sin detenimiento, de lo que surgía de la prueba.

En efecto, se afirma que Antoniow desmiente lo que dice Bahl y Mendoza -a pesar de usarse los dichos de Bahl en sentido contrario a la hora de descalificar la afección al bien jurídico al tratar la segunda cuestión-.

Así, se señala: “*destacar la concurrencia de personas al domicilio de Bahl producto de los dichos de Prestofelippo- tal como lo afirmaran el denunciante y Mendoza- es desmentida en forma categórica por el Crio general Marcos Antoniow, quien, al prestar declaración en el plenario y ratificar el informe de fecha 3/09/20, de lo que se pueden extraer las siguientes conclusiones*”- sic- p. 20.

Sin perjuicio de que eso no hacía a los extremos que debe ponderar el juez, se detiene a negarlos, y ello, a pesar de que esas negaciones no surjan de la prueba que pasa ante él.

En efecto, de los extremos referidos más arriba, que debió evaluar para determinar si la prueba lo llevaba a establecer que existió la materialidad del ilícito, esto es: si las manifestaciones implicaban un peligro cierto o inminente, en orden a determinar la seriedad de la incitación; si eran aptas para producir intranquilidad social; el marco en el que fue proferida la incitación, la publicidad, y la plausibilidad de ilícito al cual se instiga, en nada gravita si se produjeron, o no, efectivamente incidentes.

Si se hubieran producido, incidentes demostrativos del comienzo de ejecución del delito anunciado y aconsejado por Prestofelippo, estaríamos discurriendo sobre otro tipo de responsabilidad penal del mismo, una instigación como partícipe de estos delitos que sugería.

Por eso, la sentencia en este punto es aún más arbitraria: se pregunta por cuestiones que no debió preguntarse, pero además, se responde contradiciendo la prueba.

Antoniow no desmiente lo que dice Bahl, aunque ello no haga al fondo del asunto. Se lo escucha en el soporte fílmico, ser interrogado por la defensa respecto del informe que se agregó, en el que el testigo había informado un incidente en abril. El defensor le pregunta: ¿puede agregar un incidente a esto, o Ud. ratifica todo lo que menciona?; *“este informe se implementa a raíz de los incidentes”*, dijo; *hubo algunos hechos que por ahí va gente, por ahí el Sr. Mendoza me informa de algunos hechos que la “parada” los tomaba como normal, pero con respecto al informe ese es referente al hecho ese que está informado”*.

Así, no se advierte la *“desmentida”*. Pero además, la referencia a la testimonial de Adán Bahl, en la sentencia, culmina: *“Luego el testigo respondió a preguntas de las partes se le exhibieron las denuncias, formuladas, y la documentación acompañada para que reconozca la firma inserta en ella”*.

Ahora bien, reproducida su testimonial, se lo escucha explicar sobre todos los incidentes, los mismos que el juez niega que se hayan producido, según la prueba arrimada.

Llama la atención que, a pesar de hacerse preguntas el juez en la sentencia respecto del temor, y de estos incidentes, gran parte de la testimonial del ex intendente no esté siquiera referida, ni reseñada.

Así, se escucha que dice al respecto, que Bahl dice que en su casa, pasaban y golpeaban el portón, gritaban, iban permanentemente; que vive muy cerca del sindicato. Y que podía percibir que la amenaza se podía llevar adelante. Y luego de referir lo que sí la sentencia dice que dijo, la testimonial continúa; dando Bahl información muy rica que no se consigna en la sentencia.

Así, dijo que no consideraba un exabrupto ni algo sacado de contexto, fue un proceso en el que se buscó se generara toda la instancia, y remitir a esta situación: *"no vayan al concejo deliberante vayan a la casa de Bahl y préndale fuego"*. Contó el denunciante que comenzó a replicarse en distintos medios, no sólo en el medio que usa la persona a la que él le hizo la denuncia, sino que otros medios, innumerables, se la pasan; otro medio, Cinco intransigentes, se la pasaban. Señaló: *"mi jefa de prensa me dijo mirá: tiene cientos y cientos de seguidores"*. Por lo que concluyó: *esto quiere decir que esto puede llegar a cualquier persona, en cualquier situación mental que puede llegar a hacer cualquier cosa; tenía gente conocida que me decía cuídate*. Dijo que la situación que vivió él y su familia, no era una situación que podía dejar liberada; y que muchas personas le decían que podía pasar cualquier cosa.

Aportó que a su casa iban continuamente; que su hijo menor le decía: *"papá, viniste a cambiar la ciudad, y yo estoy amenazado"*; su señora le decía: *¿qué vas a hacer?*. Reflexionó: *"vas de intendente, no a exponer a tu familia a que le prendan fuego"*.

Aportó que por eso siempre tenía mucha relación con la policía, lo mismo su equipo, y se hace una custodia reforzada. Ante preguntas, dice que a su casa iban permanentemente. En el minuto 26:35, (audiencia del 29/04/24) se lo escucha: *"hubo diferentes situaciones. Mucha gente iba y golpeaba, se quedaba, se quedaba en la esquina, lo podíamos ver por las cámaras, yo trataba de no atender, a veces iban 3 o 4 personas, querían hablar conmigo, yo no los atendía, y hablaban con la gente de seguridad. Se hace una custodia reforzada en mi domicilio. Además, que era una constante, en cada una de las reuniones que se hacían del sindicato, el pasar, el decir "acá vive", señalar también, eso se podía ver en las cámaras de seguridad. Era una situación tensa que nada tiene que ver con la función del intendente"*.

Explicó que llegó con intenciones de cambiar la ciudad, no fue a exponer a su familia. En el minuto 27:15, señaló: *lo grave de todo esto era el contexto, todos sabíamos de lo que estábamos hablando y la gravedad de la situación, por lo que se estaba viviendo*.

El hostigamiento, dijo, no era sólo hacia él, había situaciones en las que no hubo denuncia penal; y contó que quien estaba a cargo de la Secretaría de Gestión Estratégica, Camila Farías, se le publicó el número de teléfono, y se fue de la gestión, por las constantes amenazas que sufría. En el minuto 29:56 aclaró que no fue un hecho aislado, no fue una acción intempestiva, algo que se dice "yo me equivoqué muchachos, se malinterpretó": sino que se trató de una situación crítica.

Al preguntarle sobre los actores involucrados, que había referido, explicó que había que tener en cuenta la situación en la que estaban: *"estábamos haciendo un reordenamiento, que se puede tomar como acción demasiado dura por parte de la gestión entrante. Había personas que se desvinculaban, había personas calificadas, pero es un municipio que tiene mucha gente, y habíamos desvinculado a mucha gente. Gente que ha tenido vínculos con el narcotráfico, con robo, incluso en flagrancia. No es "Disneylandia" el Municipio. Había situaciones vinculadas con el narcotráfico, yo hablaba con el juez federal, y además, hay que tener en cuenta que eran personas influenciables, que era un contexto complejo.*

Agregó que en las reuniones que se hacían el sindicato nucleaba gente que él había desvinculado. Y en esas reuniones, había un montón de gente que pegaba al portón de su casa, que pasaba. Contó que percibía que se iba avanzando en el sentido de las amenazas, y explicó por qué había policías en la municipalidad, y la situación que se daba.

En el minuto 38:26, señaló que, en ese momento, en el Concejo Deliberante había muchas actividades: trabajaba contra reloj, con una ordenanza de emergencia, había que tomar muchas medidas. Y aclaró que justamente, la citación dice "no vayan al Concejo, les recomiendo que vayan a la casa de Bahl y préndanle fuego, con él y la familia adentro".

En su impresión, dijo que era un relato claramente construido, no fue un exabrupto: le dice a esas 280 familias *"guarda se le viene la situación complicada a Bahl, pero no vayan al concejo deliberante, vayan a la casa de Bahl y prendale fuego..."*.

Y que eso no era un: "me enojé, lo dije y me retracto", sino que podía

ser tomado por alguien que se sintiera afectado.

Señaló que hubo una convocatoria al Concejo y el relato de Prestofelippo decía que no fueran allí; el alcance de la publicación fue tremendo, y mucha gente le decía que tuviera cuidado.

Por otra parte, se leen algunos de los comentarios a la publicación, que le fue exhibida por el fiscal: "nadie se atreva a tocar al Presto o va a haber problemas"; "sigan apretando que ya vamos a responder"; "impresentable de mierda, tené dignidad y renuncia". Se trataba de seguidores de la página que toman lo que él dice -el imputado- y reaccionan en este medio con su forma de pensar, lo que da la pauta de qué manera la incitación a la violencia genera en las personas una conducta en ese sentido.

A preguntas de la defensa, dijo el denunciante que no había tenido situaciones de protesta, que había reuniones. Le preguntó sobre el día 7/05/2020, y respondió que no recordaba si ese día puntualmente había, o no, una reunión frente a su casa.

Y aclaró, a las confusas preguntas de la defensa, que lo que acababa de leer eran comentarios de la gente que tal vez no vivía en Paraná, que no eran críticas a la gestión. Y que distinguía perfectamente las críticas a la gestión, que respetaba la libertad de prensa, que incluso se aguantaba la difamación, pero que *aquí estamos* sólo por la actividad de Prestofelippo.

La defensa le preguntó: ¿Hubo alguna conmoción social por el video de Prestofelippo?. A lo que contestó: "*No sé, estaba 12 o 13 horas tratando de llevar adelante una gestión, no estaba visualizando esa situación, pero sí tomé muchas precauciones, porque obviamente no podía quedar en la calle, "regalado".*

Y luego la defensa le dice ¿el video de Prestofelippo puso en riesgo el orden público, de Paraná, al menos? -min. 52:27-, a lo que el testigo responde: "**Yo nunca dije eso, y no lo puedo interpretar tampoco así. Yo creo que el video de Prestofelippo lo que puso en riesgo la vida de mi señora, de mis hijos y de quien le habla**". Aclaró que cuando le preguntaron si vivía cerca del sindicato dijo que sí, qué es lo que veía: gente que pasaba, gritaba, golpeaba la puerta, antes no lo había visto.

X- A este "resultado" de la no producción de incidentes en el lugar, que

el juez quiere tener por acreditado, para descartar la "conmoción social" mezclando otros tipos penales, le agrega que "quedó acreditado" que ningún trabajador municipal ni ninguna otra persona concurrió a la casa de Bahl a prenderle fuego ese día, 07/05/2020.

Ello importa un total soslayo de la figura. Si esto fuera necesario, y estuviera acreditado, no se estaría juzgando un delito de incitación a cometer delitos, por más reiterativo que a esta altura parezca.

A las contradicciones en la sentencia se le suman afirmaciones apodícticas, sin fundamentación y afirmaciones poco serias, sin asidero. Así, señala el juez que en relación al tipo objetivo, no se da la acción típica de "incitar" porque fue un extremo que no probó la fiscalía, como si fuera un resultado.

A la vez, no se vio afectado el bien jurídico tutelado, y que más allá que no se controvertió que Prestofelippo se dirigió a un número indeterminado de personas a través del canal de YouTube, de manera pública, y aconsejó a su audiencia que concurriera a la casa de Bahl a prenderla fuego, con la familia adentro, se requería **seriedad en la instigación**.

El despeje de esta "seriedad" que hace el juez es un argumento que resulta insólito, sobre todo, cotejando lo que el mismo autor doctrinario que cita, dice en el texto.

Así, el juez, analiza que, como según Donna, se deja de lado en la instigación el simple "consejo", y lo que textualmente habría dicho Prestofelippo es que les "**aconsejaría**" a los trabajadores municipales que no vayan al concejo deliberante, o no prendan fuego a la Municipalidad, vayan a la casa de Adan Bahl y préndale fuego con la familia de Bahl adentro", lo del imputado, colige el juez, habría sido eso, un consejo, no una instigación.

Ahora bien: desconociendo el juez la polisemia del lenguaje, recorta el sentido de lo que afirma Donna -que es copiado por la comentarista Requejo que cita- en una parte, y así señala: En el mismo sentido se pronuncia Edgardo Alberto DONNA, en "*Derecho Penal Parte Especial*", T. II-C, pág. 285, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2002, quien sostiene que "...se deja

fuera del tipo penal el simple consejo, la mera propaganda ideológica...".

Ahora bien, esta línea del texto de Donna, es extraído de un párrafo, que precisamente, al ocuparse del tipo objetivo del delito, señala lo que le quitaría seriedad a la instigación. Para calificar de seria una instigación, en el párrafo completo que no se cita por el juzgador, se señala: "sí se exige que el delito que se instiga sea serio, por lo cual, como bien se ha afirmado, se deja fuera del tipo penal el simple consejo, la mera propaganda ideológica". La palabra "consejo", entonces, en el texto, quiere asignar algo más liviano -por eso se le adiciona "simple"- algo más inocuo que un serio delito: no es el mero empleo de la palabra, literalmente usada, la que determina que un consejo no sea una incitación. Es más, el propio Donna cuando desarrolla la instigación del art. 45 del CP y explica qué es determinar a otro, habla de los modos que pueden usarse: ruego, convencimiento, la promesa, un consejo -p. 283 de la misma obra-.

Por lo que esta identificación de la palabra usada en el texto del doctrinario como excluyente del delito, con la escogida por Prestofelippo es absolutamente forzada, y niega el sentido mismo del diálogo.

Este viraje se hace en la "segunda cuestión", y resulta una afirmación sin razón, que además, de haberla realizado antes, le hubiera ahorrado el errático discurrir sobre el bien jurídico, las confusiones sobre los extremos a probar, y lo que sigue después, que resulta hasta redundante en la búsqueda desincriminante.

Así, un intento de seguir el derrotero argumental del vocal me suscita múltiples interrogantes: ¿puede decirse que aconsejar quemar la casa de un intendente con la familia adentro es un consejo?. Es además, ¿"un consejo político"? (recordemos que el juez califica su discurso como tal, "editorial político", para equipararlo al ventilado en la causa "Bonafini"); ¿qué lugar ocuparía, en este sentido, "el perdón del que habla luego"?; ¿por qué se pediría perdón ante un consejo?.

En efecto, luego de estas afirmaciones sobre el consejo, el vocal toma el pedido de perdón del imputado y le otorga un rendimiento trascendente, ya que por aquél concluye el vocal que no habría dolo. Pero el perdón que pide el imputado es por "la vehemencia", pero ¿es la *vehemencia* lo que

describe el juez?. A mi entender lo describe de modo errado: "es un accionar irreflexivo". Si así fuera, es decir, si el accionar fuera irreflexivo, ¿falta por ello el dolo?; ¿está en una situación de incompreensión de las acciones?.

¿Cómo puede tratarse de un accionar irreflexivo, que a la vez sea un consejo?. ¿Podemos concebir consejos irreflexivos?. Si se trata de un consejo que se da por obra de los impulsos, ¿Prestofelippo se dejó llevar por los impulsos, a lo largo de 55 minutos de video y a pesar de ello, pidió perdón?.

Como puede apreciarse, esta ilación contiene serios problemas, y no puede presentarse de modo razonable, de la forma en que lo hace el juez.

Se vuelve, en la sentencia, con la idea de la *máxima taxatividad*, y señala, el vocal, que se tienen que limitar la punición de ideas y opiniones, y de nuevo se suscitan, entonces, las perplejidades: ¿es ahora aquel consejo irreflexivo, del que se arrepintió, una opinión o una idea?.

Pasamos de dichos *inocuos*, que no afectan el bien jurídico, a dichos que son consejos, a la vez que opiniones, ideas, accionares irreflexivos, y discursos políticos. Esos consejos irreflexivos que luego mutan a opiniones o ideas, en la página 30 se vuelven "críticas políticas". Críticas políticas apasionadas, encendidas, en el marco de una indignación y hartazgo por algo que no se alcanza a explicar, -porque no es trabajador municipal- que hacen atípica la conducta. Confirma el juez luego que es igual a lo de "Bonafini", pero, como dije, no hay intersección.

XI- A continuación, el juzgador, hace otro viraje y vuelve a confundir el bien jurídico protegido, requiriéndole al tipo penal más de lo que pide: "*lo que la ley reprime son los actos de quien intente quebrar ese estado de tranquilidad pública que resulten potencialmente aptos para producir un estado de pánico general o un clima de violencia colectiva en el seno de la población*". Este párrafo es una copia de un extracto del dictamen de la Dra. Ochoa, que no está debidamente citado (en la sentencia se menciona el dictamen más adelante), que habla del delito de incitación a la violencia colectiva (art. 212 del CP).

Y como si esto no valiera, por si se duda de la atipicidad que implica

dar un consejo irreflexivo, arrepentido por el perdón, poco serio, que luego es una opinión o idea, que transmuta en crítica política, debe considerarse aún que falta la faz subjetiva, el dolo directo.

Para afirmar esto, el juez razona citando a Donna, con cita a Molinario y Aguirre Obarrio, en la parte especial, que señala que el instigador debe tener tres fines, desde el punto de vista subjetivo, es decir: ser escuchado, influir en la mente del público, con una instigación seria, y tener el fin de que alguien recoja la idea y pase a la acción. Descarta así, el juez, de modo irrazonable, y contradictorio, estos dos últimos extremos, porque "pidió perdón por la vehemencia", que al parecer, era el contenido del dolo en esta instigación.

Luego, el análisis de la sentencia hace un giro aún más curioso: afirma que a los dichos de Prestofelippo les faltó **claridad**, porque aún, al día de hoy, no se sabe cuál era el domicilio de Bahl.

De esta aseveración pueden derivarse varias situaciones irracionales, que no pueden afirmarse en una sentencia: Y, entonces, ¿la custodia policial dirigida por el director de Operaciones y Seguridad custodiaba una casa incierta?; ¿No se cercioraron que allí viviera Bahl?. La claridad de los dichos de Prestofelippo, ¿dependía de la prueba a la postre a realizar en un eventual juicio sobre ¿quién es la esposa de Bahl, cuántos hijos tienen?.

La claridad de la instigación de prenderle fuego a una familia, ¿requiere, como requisito previo, que el instigador individualice el domicilio?. Es decir, que los dichos de Prestofelippo serían poco serios, porque contaba con que luego no se probaría quién es la esposa de Bahl, ni sus hijos, y entonces, el llamado a quemarlos, ¿no reviste seriedad?. Esto, como es obvio, son conclusiones que resultan insostenibles.

Porque según se lee, el juez, dice que el hecho no puede considerarse delito porque sus dichos no fueron claros, basado en esos extremos. A la vez, que no se probó, porque no se los llamó a declarar a la familia de Bahl. A la vez, no fueron serios porque el imputado pide perdón en forma inmediata. Y también, porque lo hace al prestar declaración en calidad de imputado.

Esta es una afirmación en parte falsa: no pidió perdón por lo que dijo,

sino por la vehemencia, tal vez para no irritar tanto a su audiencia, que a pesar de acostumbrada, puede tener sus límites. Y por otra parte, resulta ilógica: decir que no era seria, porque luego, en el juicio, pidió perdón, nos lleva a preguntar: ¿Le faltaba ya seriedad el 2/05/20 cuando habla, porque sabe que el 29/04/24 pedirá perdón? Esto es una afirmación también insostenible por lo ilógica; porque hace depender la seriedad de lo que hizo en el pasado de lo que el imputado haría en el futuro. Hay problemas en los momentos en los que se aprecian los términos.

Y finalmente, el juez, agrega apodícticamente, que los dichos del imputado no fueron capaces de generar convicción en terceros, lo que extrae del hecho de que Prestofelippo convocó a sus seguidores a concurrir a la sustanciación del debate, y no fue nadie. Sin perjuicio de lo ilógico que resulta esta última afirmación con respecto a la anterior: ¿los convocó a un debate donde pediría perdón por sus dichos, para que sus seguidores presenciaran su acto de contrición?, el razonamiento ignora la adhesión *light* de las redes, la distancia entre un *like* y una adhesión real, un acompañamiento personal y afectivo. Entre "seguidores" de redes y el concepto de discípulos o prosélitos de alguien, con voluntad de ser conducidos, además de ignorar a los interlocutores de entonces, a los que incitó en el medio del conflicto que el ex-intendente Bahl aludió en el juicio, que estaban imbuidos en otra situación, de despidos y peleas, graves por los sueldos y las desvinculaciones. Arrasar unos interlocutores, a los que les podía llegar la incitación, y compararlos con las personas que eventualmente lo acompañarían al juicio cuatro años más tarde, es también irrazonable.

Como también lo es la afirmación circular de que no generaron convicción en terceros –¿falta de idoneidad para incitar a terceros?, porque, a pesar del llamado, nadie vino al juicio.

Se advierte una absoluta confusión de planos: la afirmación de que Prestofelippo tiene una "inexistente capacidad de inducir a terceros", no la puede colegir de esto; la seriedad de la incitación no la puede derivar *ex post* de que nadie fue a la casa de Bahl, ni al juicio.

Casi finalmente, le agrega otro giro: en otra afirmación absolutamente

sin fundamentos, señala que el imputado JAMÁS quiso que el hecho se concrete: sino, señala, hubiera informado el domicilio del ex-intendente, para que concurren terceros a prender fuego, hubiese sugerido el modo en que podrían haber generado el foco ígneo, etc. Es decir, de los detalles de cómo realizar tan grave delito que no dio, de lo que no ocurrió, extrae arbitrariamente, lo que el imputado no quiso en su fuero íntimo, lo que, por otra parte, no forma parte del dolo, ni del tipo.

Para concluir, a lo que el juez previamente tilda de consejos irreflexivos, poco claros, poco serios, consejos de los que se arrepintió por su vehemencia, luego los enmarca dentro de "críticas políticas", y entonces, les encuentra protección dentro del derecho fundamental de la libertad de expresión. Demás está agregar que si nada dicen, nada sindicán, son irrelevantes, y no se sabe al respecto, de qué entonces, habría que sentir el imputado, cierto remordimiento, ¿por qué el perdón?. ¿Para qué valdría predicar su libertad -aparentemente son dichos más que absurdos, no serios, que nada dicen, nada agregan-; entonces, no se sabe cómo se encuadran esos dichos, en el concepto de "críticas políticas".

Al respecto, vale señalar que institucionalmente, como miembros de un poder del Estado, es grave que afirmemos que invitar a quemar la casa de una persona, que detenta una función gubernamental, con la familia adentro, sea un discurso político, o sea un acto de tal naturaleza. Lo mismo vale para otras expresiones que la sentencia, califica como políticas: "*El tenor de la línea editorial del video, es un discurso de carácter político*", reza la sentencia en su página 21, trayendo, entre otros de los dichos, del video: "**Haga Patria, Mate un Chorro**".

La eliminación física del adversario, el deseo de que los tomen a golpes, la justicia por mano propia, hasta el pedido de la temible pena de muerte en manos de particulares para con los ladrones, en nombre de la patria, no forma parte de la política que nuestro país asume como posible, con su juego democrático, sus Convenciones Internacionales, y su respeto debido, e irrenunciable, a los derechos de las personas. Es una invitación a la guerra, al odio desenfrenado, no al juego de la política, entendida en nuestro marco constitucional; estas calificaciones no deberían surgir de las

palabras, puestas en sentencias, de jueces de la democracia.

XII- Por todo ello, propicio **anular** la sentencia del Vocal de Juicio que resolvió la absolució de Eduardo Miguel Prestofelippo, y **remitir** la causa a origen, a los fines de que un Tribunal debidamente integrado, reedite los actos pertinentes, se disponga un nuevo juicio y se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a Derecho.

Finalmente, en relación a las costas y atento al resultado al que se arriba, luego del tratamiento de la cuestión, corresponde imponerlas a la parte vencida -art. 584 y 585 CPPER-.

Asimismo, habiendo solicitado el Sr. Defensor Técnico del imputado, que se regulen sus honorarios profesionales por su actuación, corresponde que los mismos sean determinados por su labor profesional realizada únicamente en esta instancia de Casación, a través de la comparecencia a la audiencia de mejoramientos fijada. En atención a una razonable aplicación al caso, de las pautas generales previstas en los arts. 3, 4, 5, 12, 30 y 97 incs. 1º de la ley 7046, teniendo en cuenta la labor desplegada, estimo que corresponde regularlos en la cantidad total de 45 juristas a valor de \$ 60.388,44 cada Unidad Arancelaria, conformando un total de PESOS DOS MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE con OCHENTA CENTAVOS (\$2.717.479,8) -arts 3, 4, 5, 12 y 97 incs. 1º de la ley 7046-, a cargo de su defendido.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta, la Dra. **MARCELA DAVITE** y el Dr. **GUSTAVO PIMENTEL** expresaron que adhieren al voto precedente.

A mérito de lo expuesto, y por Acuerdo de todos sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I.- ANULAR la sentencia dictada por el Sr. Vocal del Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Paraná, Dr. Santiago Brugo, de fecha 21/05/2024, y en consecuencia **REMITIR** la causa a origen, a los fines de que un Tribunal debidamente integrado, reedite los actos pertinentes, se disponga un nuevo juicio y se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a Derecho.

II.- REGULAR los honorarios profesionales del Dr. Lafferriere, por su actuación en esta instancia, en la cantidad total de 45 juristas a valor de \$ 60.388,44 cada Unidad Arancelaria, conformando un total de PESOS DOS MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE con OCHENTA CENTAVOS (\$2.717.479,8) -arts 3, 4, 5, 12 y 97 incs. 1º de la ley 7046-, a cargo de su defendido.

III.- DECLARAR las costas a cargo de la parte vencida -art. 584 y 585 CPPER.-

IV.- PROTOCOLÍCESE, notifíquese, regístrese y en estado, bajen.

MARCELA DAVITE

MARCELA BADANO

GUSTAVO PIMENTEL

Existiendo regulación de honorarios a abogados y/o procuradores, cumpliendo con lo dispuesto por la Ley 7046, se transcriben los siguientes artículos:

Art.28: Notificación de toda regulación:"Toda regulación de honorarios deber notificarse personalmente o por cédula. Para el ejercicio del derecho al cobro del honorario al mandante o patrocinado, la notificación deber hacerse en su domicilio real. En todos los casos la cédula deber ser suscripta por el Secretario del Juzgado o tribunal con transcripción de este artículo y el artículo 114 bajo pena de nulidad. No será necesaria la notificación personal o por cédula de los autos que resuelvan los reajustes posteriores que se practiquen por aplicación del art. 114".-

Art.114: Pago de honorarios."Los honorarios regulados judicialmente deberán abonarse dentro de los diez días de quedar firme el auto regulatorio. Los honorarios por trabajos extrajudiciales y los convenios por escrito cuando sean exigibles, se abonarán dentro de los diez días de requerido su pago en forma fehaciente. Operada la mora, el profesional podrá reclamar el honorario actualizado por aplicación del índice previsto en el Art. 29 desde la regulación y hasta el pago, con más un interés del 8% anual. En caso de tratarse de honorarios que han sido materia de apelación, sobre el monto que quede fijado definitivamente en instancia superior, se aplicará la corrección monetaria a partir de la regulación de la instancia inferior. No será menester justificar en juicio los índices que se aplicarán de oficio por los Sres. Jueces y Tribunales".-

Ariel N. Avellaneda

**Director de OGA de Paraná
Cámara de Casación Penal
-Sala I-**