

## **SE PRESENTAN EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE**

Al presidente de la Sala XXXX de la  
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal  
y Correccional Federal de la Capital Federal

Adrián N. MARTIN, D.N.I. 23.476.504, y Fernando GAUNA ALSINA,  
D.N.I. 30.673.412, en nuestro carácter de Presidente y Secretario General de la  
Asociación Pensamiento Penal, respectivamente, nos presentamos y decimos:

### **I. OBJETO**

La Asociación Pensamiento Penal viene a expresar su opinión sobre algunos de los aspectos debatidos en el presente recurso de apelación en favor de Miguel DE PAOLA, que tramita ante la Sala a su cargo bajo el n° de causa XXX, esperando que sea tomada en consideración por los integrantes del tribunal y contribuya a la mejor resolución del caso.

### **II. PERSONERÍA**

Como lo acreditamos con la copia de los estatutos sociales y acta de distribución de cargos, que son fieles de sus originales y que se encuentran a su disposición, resulta que los suscriptos nos encontramos estatutariamente habilitados para obrar en nombre y representación de la Asociación Pensamiento Penal - (Resolución D.P.P.J. 9196) con domicilio legal en 111 Nro. 1716 de Necochea, provincia de Buenos Aires-.

### **III. LEGITIMACIÓN DE LA ASOCIACIÓN PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN**

Es pertinente indicar que la Asociación Pensamiento Penal es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados de la matrícula, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos en general y de los incorporados a la Constitución nacional en el artículo 75 inciso 22.

Cabe remitir al artículo 2 del estatuto social de APP, que fija el objeto social de la entidad, y particularmente a sus incisos “a” (Procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país), “e” (Propender al progreso de la legislación en general y en articular la penal a fin que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y el respeto de la dignidad individual) y “h” (Pronunciarse sobre leyes, proyectos de leyes, ordenanzas, decretos o cualquier documento normativo, que traten directa o indirectamente temas relativos al derecho penal, los derechos humanos, torturas o medidas de seguridad).

APP es responsable de la publicación de la revista electrónica “Pensamiento Penal” ([www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)) en la que se publican mensualmente materiales jurisprudenciales, doctrinarios, informes, etcétera, sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. También cuenta con una publicación institucional ([www.pensamientopenal.org.ar](http://www.pensamientopenal.org.ar)) donde

diariamente se publican las noticias relacionadas con el mundo penal y que son remitidas vía mail a más de diez mil contactos.

Estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que le cabe abarcar, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario. Como antecedentes más inmediatos y relevantes de este tipo de presentaciones, vale tener en cuenta el “*amicus curiae*” acompañando la acción que fuera iniciada por los detenidos en Penitenciarías de Mendoza en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados de ello por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto (autos 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza).

En otra oportunidad, APP ha acompañado con sendos *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo que la Corte Suprema Nacional ordenara en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del hábeas corpus de la causa “*Verbitsky*”.

APP también ha efectuado presentaciones ante el máximo Tribunal nacional solicitando la invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería nacional en zonas fronterizas de la República Argentina (causas “*Tonore Arredondo*” y “*Jiménez Manrique*”), y ha realizado una presentación en el marco de una solicitud judicial, propiciando la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

Por lo demás, debemos señalar que APP también ha intervenido en este mismo carácter en el Expediente N° 229/12 del registro de la Comisión de disciplina y acusación del Consejo de la Magistratura de la Nación, seguido contra el juez Axel Gustavo López, ocasión en la que brindó argumentos para que dicho órgano desestime las denuncias que pesaban en contra del magistrado por haber incorporado al interno Juan Ernesto Cabeza al régimen de libertad condicional, previsto en la ley vigente.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP para intervenir como amiga del tribunal en este caso, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas y la independencia del Poder Judicial.

#### **IV.- MOTIVACIÓN**

##### **a) Con relación a la ley 26.734**

Sin perjuicio de los agravios que integran el recurso de apelación presentado por la defensa de DE PAOLA, esta Asociación se propone demostrar que resulta arbitraria la aplicación del agravante descripta en el art. 41 quinqués del Código Penal en este caso concreto y que, además, se trata de una legislación inconstitucional.

En efecto, de modo más general, cabe recordar que esa norma fue introducida en el marco de la ley 26.734, comúnmente denominada “Ley Antiterrorista”.

Sobre esta norma debemos decir, tal y como sostuvimos en el momento de su sanción, que debería ser derogada por constituir una doctrina jurídica regresiva que crea delitos que no penan actos sino a sus autores y sus supuestas intenciones e ideas, pudiendo involucrar activistas sociales o políticos.

A modo de ejemplo, el caso chileno ha demostrado que este tipo de leyes han sido inútiles desde el punto de vista de lo que se perseguía con ella. Su aplicación en ese país culminó con el reciente pedido del Comité de Derechos Humanos de la ONU pidiendo la reforma de la ley, y sentencia en contra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenando revocar ocho condenas aplicadas en 2003 contra siete mapuches y una activista bajo esta problemática figura legal (CASO NORÍN CATRIMÁN y OTROS VS. CHILE. SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2014).

Si bien en el caso argentino se agregó una excepción con respecto a los hechos “*que tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional*” (Ley 26.734, art. 3), es posible afirmar que el criterio de priorización de derechos queda librado al arbitrio de las autoridades judiciales y, por constituir un agravante de todos los delitos del código penal, esta ley también sirve para ampliar el criterio de amenaza a la seguridad y de identificación de presuntos enemigos terroristas y asociados, potenciando las tareas intrusivas de los órganos de inteligencia en la sociedad.

Este modo de proceder le quita seriedad al principal problema de la Argentina en vinculación con la lucha al terrorismo: la impunidad de los eventos ocurridos en los años 90's y la falta de reparación a los familiares de las víctimas.

b) La colisión del art. 41 quinquies del Código Penal con el principio de legalidad

En primer término, resulta oportuno insistir en la falta de adecuación del agravante aplicado en el presente caso a las exigencias del principio de legalidad previsto en el artículo 19 de la CN y 9 de la CADH. En este sentido, entendemos que la vigencia de una normativa penal como la mencionada, por su vaguedad e indeterminación, posibilita su aplicación de manera arbitraria.

En relación a ello, resulta pertinente recordar los términos en los que la Corte IDH ha definido las obligaciones de los Estados en relación al modo en que deben tipificar penalmente conductas. Así, se ha recordado que:

“En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana” (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121)

Agregando luego que:

“Cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano” (Caso Kimel vs. Argentina, sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 63)

Asimismo, en el ya mencionado caso donde se condenó al Estado de Chile, se advirtió sobre los peligros que implica la vaguedad con la que usualmente son tipificadas penalmente las conductas “terroristas”, señalando que:

“Tratándose de la tipificación de delitos de carácter terrorista, el principio de legalidad impone una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios, de forma que tanto cada persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal. Ello es particularmente importante en lo tocante a los delitos terroristas porque respecto de ellos suele preverse la imposición de penas privativas de libertad más graves y de penas accesorias e inhabilitaciones con efectos importantes respecto del ejercicio de otros derechos fundamentales” (Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 163)

De acuerdo con ello, es posible afirmar que los términos empleados por el artículo 41 quinquies del Código Penal (por ejemplo, la “*finalidad de aterrorizar a la población*”) no se adecuan a la exigencia de los estándares previamente señalados. Su excesiva indeterminación y vaguedad termina posibilitando que,

como en el presente caso, su aplicación quede librada a la discrecionalidad judicial, que es precisamente lo que se pretende evitar con el cumplimiento de dichas pautas.

En consecuencia, puede afirmarse que estamos frente a un agravante inconstitucional por contradecir el principio de legalidad previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional y, por vía del artículo 75.22 de ésta, en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

c) Con relación a la aplicación de la agravante contenida en el art. 41 quinquies al caso de DE PAOLA.

En segundo lugar, consideramos oportuno recordar el precepto legal en trato. Éste, previsto en el artículo 41 quinquies del Código Penal, en su parte pertinente establece que *“Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.”*

Con esto en mente, proponemos una nueva lectura de los argumentos utilizados para justificar su aplicación. En ese sentido, se dijo en la resolución que:

*“Finalmente, y en cuanto a la agravante prevista en el art. 41 quinquies del C.P. entiendo que **los mensajes publicados por De Paola presentaron connotaciones de corte terrorista**, de allí la aplicación de la misma”* (el resaltado es propio).

*“Habré de destacar que las convenciones y protocolos en la materia y antecedentes en nuestra legislación local, definen a los actos de*



*terrorismo como delitos contra la paz y contra la seguridad social, en clara alineación a lo establecido en el ámbito internacional donde se entendió al terrorismo como una de las formas más brutales de violencia que actualmente, perturba a la comunidad internacional, pues ataca a personas totalmente inocentes, víctimas causales de dicho accionar.”*

*“Obsérvese, tal como sucedió en el caso bajo estudio, que generalmente los objetivos de los ataques terroristas son los lugares de vida cotidiana y no objetivos militares, este tipo de accionar recae y golpea a ciegas, fuera de las reglas con las que los hombres han tratado de regular sus conflictos.”*

*“El terrorismo representa un manifiesto desprecio hacia la vida humana y ninguna motivación puede justificarlo, puesto que dichos actos amenazan seriamente la paz y la seguridad de la comunidad internacional.”*

***“Las imágenes publicada por De Paola, junto a los textos en caracteres árabes denotan claramente una entidad suficiente como para aterrorizar la población, debido a su indeterminación en cuanto a los posibles blancos a atacar, generando de esa manera un alto grado de incertidumbre en la población en cuanto a su concreción”*** (el resaltado es propio).

*“Imágenes del servicio de subterráneos de la ciudad, edificios comerciales (shopping) o emblemáticos de la ciudad, distintas leyendas en lo que aparentaría ser idioma árabe o las leyendas #prayforargentina (reza por argentina) contaron con la frase ‘explorando la ciudad que nos ha mandado allah para hacer la misión todo se ve fácil’.”*

Tras esas afirmaciones, a lo que suma la mención del usuario “*HassanAbuJaaf*” de la red social twitter en dos discos rígidos pertenecientes a DE PAOLA, concluye la jueza que todo este análisis le permite afirmar que la conducta analizada tuvo **“entidad suficiente como para aterrorizar a la población con la creencia cierta de la posibilidad de un inminente ataque. Por tales motivos es que entiendo que resulta aplicable al caso la agravante prevista en el art. 41 quinqués del Código Penal.”**

Tal y como surge de una lectura de éstos argumentos, resulta válido sostener que, al tener los mensajes publicados en twitter por DE PAOLA “*connotaciones de corte terrorista*”, tuvieron capacidad suficiente para aterrorizar a la población con la “*creencia cierta de la posibilidad de un ataque inminente*”.

En efecto, como ya se repasó en el desarrollo de estos argumentos, el art. 41 quinqués del Código Penal, agrava la pena de cualquier delito en base a dos supuestos. El primero de ellos consiste en si el accionar del agente fue “*cometido con el fin de aterrorizar a la población*”. El segundo de ellos, esto es la intención en el obrar del agente de forzar a un gobierno u organización internacional a cometer un acto o abstenerse de hacerlo, parece no resultar de interés para la presente. En efecto, los mensajes publicados por DE PAOLA no tenían como destinatario ninguno de esos receptores.

Resta, entonces, analizar el primer supuesto, y determinar si el accionar de DE PAOLA fue “*cometido con la finalidad de aterrorizar a la población*”.

Sobre esto, cabe decir que la finalidad de la acción, por si sola, no puede ser el único elemento que agrave la pena del reproche penal, ya que ello puede contradecir el principio de lesividad previsto en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

En este sentido, se ha dicho que *“El estado que pretende imponer una moral es inmoral, porque el mérito moral es producto de una elección libre frente a la posibilidad de elegir otra cosa: carece de mérito el que no pudo hacer algo diferente. Por esta razón el estado paternalista es inmoral...las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta. Conforme a esta decisión por el estado moral...no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse...”* ( Zaffaroni, Slokar y Alagia *“Derecho Penal, Parte General”*, Ediar, Bs. As., 2002, p. 120). El resaltado es propio.

También se puede agregar, junto con el siempre vigente Carlos Nino que *“...el derecho no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad del modo de vida; el derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones...”* (“Los límites de la responsabilidad penal”, Bs. As., Astrea, 1980, p. 287).

En idéntico sentido, APP considera que, más allá del relevamiento de la finalidad del autor y sin perjuicio de lo expresado por DE PAOLA en su declaración ante la jueza, es necesario realizar un análisis más completo de la cuestión en materia de adecuación típica objetiva.

Ello es así porque la conducta por la que hoy DE PAOLA se encuentra privado de su libertad no alcanza a superar el examen de tipicidad objetiva. Esto así en tanto no se encuentra acreditado en la causa –porque no existió– perjuicio alguno ocasionado por DE PAOLA, en lo que hace al bien jurídico que la norma intenta

proteger al agravar las penas cuando la conducta afecte la tranquilidad de la población argentina.

Así, la agravante en trato no puede incrementar la punición por el mero hecho de la finalidad del autor sino que, también, la conducta debe acarrear la posibilidad concreta de que se produzcan tales consecuencias.

En tal sentido, se dijo, para caracterizar a los delitos de peligro abstracto, que *“se apela a dos criterios: para unos consisten en tipos en los que el peligro se presume juris et de jure; para otros se trata de tipos en los que basta que haya un peligro (o riesgo de riesgo). Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real. Por ello, todos los peligros deben ser valorados ex ante, a condición de que no se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno en el mundo o de una falta de tipo por inexistencia del bien jurídico”* (E. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, “Derecho Penal. Parte General”. Editorial: Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 433).

Con esto en mente, los delitos de peligro abstracto deben valorarse respetando los principios que integran el Estado de Derecho, entre ellos el de lesividad. De allí que toda acción, para ser legítimamente perseguida, debe crear un riesgo concreto para el bien jurídico, pues de lo contrario se castigaría la mera desobediencia o la violación formal de la ley por parte de una acción inocua en sí misma.

Siguiendo esos lineamientos es que debe interpretarse la agravante bajo análisis como un delito de peligro concreto, exigiendo en cada caso la demostración de la posibilidad de perjuicio.

En suma a lo expuesto, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, en ocasión de analizar las exigencias del tipo penal previsto en el art. 211 del Código Penal —es decir el que se imputa a DE PAOLA y que tiene el mismo ámbito de protección que la norma en trato— se refirió al concepto del test de peligro claro y actual elaborado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el precedente “Schenk v. United States” en los siguientes términos: *“Resulta aquí de particular interés citar el famoso precedente que dio lugar al test del ‘peligro claro y actual’ elaborado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América -y receptado por nuestros Tribunales Nacionales- utilizado para establecer bajo qué circunstancias el Estado puede legítimamente restringir la libertad de expresión y sancionar penalmente a quienes, mediante la utilización de discurso, puedan generar un peligro claro y actual para la seguridad común. Hablando a través de la opinión del Juez Oliver Wendell Holmes, el máximo tribunal estadounidense expresó que ‘...Admitimos que en muchos lugares y en tiempos normales los acusados habrían actuado dentro de sus derechos constitucionales al decir de todo lo que dijeron en el panfleto. Pero el carácter de cualquier acto depende de las circunstancias dentro de las cuales es realizado... La cuestión en cada caso depende en si las palabras que han sido utilizadas en tales circunstancias y son de tal naturaleza, de forma tal que produzcan un peligro claro y actual de forma de producir los males sustanciales que el Congreso se encuentra autorizado a impedir. Es una cuestión de proximidad y de grado’* (“Schenk v. United States, 249 US 47 -1919-, traducción realizada por Hernán V. Gullco en *‘La libertad de expresión y el discurso basado en el odio racial o religioso, publicado en Libertad de Prensa y Derecho Penal, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.47,*

*citada por este Tribunal en la causa 40.687 “Bignone, Reynaldo s/rechazo de falta de acción”, rta. el 29/8/2007 , reg. 948). El ejemplo utilizado por el Juez Holmes ilustra una situación clara donde se provocan tumultos y desórdenes capaces de generar el temor público que el art. 211 del Código Penal castiga.” (causa 42.601 “LAFIT, Facundo Carlos” s/ sobreseimiento”, reg. N° 789, del 11/8/09).*

En este contexto, es nuestro criterio que la conducta que se atribuye a DE PAOLA no resultó lesiva del bien jurídico protegido, toda vez que no se creó un riesgo de temor público, tumultos o desórdenes en la población.

Así, si bien la jueza relata que DE PAOLA publicó imágenes de edificios emblemáticos de la ciudad, centros comerciales o subterráneos, lo cierto es que ninguno de esos lugares vio afectado su funcionamiento. En este sentido, los subterráneos funcionaron normalmente y lo mismo los centros comerciales.

Demás está decir que, si hubiera existido un terror real en la población argentina, particularmente en el área de la Ciudad de Buenos Aires, las personas no se habrían congregado –como se hace normalmente– en esos lugares. Y es que si existieron personas que, verdaderamente, se aterrorizaron con la publicación de esos mensajes de twitter, lo lógico hubiera sido que, por un lado las autoridades cancelen el funcionamiento de esas instituciones y, por el otro, que la propia gente no asista.

Por todo lo expuesto, al no verificarse la lesividad que importa un acto de terrorismo en el accionar de DE PAOLA, entendemos que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto contra su procesamiento y prisión preventiva.

## **V. PETITORIO**

Por las razones expuestas, solicitamos al Tribunal:

1.- Que tenga por presentada a la Asociación que representamos en calidad de Amicus Curiae.

2.- Que al momento de resolver tenga en consideración lo manifestado a lo largo de esta presentación.

3.- Que se haga lugar al recurso de apelación presentado contra el procesamiento con prisión preventiva de Miguel DE PAOLA.